

## Opinión

## HIPOTECAS: IMPORTANTE GIRO DEL SUPREMO


**Jéssica  
Cano**

 Asociada Senior del Departamento  
Fiscal de Araoz & Rueda

El Tribunal Supremo acaba de establecer (en sentencia número 1505/2018, de 16 de octubre) que el sujeto pasivo del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, (ITP y AJD), en su modalidad de Actos Jurídicos Documentados, (AJD), devengado con ocasión de la constitución de préstamos hipotecarios, es el prestamista (banco) y no el prestatario (cliente), como tradicionalmente se venía considerando.

De este modo, el Alto Tribunal da un importante giro jurisprudencial a lo que hasta ahora venía señalando la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo y se alinea con lo ya considerado por la Sala de lo Civil del mismo Tribunal en la sentencia de 23 de diciembre de 2015.

La Sala de lo Civil, a pesar de carecer de competencia para ello, ya se pronunció a este respecto al analizar la validez de la cláusula contractual que obligaba al prestatario a satisfacer el AJD devengado con ocasión del préstamo hipotecario. Esta Sala consideraba que

quien debía hacerse cargo de este impuesto era la entidad prestamista, en cuanto adquirente del derecho real de hipoteca, que es lo que verdaderamente se inscribía, sin que ésta pudiera quedar al margen de los tributos que pudieran devengarse con ocasión de la concesión del préstamo.

Este criterio mantenido por la Sala de lo Civil fue modificado con posterioridad, incluso por la misma Sala, alineándose de nuevo con el criterio mantenido hasta la fecha por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, que no era otro que considerar que el sujeto pasivo era el prestatario.

Tras los citados avatares, la sentencia que nos ocupa no solo concluye que el sujeto pasivo ha de ser la entidad bancaria, sino que anula, en coherencia, el artículo 68.2 del Reglamento del ITP y AJD que taxativamente, y en contra de lo señalado por la Ley, venía a indicar que en la escritura de constitución de préstamo con garantía el sujeto pasivo del AJD era el prestatario.

Hasta ahora, se consideraba que el sujeto pasivo del AJD en la modalidad de préstamo con garantía hipotecaria era el cliente que recibía el préstamo, pues se atendía a lo dispuesto por la regulación de la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO), que, si bien diferenciaba entre la concesión consistente en la concesión de un

préstamo y en la constitución de derechos reales, señalaba que la constitución de derechos de hipoteca en garantía de préstamos tributaban, únicamente, por el concepto del préstamo, siendo por tanto el prestatario el sujeto pasivo de la operación gravada.

No obstante, insistimos, la citada redacción resulta aplicable a la modalidad de TPO, sin que la modalidad de AJD sea tan clarificada. De hecho, para la modalidad del AJD la Ley se limita a señalar que el sujeto pasivo es el adquirente o, en su defecto, la persona que inste o solicite los documentos notariales o aquellos en cuyo interés se expidan, sin que se identifique en modo alguno un acto principal o accesorio de otro.

El Tribunal Supremo, en su última sentencia, parte de la base de que en los préstamos con garantía hipotecaria hay un acto principal que resulta ser el derecho real de hipoteca, en la medida en que éste es el que da lugar a la inscripción registral sobre el que se asienta la cuota gradual del AJD. De este modo, concluye que la persona en cuyo interés se expide el documento notarial gravado, y por ende, el sujeto pasivo, es el prestamista.

Sobre la base de lo anterior, el Alto Tribunal no atribuye la capacidad contributiva al prestatario, que ha recibido el préstamo y se obliga a su devolución, sino al acreedor hipotecario, que resulta beneficiado por la ins-

cripción registral, así como por los intereses y demás conceptos a incluir en la base imponible que a su favor se devenguen.

A la referida sentencia le acompañan dos votos particulares, uno concurrente emitido por el magistrado Nicolás Maurandi Guillén, y otro discrepante emitido por el magistrado Dimitry Berberoff, que partiendo de la distinción entre la cuota fija y la cuota variable del AJD, concluye que no ha de considerarse como negocio principal el derecho real inscribible, en la medida en que, a todos los efectos, el citado derecho no existiría de no ser por el préstamo en el que se asienta.

Esta sentencia no tendrá un impacto automático ni para los bancos ni para los prestatarios afectados hasta la fecha. Estos últimos habrán de rectificar las autoliquidaciones presentadas durante los ejercicios abiertos a prescripción con el fin de solicitar la devolución del AJD indebidamente satisfecho, así como los intereses de demora devengados.

Los bancos, por su parte, se verán abocados a procedimientos frente a la Agencia Tributaria, que les reclamará el pago de lo devengado. En este sentido, se estima que las cantidades a abonar oscilan entre 6.500 millones y 9.000 millones de euros, sin tener en cuenta intereses, lo cual será un varapalo todavía mayor que el que supuso las *cláusulas suelo*.

No tendrá un impacto inmediato pero será un golpe mayor que el de las 'cláusulas suelo'

Es posible que los bancos tengan que abonar a la Agencia Tributaria hasta 9.000 millones