



# NOTARIOS DE ANDALUCÍA

BOLETÍN DE INFORMACIÓN NOTARIAL Nº 49 / ENE 2019

### 03. SENTENCIAS Y TRIBUNALES

---

## AJD de las hipotecas: Las sentencias del Pleno del Supremo dejan tocado y hundido el Real Decreto-Ley 17/2018.

---

*José María Salcedo Benavente. Abogado.*

---

Ya conocemos el texto de las tres sentencias dictadas por el Pleno de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo. De las mismas, más allá de lo que ya sabíamos (el sujeto pasivo del AJD en los préstamos hipotecarios es el prestatario o cliente, y no los bancos), se deriva una importante consecuencia jurídica. El Real Decreto-Ley 17/2018 aprobado por el Gobierno queda en fuera de juego, y podría ser inconstitucional. Explicamos por qué. (Publicado en Idealista - Cinco Días - ABC)

#### LAS SENTENCIAS JUSTIFICAN LA AVOCACIÓN AL PLENO, Y NO HACEN AUTOCRÍTICA

Las sentencias conocidas justifican, en primer lugar, la avocación del asunto al Pleno de la Sala de lo Contencioso. Se refiere ampliamente a la posibilidad de rectificar cualquier doctrina judicial, citando incluso ejemplos recientes. Además, justifica la remisión del asunto al Pleno, con el hecho de que los magistrados "rebeldes" habían llevado a cabo un drástico viraje respecto a la jurisprudencia constante y mantenida en las últimas décadas. Sin embargo, se echa en falta algo de autocrítica.

El Supremo deja tocado y hundido el Real Decreto-Ley 17/2018

Evidentemente, los criterios judiciales pueden modificarse pero, ¿en tan breve lapso de tiempo? En este caso, consideramos que no se discute la avocación al Pleno del asunto, sino la forma y el momento en que se ha hecho. El Presidente de la Sala de lo Contencioso debió convocar al Pleno antes de que se decidiera el primero de los asuntos controvertidos. Y así, se habría evitado la mala imagen que del Alto Tribunal tienen muchos ciudadanos, y la fractura interna de la propia Sala de lo Contencioso, evidente si se lee la sentencia y los votos particulares.

#### LAS SENTENCIAS CONSIDERAN QUE EL CAMBIO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTANTE DEL SUPREMO, NO ESTABA JUSTIFICADO

El Pleno, además ha desautorizado expresamente a los magistrados que dictaron las sentencias de 16, 22 y 23 de octubre de 2018, considerando que el cambio de criterio en ellas contenido no estaba justificado.

Considera el Pleno que se trata de un cambio de criterio que se ha llevado a cabo sin venir justificado por ningún cambio en la normativa aplicable, ni en los hechos, ni motivado por la aplicación de algún principio jurídico, que en su día no se consideró.

Básicamente, se reprocha a los magistrados que hayan modificado la jurisprudencia constante y reiterada del Supremo en esta materia, simplemente, por tener una interpretación distinta a la sostenida por los magistrados que dictaron dichas sentencias. Considera el Pleno, que la doctrina de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo no puede depender del criterio de los magistrados que componen, en cada momento, el órgano judicial.

Todo ello le lleva a concluir que el cambio de doctrina judicial no estaba justificado.

### 03. SENTENCIAS Y TRIBUNALES

¿POR QUÉ EL SUJETO PASIVO VUELVE A SER, PARA EL SUPREMO, EL CLIENTE?

El Supremo vuelve en este punto a su jurisprudencia anterior. Considera que no hay dos hechos imponible (préstamo y constitución de garantía hipotecaria), sino uno sólo. Éste sería el préstamo.

Es decir, el préstamo prevalece sobre la hipoteca. En palabras del Supremo, no sólo hay una unidad en el hecho imponible (préstamo – hipoteca), sino que dicha unidad de hecho imponible, tiene al préstamo como su objeto central. Es decir, todo gira en torno al préstamo.

Por ello, el sujeto pasivo es el prestatario (cliente), tanto en el simple préstamo, como en el préstamo hipotecario.

Además, recuerda que la capacidad económica recae en estos casos en el prestatario (cliente). Se remite al respecto al criterio del Tribunal Constitucional, que en su Auto de 18-1-2005 declaró que dicha capacidad económica recaía siempre en el cliente.

En el caso de los simples préstamos, porque la capacidad de endeudarse es una manifestación de riqueza potencial. En los préstamos hipotecarios, porque la entrega de un bien como garantía hipotecaria pone de manifiesto una riqueza potencial (la posibilidad de pagar una deuda), y una riqueza real (el valor del bien que se pone como garantía).

Por tanto, en los préstamos hipotecarios el sujeto pasivo es el prestatario (cliente), por un doble motivo: En primer lugar, porque prevalece el hecho imponible del préstamo. Y en los préstamos no hay duda de que el sujeto pasivo es el prestatario (cliente). Y, en segundo lugar, porque el Constitucional ha declarado que es el prestatario (cliente), quien demuestra capacidad económica, y no la entidad bancaria.

La pregunta es, ¿cómo casan estas conclusiones con el texto del Real Decreto-Ley 17/2018, recientemente aprobado por el Gobierno?

¿Queda abierta la puerta a seguir reclamando a Hacienda el AJD de los préstamos hipotecarios, con carácter retroactivo?

#### LA SENTENCIA DEL SUPREMO, DEJA EN MAL LUGAR AL REAL DECRETO-LEY 17/2018

Como se ha dicho, las sentencias del Pleno consideran, básicamente, que los préstamos hipotecarios deben tributar como préstamos. Y además, que el que recibe el préstamo (el cliente) es el que pone de manifiesto capacidad económica en la operación. Y no la entidad bancaria.

Frente a dichas conclusiones, el Real Decreto-Ley 17/2018 dispone que el sujeto pasivo es la entidad bancaria. Pero ello, sin haber modificado el hecho imponible. Tenemos, por tanto, un gran problema: Y es que, frente a lo que dispone el Real Decreto-Ley, el Tribunal Supremo acaba de declarar que los préstamos hipotecarios deben tributar como préstamos y que el que manifiesta capacidad económica es el cliente.

Tras el Real Decreto-Ley, los préstamos hipotecarios deben seguir tributando como préstamos (el hecho imponible no se ha modificado), pero sin embargo el sujeto pasivo es ahora el banco, y no el cliente.

Por tanto, el Real Decreto-Ley está contraviniendo toda la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que el Pleno ha invocado en su favor. A partir de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley, y tras las sentencias del Pleno que comentamos, el préstamo hipotecario tributa como un simple préstamo, pero sin embargo

### 03. SENTENCIAS Y TRIBUNALES

debe pagarlo un sujeto pasivo distinto (el banco), que además no manifiesta capacidad económica en la operación.

#### EL REAL DECRETO-LEY 17/2018 PODRÍA SER INCONSTITUCIONAL

Por ello, el Real Decreto-Ley podría ser inconstitucional, al atribuir la condición de sujeto pasivo a los bancos, a pesar de que el Constitucional ha considerado que no son éstos, sino los clientes, los que tienen capacidad económica. Por tanto, se pretendería exigir el AJD a un sujeto pasivo (los bancos), sin capacidad económica.

Esta circunstancia no ha pasado inadvertida para el magistrado Navarro Sanchís, que en su voto particular (al que se adhieren tres magistrados más), afirma que el Real Decreto-Ley fija ahora en el acreedor hipotecario la condición de sujeto pasivo, en quien no concurriría, según el Tribunal Constitucional, capacidad económica digna de ser gravada. Por ello, considera que el Real Decreto-Ley podría ser declarado inconstitucional.

En resumen, parece claro que, a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 17/2018 los clientes ya no pagarán el AJD. Pero, ¿estarán dispuestos a pagarlo los bancos?

#### ¿PODRÍA RECLAMARSE AHORA EL AJD PAGADO EN LOS ÚLTIMOS EJERCICIOS?

En un post anterior de este blog comentamos que la aprobación del Real Decreto-Ley 17/2018 podría abrir la puerta a la reclamación a Hacienda del AJD pagado en los últimos cuatro años. Y ello, por haber modificado la norma el sujeto pasivo del impuesto, pero no el hecho imponible.

En dicho artículo afirmábamos que podía entenderse que el Real Decreto-Ley, más que modificar la normativa del AJD, la estaba aclarando. Es decir, estaba confirmando que el sujeto pasivo del AJD siempre fueron los bancos.

Pues bien, sobre este tema se pronuncia el magistrado Navarro Sanchís en su voto particular, afirmando que el citado Real Decreto-Ley aclara, en interpretación auténtica, quién es el sujeto pasivo del AJD. A su juicio, dicha norma zanja la cuestión, asumiendo la interpretación del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de la Sección 2ª de Sala de lo Contencioso, que el Pleno ha considerado ahora erróneas.

Por tanto, consideramos que sigue abierta la posibilidad de reclamar el AJD de los préstamos hipotecarios pagado en los últimos cuatro años.

#### CONCLUSIÓN: EL REAL DECRETO-LEY, UN DOLOR DE CABEZA PARA HACIENDA Y LAS ENTIDADES BANCARIAS

En definitiva, el Real Decreto-Ley 17/2018, precipitadamente aprobado por el Gobierno, puede suponer un auténtico dolor de cabeza para todas las partes afectadas por el AJD de los préstamos hipotecarios.

Hacienda ve cómo, la deficiente redacción de la norma, ha provocado que todavía sea posible reclamar el AJD pagado en los últimos cuatro años. Dicha reclamación retroactiva también puede afectar a los bancos, por la vía civil.

### 03. SENTENCIAS Y TRIBUNALES

Las entidades bancarias además, se enfrentan al pago del AJD desde la entrada en vigor de la norma, pero podrían reclamar su inconstitucionalidad, por no ser ellos los que manifiestan capacidad económica en la operación.

En definitiva, el Real Decreto-Ley, lejos de solucionar los problemas y zanjar la polémica, ha contribuido a avivarla.

28 noviembre, 2018

José María Salcedo Benavente · Abogado

[www.aticojuridico.com](http://www.aticojuridico.com). ■

