

## "El principio de incertidumbre y el Tribunal Supremo"

**Javier Prieto**

Socio del Departamento Fiscal

☎: + 34 91 566 63 03

M: 608 57 78 88

✉: prieto@araozyrueda.com

**Jéssica Cano**

Asociada Senior del Departamento Fiscal

☎: + 34 91 566 63 44

M: 659 06 48 92

✉: cano@araozyrueda.com

**Elly Wang**

Asociada del Departamento Fiscal

☎: + 34 91 566 63 44

✉: wang@araozyrueda.com

Cuando Werner Heisenberg enunció su novedoso e inquietante principio de incertidumbre a finales del primer cuarto del siglo pasado no estaba pensando en la fiscalidad en España en el primer cuarto del siglo posterior, pero podría haberlo estado haciendo. La versión para neófitos de este principio afirma que no se puede determinar con exactitud la situación de un electrón en un momento dado, sólo puede obtenerse una probabilidad de dicho evento. Ésta es más o menos la situación en la que se encuentra el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados ("AJD") de los préstamos hipotecarios después de la sucesión de noticias jurídicas de los últimos días. A día de hoy, sólo se pueden establecer probabilidades de cuál será la posición final del Tribunal Supremo ("TS") respecto de quién es el sujeto pasivo de dicho impuesto, del alcance conceptual y temporal de su posición final, del impacto de su jurisprudencia en el ámbito administrativo y en el civil. Mucha incertidumbre para saber dónde está el electrón y demasiadas incógnitas para los operadores económicos.

Si se permite la crítica constructiva y con profundo respeto a la encomiable labor de nuestro Alto Tribunal, hubiese sido deseable que una situación tan compleja y de tan hondo calado se hubiese resuelto de una manera más eficaz. De todos es sabido que cualquier gobierno, de cualquier ámbito y signo político, tiene una tendencia innata, casi visceral, a modificar parte del sistema impositivo en cuanto toca plaza. En aras a fomentar la seguridad jurídica se han ido creando organismos que ayudan a la interpretación de dichas normas, que tampoco resultan sencillas con carácter general. Viene siendo un problema que los criterios establecidos por dichos órganos no resultan en ocasiones coincidentes y tampoco lo es que en la labor de revisión de nuestros Tribunales se vayan produciendo sentencias dispares. En este torbellino de normas, interpretaciones administrativas y sentencias, la labor del TS se antoja de crucial relevancia. Por ello, es de esperar que el día 5 de noviembre, cuando se reúna el Pleno de la Sala Tercera del TS, sea capaz de acabar con la incertidumbre e iluminar a ciudadanos, entidades financieras y Administración Tributaria respecto de todas las cuestiones abiertas.

Dichas cuestiones tienen su origen último en la reciente sentencia del TS número 1505/2018, de 16 de octubre, que establece que el prestamista es el sujeto pasivo del AJD devengado con ocasión de la constitución de préstamos hipotecarios, sobre la base de que es precisamente el prestamista el principal interesado en la expedición del documento notarial gravado, que se inscribe en el Registro de la Propiedad, y que es el derecho real de hipoteca. El giro jurisprudencial es de 180 grados pues se venía manteniendo que el contribuyente era el prestatario. El fundamento para dicha interpretación procedía de que la propia ley del impuesto, si bien en referencia a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, establecía que el préstamo con hipoteca se

El contenido de esta comunicación es meramente informativo y no constituye en ningún caso un asesoramiento jurídico personalizado. Esta Nota Informativa ha sido redactada en Octubre de 2018 y Araoz & Rueda no se compromete a la actualización o revisión de su contenido.

había de liquidar como préstamo (y no como hipoteca) y que el artículo 68.2 del reglamento del impuesto señalaba expresamente que el sujeto pasivo del AJD en la escritura de constitución de préstamo con garantía inmobiliaria era el prestatario. La sentencia del TS interpreta que la hipoteca ha de liquidarse como tal en el Impuesto sobre el AJD (y no como préstamo) y, en consecuencia, anula el artículo 68.2 del reglamento por extralimitación reglamentaria.

La primera consecuencia de dicho pronunciamiento era la posibilidad para todos los prestatarios de préstamos hipotecarios solicitados en los últimos cuatro años de instar la rectificación de las autoliquidaciones ante las administraciones tributarias autonómicas correspondientes y solicitar la devolución de lo ingresado, así como los intereses de demora. También era previsible que las administraciones tributarias comenzasen a requerir el pago de dicho impuesto a quien resultaba ser el verdadero sujeto pasivo, el banco. Todo ello, sin perjuicio de las acciones civiles que los clientes del banco pudiesen entablar acciones para recuperar el impuesto, que habrían soportado indebidamente. Han sido muchos los cálculos que se han vertido estos últimos días en los medios sobre el impacto económico de esta nueva jurisprudencia, dependiendo de los diferentes parámetros, en particular, el alcance temporal que pudiese tener la misma. Sin entrar a valorar la corrección de dichas valoraciones, se puede concluir que su rango está, si se permite la licencia, entre el “*susto o muerte*”.

Ante esta situación, el mismo viernes 19 de octubre el TS anunció que dejaba sin efecto los señalamientos sobre recursos de casación pendientes con objeto similar y finalmente se ha señalado el día 5 de noviembre para la reunión del Pleno de la Sala. Quedamos pues a la espera de las noticias del TS.