El TS falla que es el prestatario quien debe abonar AJD y el gobierno anuncia cambios por Real Decreto Ley

Pilar Álvarez Barbeito

Consejera académica de GA-P

El Pleno del Tribunal Supremo vuelve a situar a los prestatarios como sujetos pasivos del impuesto sobre AJD en los préstamos hipotecarios. Como reacción, el gobierno anuncia modificaciones legales mediante Real Decreto Ley para colocar en dicha posición a las entidades prestamistas.

Después de que el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 16 de octubre de 2018 (rec. núm. 5350/2017), se apartase de su jurisprudencia anterior para concluir que en las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria, las entidades prestamistas habrían de ser consideradas como sujetos pasivos del impuesto sobre actos jurídicos documentados, el día 18 de octubre se replanteaba su postura. Así, con el principal argumento de la enorme repercusión económica y social de la sentencia, el Tribunal Supremo anunciaba su decisión de dejar sin efecto todos los señalamientos sobre recursos de casación pendientes que tuvieran un objeto similar, avocando al Pleno de la Sala el conocimiento de alguno de dichos recursos, a fin de decidir si dicho giro jurisprudencial debía ser o no confirmado.

A última hora del día 6 de noviembre el Pleno del Tribunal Supremo ha dado a conocer el resultado de una ajustada votación en virtud de la cual los prestatarios vuelven a considerarse como sujetos pasivos del impuesto sobre actos jurídicos documentados.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Aunque no conocemos todavía los argumentos manejados al efecto, sí podemos hacer una primera valoración de las consecuencias de tal decisión, teniendo en cuenta algunas de las posturas anunciadas por las partes implicadas.

En ese sentido, cabe pensar en la posibilidad de que los prestatarios pudieran acudir a la vía civil en defensa de sus derechos, y ello sobre la base de la Sentencia de 23 de diciembre de 2015, en la que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, analizando el posible carácter abusivo del clausulado contractual, reprochó que en él se atribuyeran al consumidor el pago de todos los impuestos o tasas de forma indiscriminada y sin atender a cada caso concreto.

A su vez, habrán de tener en cuenta los prestatarios que dicha sentencia fue “reinterpretada” por dos fallos posteriores de 2018 (rec. núm. 1211/2017 y 1518/2017), también de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en los que expresamente se situaba al prestatario como sujeto pasivo del impuesto, en línea con la postura jurisprudencial defendida en el ámbito contencioso-administrativo que, como se reconocía en esas sentencias, es “a quien corresponde primigeniamente la interpretación de las normas de carácter tributario o fiscal”.

Por otra parte, no puede obviarse que la Sentencia de 16 de octubre declaró la nulidad del artículo 68.2 del reglamento del impuesto, precepto en el que expresamente se preveía que el prestatario era quien tenía la consideración de sujeto pasivo. Pues bien, aunque ello podría ser un argumento a manejar por los prestatarios en sus reclamaciones, tampoco puede considerarse definitivo.

En ese sentido hay que tener en cuenta que, en ausencia de tal precepto reglamentario, la determinación del sujeto pasivo en el impuesto que nos ocupa ha de realizarse a la luz de lo establecido en el artículo 29 del Texto Refundido del ITP y AJD, en el que se considera como tal, en primer lugar, al “adquirente del bien o derecho”. Ciertamente, la identificación del sujeto pasivo se vuelve compleja cuando, como sucede en estos casos, la operación realizada por las partes incluye dos negocios jurídicos –préstamo e hipoteca-, de forma que para identificar a dicho adquirente es necesaria una interpretación que dirima cuál de ellos prevalece, hermenéutica que ahora ha debido llevar a cabo el Tribunal Supremo.

En definitiva, el enfoque tradicional sobre la identificación del prestatario como sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados en operaciones de préstamo hipotecario parece haber sido revalidada por el Tribunal Supremo.

Sin embargo, mientras escribimos estas líneas el Gobierno anuncia su intención de aprobar un Decreto-Ley que, previa modificación del citado artículo 29, tendría como objetivo situar a los prestamistas como sujetos pasivos del referido impuesto, dando la vuelta una vez más a esta cuestión. Es cierto que las exigencias derivadas tanto del principio de seguridad jurídica como del principio de legalidad tributaria, en materia de hecho imponible, deberían conducir a clarificar su tipificación en este caso vía artículo 29. De ser así, no parece que los efectos de dicha norma pudieran ser retroactivos, lo que permitirá a las entidades prestamistas, a partir de ese momento, realizar una oportuna previsión de los gastos en que se traduciría la exacción del impuesto.