



MONOGRÁFICO

GIRO JURISPRUDENCIAL SOBRE EL SUJETO PASIVO EN LAS ESCRITURAS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

- DAÑOS COLATERALES DE LA STS 1505/2018, DE 16 DE OCTUBRE (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA). Luis Javier Almansa Moreno-Barreda.

DE LA EFICACIA *RATIONE TEMPORIS/PERSONARUM* DE LAS SENTENCIAS. Juan Manuel Alegre Ávila.

- OVERRULING DEL TRIBUNAL SUPREMO EN EL IMPUESTO DOCUMENTAL (AJD) SOBRE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS. José Luis Martín Moreno.
- NUEVA JURISPRUDENCIA DEL TS SOBRE EL SUJETO PASIVO EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS: «HOUSTON, WE HAVE A PROBLEM». Gerardo Moreu Serrano.
- VALORACIÓN DEL IMPACTO ECONÓMICO DE LA SENTENCIA 1505/2018 (ESCENARIO DE DEVOLUCIÓN-LIQUIDACIÓN DE LOS CUATRO ÚLTIMOS AÑOS). Elaborada por VALPROFIN. José Antonio Iturriaga y Gerardo Moreu Vijande.

ΑΛΕΘΕΙΑ
CUADERNOS CRÍTICOS DEL DERECHO



ISSN 1887-0929

Aletheia

CUADERNOS CRÍTICOS DEL DERECHO
COMITÉ CIENTÍFICO

SOSA WAGNER, FRANCISCO

SANTA-BÁRBARA RUPÉREZ, JESÚS

SAIZ DE MARCO, ISIDRO

RODRÍGUEZ SEGADO, LUIS MIGUEL

PINTOS SANTIAGO, JAIME

MOREU SERRANO, GERARDO

MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO CAIADO

MARTÍN MORENO JOSÉ LUIS

MARTÍN CRISTÓBAL, JOSÉ

SECRETARIO:

RODRÍGUEZ SEGADO, LUIS MIGUEL

SECRETARIA ADJUNTA:

PARERA CARRETERO, SOLEDAD

GONZÁLEZ ALONSO, BENJAMÍN

GUILLÉN LÓPEZ, ENRIQUE

GALLARDO CASTILLO, M^a JESÚS

GALÁN JUÁREZ, MERCEDES

FERNÁNDEZ PALMA CRISTINA

CHECA GONZÁLEZ, CLEMENTE

CHAVES GARCÍA, JOSÉ R.

CAMY ESCOBAR, JESÚS

CAIADO AMARAL, RAFAEL

BORBÓN Y CRUZ, MILAGROS

BELADÍEZ ROJO, MARGARITA

ALMANSA MORENO-BARREDA, JAVIER

[Ver sumarios y archivos a texto completo desde 2006](#)

NÚMERO MONOGRÁFICO 2018

SUMARIO:

PRESENTACIÓN (José Luis Martín Moreno)

DOCTRINA

Daños colaterales de la STS 1505/2018, de 16 de octubre (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda).

Luis Javier Almansa Moreno-Barreda.

De la eficacia *ratione temporis/personarum* de las sentencias.

Juan Manuel Alegre Ávila.

Overruling del Tribunal Supremo en el impuesto documental (AJD) sobre los préstamos hipotecarios.

José Luis Martín Moreno.

Nueva jurisprudencia del TS sobre el sujeto pasivo en los préstamos hipotecarios: «Houston, we have a problem».

Gerardo Moreu Serrano.

Valoración del impacto económico de la sentencia 1505/2018 considerando el escenario de devolución-liquidación de los últimos cuatro años (en torno a 2.900 millones de euros).

**Elaborado por VALPROFIN (Valoración de Productos Financieros).
José Antonio Iturriaga y Gerardo Moreu Vijande**

Nota: La Revista no se identifica necesariamente con las opiniones de los autores, que asumen la autoría y el contenido de sus trabajos y los eventuales errores u omisiones.

... Dispuesto, pues, el corazón a creer lo que te he dicho, está, ¡oh hijo!, atento a este tu Catón, que quiere aconsejarte y ser norte y guía que te encamine y saque a seguro puerto deste mar proceloso donde vas a engolfarte; que los oficios y grandes cargos no son otra cosa sino un golfo profundo de confusiones

(Don Quijote de La Mancha, Segunda parte, Capítulo XIII, *De los consejos que dio don Quijote a Sancho Panza antes que fuese a gobernar la ínsula, con otras cosas bien consideradas*).

MONOGRÁFICO

GIRO JURISPRUDENCIAL SOBRE EL SUJETO PASIVO EN LAS ESCRITURAS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

La justificación de este monográfico viene dada por la trascendencia y repercusión que en el orden jurídico, social y económico tiene la sentencia nº 1505/2018, de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, relativa al sujeto pasivo del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados en las escrituras de préstamo hipotecario, que, según el propio Presidente de dicha Sala, constituye un “giro radical en el criterio jurisprudencial hasta ahora sustentado”. A la vista de dicha sentencia el Presidente de la Sala acordó con carácter urgente “dejar sin efecto todos los señalamientos sobre recursos de casación pendientes con un objeto similar” y “avocar al Pleno de la Sala el conocimiento de alguno de dichos recursos pendientes, a fin de decidir si dicho giro jurisprudencial debe ser o no confirmado”. Dentro de uno días, el 5 de noviembre, se reúne el Pleno de la Sala con tal finalidad.

El presente monográfico se realiza con la sana intención de que los autores que en él intervienen expongan su parecer en unas breves notas que podrán completar ulteriormente a la vista del desenlace de esta situación, que tiene en vilo a muchos ciudadanos, así como a los operadores jurídicos y económicos.

LUIS JAVIER ALMANSA MORENO-BARREDA se refiere a los daños colaterales que podrían derivar de este giro jurisprudencial, considerando que se suma a una serie de sentencias sobre distintos aspectos de los contratos de préstamo hipotecario. En este sentido, se refiere a las sucesivas cuestiones que se han ido planteando sobre la extensión de la responsabilidad del préstamo hipotecario y a la incidencia de determinadas resoluciones judiciales sobre cláusulas abusivas y gastos de formalización.

No le falta razón; entre dichas cuestiones se encuentra la que se halla sometida al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los contratos de préstamo hipotecario con tipo de interés variable referenciados al índice de referencia de préstamos hipotecarios (IRPH), que al parecer suponen cerca del 10% de los préstamos concedidos en España. Los órganos judiciales han planteado cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia sobre las consecuencias que podría tener la apreciación del carácter abusivo de tales cláusulas con arreglo al Derecho de la Unión y qué información está obligada a suministrar la entidad que celebra con consumidores contratos de préstamo con interés variable referenciados a un índice legal cuyo método de cálculo estiman complejo y poco transparente para un consumidor medio. Veremos qué dice el Tribunal de Justicia porque el TS, en sentencia de la Sala Primera de 14 de diciembre de 2017, consideró que la mera referenciación de una hipoteca al IRPH no supone falta de transparencia o abusividad, dado el carácter esencial de la propia cláusula, por lo que no cabe considerar que el consumidor no advirtiera su importancia económica y jurídica o no pudiera conocer que el interés resultante en dicho periodo se calculaba mediante la aplicación de un índice oficial, consistente en una media de los índices hipotecarios de todas las entidades que actuaban en España, al que se sumaba un margen o diferencial (índices oficiales utilizados por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales, que según el TS resultan fácilmente accesibles para un consumidor medio). La pelota está en el tejado del TJUE.

La situación que describe Luis Javier Almansa Moreno-Barreda es “suma y sigue”, que sitúa a las entidades y a los clientes en un mar de incertidumbre. Si dichas cláusulas llegaran a declararse abusivas por falta de transparencia, el impacto económico sería mayor incluso que el que pueda derivarse del nuevo criterio del TS sobre el sujeto pasivo del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados en los préstamos hipotecarios.

En una situación así resulta reprochable la demora en la transposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010. El legislador español es consciente de la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico español el régimen de protección previsto en dicha Directiva, cuya fecha de transposición se fijó para los Estados miembros, a más tardar, el 21 de marzo de 2016. Sin embargo, dos años después, el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario sigue su singladura en el Congreso de los Diputados, pendiente de informe de la Comisión de Economía y Empresa.

A la problemática descrita se añade ahora el viraje de la Sala Tercera del TS en lo que respecta al obligado al pago en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados. Ya no es el prestatario, sino el banco prestamista, según el Alto Tribunal. En esta tesitura señala el autor que la hipoteca es una institución que ha permitido a millones de españoles acceder a una vivienda en propiedad y se está viendo afectada negativamente por la inseguridad generada en torno a estas cuestiones. Luis Javier Almansa Moreno-Barreda subraya que se está alterando lo que se conoce como “economía del contrato” como consecuencia de determinadas resoluciones judiciales, tales como la que ahora anula un precepto reglamentario y altera la consideración del sujeto pasivo, generando una situación de inseguridad que, a su juicio, debe solucionarse con una norma técnica y rigurosa.

Por su parte, JUAN MANUEL ALEGRE ÁVILA se ciñe a la eficacia *ratione temporis/personarum* de la referida sentencia, precisando que, en su opinión, dicha sentencia limita su eficacia estrictamente a las situaciones jurídicas individuales de quienes han sido partes en el oportuno proceso contencioso-administrativo, sin extensión posible a aquellos interesados que al haberse aquietado a las correspondientes liquidaciones tributarias ningún proceso iniciaron en su momento. El autor se refiere con buen juicio a las consecuencias que derivan en este plano del artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. El aspecto más controvertido de la tesis que mantiene es que la intangibilidad de actos anteriores a la anulación de la norma reglamentaria podría predicarse no meramente de las liquidaciones *stricto sensu*, sino también de las autoliquidaciones, evitando una asimetría indebida que, en su opinión, iría derechamente en contra de la naturaleza de las referidas auto-liquidaciones. En este concreto aspecto mantengo una postura diferente; existen razones para que el legislador mejore esta regulación de *lege ferenda*, tomando nota de la doctrina que el Tribunal Constitucional se vio obligado a sentar en la mítica sentencia 45/1989, que declaró nulos algunos preceptos de la Ley del IRPF. Entonces el TC subrayó que la inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos anulados impedía su aplicación desde el momento de publicación de la sentencia, precisando que la Ley Orgánica del TC no le faculta, a diferencia de lo que en algún otro sistema ocurre, para aplazar o diferir el momento de efectividad de la nulidad. El TC señaló que la conexión entre inconstitucionalidad y nulidad quiebra, entre otros casos, cuando la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión. Partiendo de esta premisa el FJ 11 de la STC 45/1989 concluyó que entre las situaciones consolidadas que

han de considerarse no susceptibles de ser revisadas como consecuencia de la nulidad que ahora declaramos figuran no sólo aquellas decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada (art. 40.1 LOTC), sino también por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.), las establecidas mediante las actuaciones administrativas firmes. Asimismo el TC precisó en ese caso que: «tampoco en lo que se refiere a los pagos hechos en virtud de autoliquidaciones o liquidaciones provisionales o definitivas acordadas por la Administración puede fundamentar la nulidad que ahora acordamos pretensión alguna de restitución. También en este supuesto, en efecto, esa nulidad provoca una laguna parcial en un sistema trabado que, como tal, no es sustituido por otro sistema alguno».

Juan Manuel Alegre Ávila, en unos términos de contención y prudencia que compartimos, considera improcedente la vía administrativa articulada sobre la solicitud de devolución de ingresos indebidos a la Administración Tributaria para lograr la “extensión de efectos pretendida”, si bien advierte de que esta conclusión no cierra absolutamente la consecución de la meritada extensión que podría canalizarse a través del mecanismo previsto en el artículo 110 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; una extensión procesal de efectos que tomaría como punto de conexión y que supondría la acumulación en el citado órgano jurisdiccional de miles de pretensiones si el Pleno de la Sala confirma el giro jurisprudencial.

El comentario que realiza quien suscribe esta presentación en relación con la STS de 16 de octubre de 2018 se titula «overruling del Tribunal Supremo en el impuesto documental (AJD) sobre los préstamos hipotecarios». En él amplió el artículo de opinión que se publicó en Ideal el pasado domingo, 28 de octubre. Mi propósito es señalar que la Sala Tercera sienta un criterio correcto y motivado en la sentencia de referencia, aunque produzca perplejidad que lo haya hecho después de numerosas sentencias diciendo lo contrario a lo largo de dos décadas. En este sentido vaticino que no hay vuelta atrás y el Pleno de la Sala no puede sino confirmar el giro jurisprudencial y precisar, en su caso, el alcance del mismo, cosa que no hace la STS de 16 de octubre. No lo hago con una bola de cristal, sino considerando las pautas de actuación que deben gobernar la formación de jurisprudencia en un Estado de Derecho donde el *stare decisis* es un bien sumamente relevante para preservar la seguridad jurídica y el prestigio del propio Tribunal; factor este de la mayor importancia cuando hablamos del poder judicial, como demuestra el análisis de los cambios jurisprudenciales en los más altos órganos judiciales de un país. Salvando las distancias entre dos sistemas jurídicos con notables diferencias, pero con acercamientos importantes en las últimas décadas, me refiero a los supuestos de overruling del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Un doble overruling en tan poco tiempo afectaría enormemente a la reputación de nuestro TS.

A este respecto, aunque me muestro crítico con la falta de coordinación y precipitación que ha existido en el seno del TS, visible en la reacción inmediatamente posterior a la sentencia, considero inaceptable la crítica infundada e interesada que busca pescar en río revuelto. Añado que no sólo hay que resolver la problemática surgida en el concreto aspecto del alcance temporal y personal de la sentencia, sino que hay que plantearse qué sentido tiene un “impuesto” documental de estas características en el siglo XIX. La modernización de nuestro sistema tributario pasa por eliminar este tributo o bien por su profunda remodelación a nivel estatal, considerando de manera particular la conexión entre dicho impuesto y el acceso a una vivienda digna, aunque es cierto que se otorgan préstamos hipotecarios con otros fines. En cualquier caso la regulación actual es manifiestamente mejorable. También apunto la necesidad de que una vez que se aclaren los efectos de la sentencia el legislador tome las riendas del asunto de manera que diseñe

un procedimiento por compensación cuando sea posible u otro instrumento similar para canalizar las “devoluciones de ingresos indebidos” que resulten viables por aplicación de la LJCA y la LGT, evitando al mismo tiempo que el tsunami jurídico derivado de este giro jurisprudencial arrase todo cuanto encuentre a su paso sumiendo en un lodazal de reclamaciones y recursos a las Administraciones Tributarias y a los Tribunales. La solución podría contemplarse en el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario o bien en un Decreto Ley.

GERARDO MOREU SERRANO aporta su punto de vista sobre toda esta problemática desde una perspectiva multidisciplinar, a la que contribuye su condición de Notario e Inspector Financiero y Tributario del Estado en excedencia. En su análisis señala cómo surge el problema, y cómo es posible que después de tanto tiempo se haya producido el giro jurisprudencial sobre el sujeto pasivo en escrituras de préstamo hipotecario. El autor toma postura sobre las consecuencias que previsiblemente se derivan de la sentencia y se muestra crítico con la sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo núm. 705/2015 de 23 de diciembre del 2015 que consideró abusiva la cláusula que impone al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario. Conviene recordar que esta doctrina se matiza por el propio Pleno de la Sala de lo Civil, en sentencia de 15 de marzo de 2018, al sentar que hay que distinguir entre el pago del impuesto de actos jurídicos documentados, por un lado, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, concepto tributario en el será sujeto pasivo el prestatario, por indicación expresa del art. 68 del mismo Reglamento [precepto anulado en la STS de la Sala Tercera de 16 de marzo de 2018, en la que produce el giro comentado] y el derecho de cuota fija, por otro, referido a los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas (arts. 71 y ss. del Reglamento). El autor subraya –y coincide plenamente con él- que las entidades bancarias se han limitado a aplicar la norma reglamentaria y la jurisprudencia del TS que ha venido reiterando que el obligado al pago de la cuota variable es el prestatario. En esta tesitura, como dice Gerardo Moreu, no puede considerarse que los bancos han actuado incorrectamente, pues la determinación del sujeto pasivo corresponde al legislador, sin que ellos hayan desplazado la carga tributaria a los prestatarios en virtud de una cláusula.

Por último, se incorpora a este monográfico un cálculo sobre el impacto que puede tener la sentencia, en lo que suponemos ha resultado un arduo trabajo realizado por JOSÉ ANTONIO ITURRIAGA Y GERARDO MOREU VIJANDE (VALPROFIN, Valoración de Productos Financieros). Se trata de una cuantificación que ha considerado el período de cuatro años (el período de prescripción establecido por la Ley General Tributaria). La valoración se presenta por períodos y Comunidades Autónomas y se representa en un cuadro que sitúa el importe de la devolución —considerando los últimos cuatro años— en torno a los dos mil novecientos millones de euros. La estimación ha tenido en consideración la existencia de beneficios fiscales establecidos por las Comunidades Autónomas que afectan a la cuota variable en que consiste el tributo. El cálculo no incluye intereses legales.

José Luis Martín Moreno, 31 de octubre de 2018.

