

COMENTARIOS SOBRE LA SITUACIÓN FISCAL Y ALTERNATIVAS DERIVADAS DE LA STS 1505/2018, QUE ANALIZA QUIÉN DEBE SER CONSIDERADO EL SUJETO PASIVO DEL AJD EN LOS NEGOCIOS DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.

Santander y Madrid, a 22 de octubre de 2018

Estimados Clientes,

Nos permitimos enviar estas líneas para compartir nuestra reflexión sobre la situación actual del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados para el caso de los préstamos con garantía hipotecaria después de la reciente resolución del Tribunal Supremo y las actuaciones posteriores de éste que están ocupando la prensa estos días, con la intención de dar respuesta a las preguntas que pueden haberse generado.

1) ¿Cómo está regulado el impuesto?

El impuesto de AJD se encuentra regulado en el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, que regula en una misma norma tres impuestos diferentes: Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO), Operaciones Societarias (OS) y Actos Jurídicos Documentados (AJD).

De una manera muy resumida el AJD es un impuesto que grava las escrituras, actas y documentos notariales de dos formas, a saber::

- Una, con una cuota fija en función del número de folios de la escritura, y que aplica básicamente a cualquier tipo de documento notarial. (*cuota fija*)
- Otra, con una cuota variable que únicamente es de aplicación en los casos en que el acto jurídico sea inscribible en un Registro Público (y siempre que no sean de aplicación otros impuestos como OS, ITP o ISD). (*cuota gradual*)

Esta cuota variable es la parte más sustancial del impuesto, situado de manera general entre el 0,5% y el 1,5%, según la comunidad autónoma.

De este modo, una escritura de préstamo con garantía hipotecaria será liquidada por las dos modalidades de AJD.

La base imponible en las escrituras de préstamos hipotecarios la constituye el importe de la obligación garantizada (incluyendo por tanto las cantidades correspondientes a intereses o penas por incumplimiento).

Y el sujeto pasivo, según el artículo 29, será *“el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan”*.

Esta aparente sencillez en la redacción del artículo 29 ha generado desde su inicio un **debate jurídico sobre quién ha de ser considerado el adquirente, el solicitante o aquel en cuyo interés se expide, y cuál es el derecho que ha de ser considerado, respecto de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria**, que ha tenido que ser dirimido por los tribunales en una jurisprudencia que venía siendo estable hasta la semana pasada

2) ¿Cómo se interpretaba la norma por la Jurisprudencia hasta la semana pasada?

Hasta la semana pasada, el Tribunal Supremo había desarrollado un criterio repetido en diversas sentencias que interpretaban que negocios de préstamo hipotecario el sujeto pasivo había de ser el prestatario, básicamente por entender que se trataba de dos negocios jurídicos recogidos en un único documento, que debía ser tratado de manera única a efectos fiscales, en el que el préstamo se configuraba como operación principal y por tanto **el sujeto pasivo adquirente del derecho era el prestatario como beneficiario del negocio principal**.

Para esto se apoyaban en varios artículos de la Ley y especialmente en un artículo reglamentario, (art. 68.2) que especifica que *“cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario”*.

Más aún, no solamente el Tribunal Supremo, sino también **el Tribunal Constitucional** tuvo ocasión de pronunciarse sobre este impuesto, cuando en 2005 inadmitió las cuestiones de inconstitucionalidad que se plantearon entonces, por entender **que el impuesto no atentaba contra el principio de capacidad económica susceptible de gravamen**, pues sólo quien tiene capacidad de pago, esto es, quien tiene aptitud para generar riqueza con la que hacer frente a la amortización de un préstamo o de una deuda puede convertirse en titular del mismo.

3) ¿Cómo ha interpretado la norma el Supremo semana pasada?

En su sentencia 1505/2018 el Tribunal Supremo ha decidido romper con los criterios jurisprudenciales anteriores, para entender que la Ley del impuesto no determina expresamente que el obligado al pago en estos casos sea el prestatario, y que si bien es cierto que el préstamo hipotecario, que comprende dos negocios jurídicos distintos fiscalmente ha de considerarse como una unidad tributaria, **es el negocio hipotecario el que ha de considerarse como principal a efectos de este impuesto, y que respecto de este negocio, el beneficiario o interesado es el acreedor hipotecario y no el prestatario**.

Finalmente, concluye que por tanto **el contenido del art. 68.2 del Reglamento antes citado ha de entenderse como ilegal** por haberse excedido regulando una cuestión no prevista en la Ley, a la que debe ceñirse.

La sentencia cuenta con **dos votos particulares** de dos magistrados:

- Uno de ellos quiere añadir más motivos para que el Tribunal resolviese en este sentido, indicando que en su opinión las razones que justifican el tributo sobre los actos jurídicos documentados recaen en mayor medida en el acreedor hipotecario (porque es el interesado en la inscripción), y que la **capacidad económica**, en los términos del art. 31 de la Constitución, que se pone de manifiesto con este negocio ha de situarse también en el acreedor hipotecario siendo este quien debiera soportar el gravamen.
- Otro magistrado emite un **voto contrario**, reflexionando en primer lugar sobre la importancia de la previsibilidad del derecho y la necesidad de la **seguridad jurídica**, afirmando después que en la sentencia no se ha tenido en cuenta que el AJD se compone de **dos modalidades que deben considerarse conjuntamente**, y que respecto de la modalidad de cuota fija (que se devenga tanto por el préstamo como por la garantía hipotecaria) **es el prestatario el interesado y**, sin que pueda haber a efectos del impuesto más de un interesado, concluye que el prestatario ha de ser el sujeto pasivo en ambas modalidades. Además, añade que en el préstamo con garantía hipotecaria **no puede ser considerada la garantía hipotecaria como negocio principal** a efectos fiscales, cuando a efectos civiles no lo es, y finaliza indicando que

habría sido oportuno valorar las consecuencias de este nuevo criterio sobre un prisma europeo puesto que la configuración del mismo que resulta podría interferir en la mecánica del IVA y en la libre circulación de capitales, aspectos sujetos a tutela del TJUE.

4) ¿Esta resolución genera jurisprudencia vinculante?

Tradicionalmente se viene considerando que el art. 1.6. del Código Civil que regula las fuentes del ordenamiento jurídico español, exige que la doctrina del Tribunal Supremo sea reiterada para que tenga efecto de fuente del derecho. No obstante, esto no viene siendo obligatorio en algunos casos ya y, especialmente, parece entenderse por una amplia doctrina que desde que en 2015 se reformó el recurso de casación unificándolo, éste tiene una vocación de fijar Jurisprudencia en todo caso, por lo que **en principio podría interpretarse que este criterio ha de ser considerado como criterio interpretativo vinculante**, si bien la importancia práctica de esta cuestión ha quedado relativizada por la actuación del Tribunal Supremo el viernes.

Asimismo, según ha manifestado el Tribunal Supremo en nota informativa de hoy lunes, simultáneamente a la sentencia 1505/2018 **la semana pasada se fallaron otras dos sentencias** entre las mismas partes con similar contenido, ambas pendientes de notificación, por lo que la reiteración aparentemente se ha producido ya en todo caso.

5) ¿Qué ha hecho el Tribunal Supremo desde entonces?

El presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo ha comunicado que ya que la sentencia de la semana pasada "supone giro radical" en la jurisprudencia y habida cuenta de "su enorme repercusión económica y social" ha decidido encomendar a un Pleno compuesto por más de 30 magistrados el siguiente caso que les llegue relativo al sujeto pasivo del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados (AJD).

Es decir, que ha considerado de tal relevancia este asunto que ha entendido que tiene que ser decidido por un grupo más amplio de magistrados.

En la práctica esto quiere decir que **en la próxima resolución del Supremo sobre un caso parecido quedará definido de manera definitiva el criterio del Tribunal para estos casos.**

En el día de hoy lunes el Tribunal Supremo ha indicado que está prevista la celebración de **un pleno el día 5 de noviembre** para tratar el próximo caso que haya de ser decidido sobre esta materia.

6) ¿Qué opina TGS Edisa sobre ambos criterios?

En nuestra modesta opinión y con todas las cautelas oportunas, consideramos que **la segunda y reciente interpretación del Tribunal Supremo se realiza una mejor interpretación finalista del impuesto**, que pretende que el obligado al pago sea la persona que se beneficia de la operación, y en este caso nos parece claro que es la persona garantizada quien se beneficia de la creación e inscripción de la garantía hipotecaria, además de que es esta persona y no el prestatario quien en todo caso estaría "manifestando capacidad económica".

No obstante, parece también evidente que pese a esta "incongruencia finalista", ha habido tradicionalmente una buena serie de **motivos técnicos para apoyar la jurisprudencia previa**, además de que entendemos que **la voluntad del legislador ha sido siempre durante este tiempo la de hacer tributar a los prestatarios por este impuesto y no a los prestamistas**. De hecho, así estaba configurado desde 1995 el reglamento del impuesto en el artículo que ahora ha sido anulado por el Supremo por defecto en técnica legislativa, sin que haya existido nunca por parte del Gobierno de ninguna legislatura intención de alterar su contenido.

7) ¿Qué puede suceder ahora?

Tal y como hemos visto, ahora nos encontramos en un compás de espera hasta que se produzca esta siguiente resolución anunciada por el Supremo. Esta solución podría:

- Suscribir la teoría tradicionalmente defendida por el Tribunal Supremo y **revocar de facto las conclusiones de la sentencia de la semana pasada**. En este caso, la Sentencia sólo afecta al caso resuelto por la misma, y **no habría posibilidad de solicitar la devolución de ingresos indebidos en ningún caso**.

Restaría por conocer qué sucedería con el artículo 68 del reglamento, que a la sazón se encuentra anulado por la Sentencia y que habría que comprobar si puede ser “resucitado” por una Sentencia posterior, o si la argumentación se construye sin contar con la vigencia de este artículo.

- **Ratificar la teoría reciente del Tribunal Supremo y definir el AJD como un impuesto que debe pagar el acreedor hipotecario**, permitiendo a los contribuyentes aplicar este criterio con efectos retroactivos en los impuestos satisfechos y no prescritos.

En este segundo caso, cabría plantearse si el Tribunal Supremo podría, dado el “giro radical en el criterio jurisprudencial hasta ahora sustentado y habida cuenta, asimismo, de su enorme repercusión económica y social” (tal y como ha indicado el presidente de la Sala) y atendiendo al principio de “seguridad jurídica” (ya invocado por el magistrado que emitió el voto particular en la Sentencia de la semana pasada) pudiera **tratar de aplicar una solución que evite los efectos retroactivos de este nuevo criterio haciendo que su aplicación fuese sólo eficaz a futuro**.

Este supuesto sería una medida “excepcional”, si bien se ha producido ya con anterioridad en resoluciones como la declaración de inconstitucionalidad de la “tasa judicial” por el Tribunal Constitucional en 2016 donde estableció que la inconstitucionalidad solo sería “*eficaz pro futuro, esto es, en relación con nuevos supuestos o con procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme. En particular, no procede ordenar la devolución de las cantidades pagadas por los justiciables en relación con las tasas declaradas nulas, tanto en los procedimientos administrativos y judiciales finalizados por resolución ya firme; como en aquellos procesos aún no finalizados en los que la persona obligada al pago de la tasa la satisfizo sin impugnarla por impedirle el acceso a la jurisdicción o al recurso en su caso (art. 24.1 CE), deviniendo con ello firme la liquidación del tributo.*”

8) ¿Qué alternativas hay para solicitar la devolución?

En nuestra opinión la alternativa más clara para obtener la devolución del impuesto, y obtenerla en caso de que el criterio del Supremo se consolide, es la de **solicitar su devolución de la Agencia Tributaria Autónoma** ante la que se liquidó el tributo, siempre que no hayan transcurrido más de 4 años.

Para expedientes anteriores, será preciso estudiar la viabilidad de una eventual reclamación judicial frente al Banco o frente a la Agencia Tributaria Autónoma, de reparación de daños y enriquecimiento injusto.

9) ¿Qué plazo hay para solicitar la devolución?

Los prestatarios que han satisfecho el Impuesto de Actos Jurídicos Documentarios en los últimos **cuatro años** podrán solicitar ante Hacienda la devolución del impuesto satisfecho.

Para los impuestos con mayor antigüedad, será necesario estudiar cada caso para determinar la viabilidad del mismo, así como el tipo procedimiento judicial y el destinatario de la demanda.

10) ¿Es aconsejable reclamar ahora?

Habida cuenta de los escenarios antes expuestos, en nuestra opinión **la viabilidad de la solicitud de devolución de ingresos indebidos se encuentra aún en el aire**, y no será hasta la resolución que surja tras el Pleno del Tribunal Supremo previsto para el día 5 de noviembre cuando se pueda conocer con certeza la probabilidad del éxito de la reclamación.

No obstante, también consideramos que dentro de los escenarios posibles, existe uno por el cual **la STS podría ser ratificada, si bien limitando los efectos de la misma a los impuestos futuros y a los expedientes de reclamación ya instados**.

En previsión de esto, consideramos aconsejable **valorar la posibilidad de reclamar inmediatamente** la devolución de las cuotas soportadas por el AJD en los préstamos con garantía hipotecaria no prescritos, aún teniendo en cuenta que existe la posibilidad de que en la próxima resolución del Tribunal Supremo se revoque el criterio jurisprudencial.

En todo caso, para los casos en los que haya transcurrido el plazo de 4 años resultará aconsejable estudiar individualmente la situación del expediente.

11) ¿Qué documentos hacen falta para estudiar la reclamación?

Para poder determinar la viabilidad de la reclamación, así como cualquier otra consecuencia derivada de la misma, será preciso disponer de la siguiente documentación:

- Escritura de constitución de hipoteca.
- Liquidación de AJD (modelo 601) presentada en la Hacienda Autonómica.

En TGS Edisa estamos a su disposición para estudiar su caso concreto y ayudarle a identificar todas las alternativas aplicables. No dude en contactarnos para valorar su situación.

Atentamente,