

Opinión

INCERTIDUMBRE EN EL MERCADO HIPOTECARIO

El Supremo y la tectónica de placas



Pablo Franquet

La tectónica de placas es una teoría geológica que explica la forma en que está estructurada la litosfera. La teoría da una explicación a los movimientos de las grandes porciones de masa que forman parte de la superficie de la Tierra. Esta actividad continua puede generar movimientos sísmicos de diferentes rangos. Los terremotos son la simple consecuencia del deslizamiento de estas placas tectónicas en las zonas internas de nuestro planeta. Es decir, son la manifestación visible y disruptiva de un proceso que comienza en las profundidades.

La tectónica de placas puede ser aplicada al análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En la medida en que un ordenamiento jurídico exige coherencia y seguridad jurídica, la modificación estructural de la doctrina en una determinada materia puede provocar colisiones y desplazamientos importantes en otras áreas del Derecho.

Hasta 2015 no había actividad sísmica en la cuestión de los gastos asociados a los préstamos hipotecarios. Ese año, una sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo provocó una alteración en el equilibrio de fuerzas. Este pronunciamiento anuló varias cláusulas incluidas en hipotecas de BBVA. Entre otras, se declaró abusiva la previsión que desplazaba al cliente de forma indiscriminada todos los gastos hipotecarios, incluido el pago del Impuesto de los Actos Jurídicos Documentados (AJD). Como es normal, la Sala Civil estudió el problema desde la perspectiva del Derecho de consumo, no desde la óptica del derecho tributario.

Esta sentencia produjo un terremoto en el sector bancario y desató un tsunami de demandas de consumidores en los tribunales. Pero, más allá de los efectos visibles en la superficie, la sentencia de la Sala Civil provocó una alteración más profunda. Inició en los círculos jurídicos y académicos una reflexión de calado sobre el estado de la situación.

Los más críticos con el pronunciamiento de la Sala Civil alegaban que su criterio era contrario a la doctrina de sus colegas de la Sala Contencioso-Administrativa. En esta situación de alta litigiosidad y fricción de doctrinas, a principios de año la Sala Civil optó por matizar su criterio. Así, aclaró que, dentro de sus competencias, su examen se limitaba al examen de

transparencia y abusividad de las cláusulas hipotecarias. Pero que no les correspondía la interpretación de las normas tributarias. Sobre esta cuestión, la Sala Civil optó por la unidad y declaró de forma elegante que, “en armonía con la jurisprudencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo”, el sujeto pasivo del AJD era el prestatario; es decir, el cliente bancario.

Decisión valiente

Sin embargo, el corrimiento de masas de tierra no terminó aquí. La energía potencial acumulada en el proceso de reflexión jurídica iniciado en 2015 fue liberado como un movimiento en la falla contencioso-administrativa. La Sala Tercera ha decidido cambiar su jurisprudencia histórica en una decisión valiente que debemos celebrar. En un momento de grave crisis de las instituciones, el Tribunal Supremo vuelve a alzarse como un órgano absolutamente independiente de los poderes fácticos y capaz de rectificar como los sabios.

Ahora, la doctrina de la Sala Civil ha quedado en falso y debe volver a modularse. Sin embargo, el cambio debería ser fácil (y dulce), porque simplemente deben acoger su criterio original de 2015. Los magistrados actuales de esta Sala han demostrado hasta la fecha una enorme lealtad institucional y no han tenido ningún inconveniente en reorientar su criterio para adaptarlo a la jurisprudencia de otras salas o de los tribunales europeos.

La Sala Civil afronta el reto de canalizar un movimiento de masas que ella misma inició

ger su criterio original de 2015. Los magistrados actuales de esta Sala han demostrado hasta la fecha una enorme lealtad institucional y no han tenido ningún inconveniente en reorientar su criterio para adaptarlo a la jurisprudencia de otras salas o de los tribunales europeos.

De momento, los beneficiarios de esta última sentencia son los ciudadanos que han suscrito un préstamo hipotecario en los últimos cuatro años. Ellos podrán solicitar a Hacienda la devolución de los ingresos indebidos. En caso de que la Sala Civil siga este movimiento, también podrán beneficiarse quienes las contrataron en años anteriores, ya que podrán reclamar en los tribunales la nulidad de sus cláusulas hipotecarias.

La Sala Civil afronta ahora el reto de canalizar y equilibrar la energía de un movimiento de masas que ella misma inició. Lo deseable (y lo esperado) es que la Sala Civil vuelva a alinear su doctrina con la de sus colegas para recuperar la armonía en el ordenamiento. Así lo aconseja la seguridad jurídica. Y la tectónica de placas.

Socio de litigación en
Fieldfisher-Jausas

Cambio radical en el impuesto sobre préstamos hipotecarios

Ignacio Goytisolo y Albert Mestres

La Sentencia del Tribunal Supremo publicada ayer viene a arrojar luz y a tomar una posición –esta vez sí, parece que definitiva– respecto a quién debe asumir la carga impositiva (el AJD pagadero ante la comunidad autónoma) al firmar un préstamo hipotecario, dando así respuesta a esta pregunta, tan manida en los últimos dos años: ¿Quién debe pagar (sujeto pasivo) la modalidad de Actos Jurídicos Documentados (AJD) en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP-AJD)? ¿Es el prestamista (un banco o entidad crediticia) o bien el prestatario (el deudor, quien de facto ha venido pagando ese AJD desde tiempos inmemoriales)?

Como bien permite intuir nuestro titular, para el Supremo la respuesta es el banco, o cualquier empresa que preste con garantía hipotecaria. Respondido esto, es interesante analizar a continuación el análisis de legalidad que ha permitido alcanzar tal conclusión, y tratar de anticipar las consecuencias jurídicas más inmediatas.

Situación de partida

Debe distinguirse entre los préstamos entre particulares (sujetos –aunque exentos– a la modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas o TPO) y los concedidos por bancos a particulares (sujetos a la modalidad AJD, si bien sólo en la medida en que, al concederse, hayan sido garantizados con un derecho real de hipoteca).

En lo concerniente a TPO, la Ley del ITP-AJD establece que “los derechos de hipoteca tributarán exclusivamente en concepto de préstamo”, según reza el artículo 15 incluido en el Título I de dicha ley (referido exclusivamente a TPO). Y de ahí la interpretación tradicional según la cual lo gravado era el préstamo –y no la hipoteca accesorio– de manera que se consideraba al prestatario –y no al banco– deudor del AJD al formalizar un préstamo hipotecario inscribible en el Registro de la Propiedad.

Argumentos del Supremo

1. Interpretación literal y sistemática: Enfatiza el Supremo en esta sentencia que ese Título I regula sólo el TPO, de manera que una redacción en la línea del artículo 15 no está ni en el Título III (referido a AJD) ni tampoco en su Título Preliminar (con disposiciones comunes a TPO y AJD). Pero, claramente, el legislador no optó por hacer eso, y el artículo 29 de Ley (Título III) se limitó a señalar que es sujeto pasivo del AJD “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”.

2. Objeto de gravamen e “inscribibilidad”: Según el Alto Tribunal, carecería de sentido extender del TPO al AJD esa supeditación de la hipoteca al préstamo cuando para que haya AJD –a diferencia de lo que ocurre en TPO– es imprescindible que exista una “inscribibilidad” ante el Registro, no siendo inscribible *per se* un préstamo, pero sí una hipoteca desvinculada de un préstamo. Y es que entonces, cuando en una operación coincidan ambos (préstamo más hipoteca), ¿cómo justificar que el foco del impuesto se ponga sobre el préstamo cuando lo verdaderamente inscribible es la hipoteca?

3. Base imponible: Subraya el Supremo que el AJD no se paga sobre las magnitudes del préstamo (la base imponible no coincide con el principal prestado), sino de la hipo-

teca (responsabilidad hipotecaria garantizada, superior al principal). Para apuntalar este argumento, la Sentencia hace hincapié en que, en ocasiones, no coinciden deudor e hipotecado (este último sólo respondería con el bien hipotecado, y no de la integridad del préstamo): hacer tributar al prestatario –que puede ser ajeno al contrato de hipoteca– sobre la base de la hipoteca chocaría con el principio constitucional de capacidad contributiva.

4. El “interesado” es el banco (único “adquirente”): mientras que no está claro quién es el “adquirente de bienes o derechos” en el seno de un préstamo, el Supremo sí ve meridiano que hay un adquirente (de un derecho de garantía) en la figura del banco acreedor hipotecario. Para más inri, ante la más mínima duda acerca de quién tiene la condición de adquirente, considera que (“en su defecto”) hay que identificar al “interesado”, y éste es el banco (pues es obvio que el deudor no tiene ningún interés objetivo en que se inscriba la hipoteca sobre el inmueble).

Consecuencias del fallo

Lo anterior termina desembocando en que el apartado segundo del artículo 68 del Reglamento del ITP-AJD, al atri-



buir (ya en el ámbito concreto de AJD) la condición de “adquirente” al prestatario –y, por ende, sujeto pasivo de AJD–, se declara ilegal por extralimitación reglamentaria, es decir, por separarse injustificadamente de lo previsto por la Ley. Al expulsar del ordenamiento este precepto reglamentario, debe entenderse ahora que el banco (y no el solicitante del préstamo) es el sujeto pasivo. La argumentación del Supremo parece lo bastante sólida –además de valiente y técnicamente excelente– como para no tener que asistir a más vaivenes, sin que el “voto particular” disidente emitido por uno de los magistrados permita vislumbrar un reavivamiento de las antiguas tesis que han venido liberando del AJD a los prestamistas.

Ahora, aquellos prestatarios (sean particulares o empresas) que hayan suscrito préstamos hipotecarios en los últimos cuatro años podrán tener derecho a realizar una reclamación de ingresos indebidos frente a la comunidad autónoma. El sector bancario, por su parte, también va a tener que mover ficha, tanto a la hora de adaptar a la nueva realidad sus prácticas comerciales en materia de préstamos inmobiliarios, como a la hora de tratar de minimizar el impacto de esta sentencia en sus cuentas de explotación.

Toda & Nel-lo abogados