

## INCERTIDUMBRE EN EL NEGOCIO HIPOTECARIO

# Ocho claves del lío hipotecario

**GUÍA/** Los comunicados del Supremo han puesto en el foco el funcionamiento del propio Alto Tribunal y han planteado dudas sobre si el Pleno podría servir de coartada para un nuevo viraje o una restricción de su pronunciamiento del pasado jueves.

**Mercedes Serraller.** Madrid

Los dos comunicados de ha enviado el Tribunal Supremo (TS) después de dictar la sentencia sobre hipotecas el jueves han puesto en el foco el funcionamiento del propio TS y han planteado dudas sobre si el Pleno podría servir de coartada para un nuevo viraje o una restricción de su pronunciamiento. El fallo de la semana pasada se interpretó como doctrina, pero no lo era. Se trataba de una primera sentencia con esta interpretación después de que el Alto Tribunal ya hubiera sentado otra doctrina en dos fallos, el pasado marzo. Entonces se dictó que el impuesto correspondía al cliente.

El primer comunicado del TS, remitido el pasado viernes, sólo 24 horas después de que se enviara la sentencia, informaba de que se dejaban sin efecto los recursos pendientes sobre el mismo tema y que se avocaba al Pleno para que, "dada la repercusión económica y social de este giro", decidiera si mantenerlo o no. El segundo comunicado, en cambio, arrojó ayer a la sección responsable de la sentencia y apuntó que se dictaron



Sede del Tribunal Supremo.

otras dos sobre el mismo caso. Es decir, que previsiblemente dicen lo mismo, y fija el Pleno para el 5 de noviembre.

► **¿Cuál era la doctrina del**

**Supremo sobre hipotecas?**

Ahora mismo no hay doctrina. En 1995, se aprobó el Reglamento que estableció que el tributo de la hipoteca recae sobre el cliente. Hasta entonces,

pagaba el banco, que lo repercutía en sus clientes. Este Reglamento fue objeto de recursos nada más aprobarse, algunos, con éxito, pero ninguno sobre este asunto. En los

recursos posteriores, que analizó la Sala Tercera del Supremo, de lo Contencioso, que estudia asuntos tributarios, se validó el Reglamento.

► **¿Qué dijo el Supremo en 2015?**

En 2015 llega la primera sentencia del TS que establece que el impuesto corre a cargo del banco. Pero lo dijo la Sala Primera, de lo Civil, que ignoró el Reglamento y se remitió a la ley.

► **¿Por qué llegó este asunto a la Sala Civil?**

Porque se planteó un recurso sobre las condiciones generales de contratación de hipotecas de BBVA, un asunto de más amplitud que la tributaria aunque incluía esta última.

► **¿Mantuvo su criterio la Sala Civil?**

No. Ante el vuelco que supuso su sentencia de 2015, que revertía la doctrina de la Sala de lo Contencioso, la Sala Civil dictó dos sentencias en marzo que corrigieron su sentencia de 2015 y sentó doctrina: el tributo recae sobre el cliente.

► **¿Cómo se ha gestado el re-**

**curso sobre el que el TS dictó sentencia el jueves?**

A finales de 2017, Ramón Casero, abogado de la Empresa Municipal de Vivienda de Rivas, planteó recurso de casación al TS esgrimiendo la contradicción entre la sentencia de la Sala Civil de 2015 y las anteriores de la Sala de lo Contencioso. Ya lo había intentado respecto a la Empresa Municipal de Vivienda de Torrejón, pero su recurso no fue admitido porque el Supremo consideró que no se cumplían los requisitos de identidad entre los casos. En 2016, se flexibilizan los criterios de admisión de casación. El TS primero dijo que no podía admitir un recurso que comparaba sentencias de Salas diferentes, pero al final lo admitió. En este interín, la Sala Civil acababa de dictar sus sentencias de marzo de 2018, que cargan el impuesto al cliente.

► **¿Qué efectos tiene la sentencia del jueves?**

La sentencia de la Sección Segunda de Sala Tercera anula el artículo 68 del Reglamento y establece que el impuesto recae sobre el banco. Esta sentencia es firme y se aplica

## Los efectos de las decisiones del Supremo

### OPINIÓN

Angel Sáez y Rosa Pérez

La última noticia es que el presidente del Tribunal Supremo (TS) anuncia que el pleno de la Sala 3ª compuesto por 31 magistrados, se reunirá el 5 de noviembre para llevar los asuntos pendientes y no resueltos de quién debe pagar el AJD en los préstamos hipotecarios, lo que podría implicar un nuevo cambio de criterio. Dice que el 16 de octubre se resolvieron tres contenciosos, no sólo la sentencia que se ha publicado. Si han sido en el mismo sentido, tendríamos jurisprudencia de que debe ser el prestamista quien tributa por este concepto.

Cabe preguntarse si el obligado al pago del impuesto hubiera sido, en todos estos años, como sostiene la tan comentada sentencia, el prestamista (deudor hipotecario), la primera pregunta que deberíamos hacernos es: ¿habrían tenido menos

costos los solicitantes de hipotecas? La respuesta es clara: no. Como tampoco pagarán menos, a partir de ahora, los solicitantes de nuevas hipotecas si es que prospera este nuevo criterio del Supremo.

La entidad bancaria prestamista, al igual que si fuese un particular el prestamista y exigiese una garantía hipotecaria, si la Ley le impone un impuesto, lo repercutirá al solicitante de una forma u otra, nadie presta perdiendo dinero. Precisamente por ello, los préstamos hipotecarios, pueden concederse a largo plazo y a tipos de interés bajos. Si alguien solicita un préstamo y no aporta garantías, el tipo de interés se dispara y siempre es a corto plazo.

En consecuencia, en estos casos no ha existido un enriquecimiento injusto de los bancos, con independencia de que sí lo haya habido en otros casos, ya conocidos. Precisamente, la Sala de lo Civil del TS en una primera sentencia de 2015, calificó de abusiva la cláusula que imponía el pago del AJD al deudor hipotecario. Criterio que posteriormente

fue corregido por dos sentencias de la Sala de lo Civil de marzo de 2018, en base al criterio uniforme y reiterado de la Sala Tercera del TS.

¿Quién es entonces el responsable de esta nueva situación si prospera el nuevo criterio del Supremo? Podríamos señalar que el Gobierno, que aprobó el Reglamento en 1995, pero también los gobiernos posteriores que, podían haber modificado el Reglamento y no lo hicieron.

¿Opinó el Consejo de Estado sobre el Real Decreto de 1995? También convendría conocer si respecto a este párrafo hizo alguna observación. Aun cuando la función de este órgano no es exclusivamente consultiva, en el ejercicio de esa función debe velar por el respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

El hecho es que el criterio que se venía aplicando, en general, era pací-

**Deben conocerse las consecuencias del cambio de criterio sobre una norma en vigor desde 1995**

fico y así lo recogía no solo el Reglamento sino también múltiples consultas de Hacienda y una doctrina reiterada de la Sala Tercera del TS –competente para interpretar las normas tributarias–, que concluían que el prestatario (deudor hipotecario) era el obligado al pago del AJD.

Si hubiera sido un tema discutible, las compañías auditoras que revisan las cuentas de los bancos, así como el Banco de España, deberían haber puesto de manifiesto las dudas en sus informes, evaluando ese potencial riesgo, como hecho relevante para sus accionistas y potenciales inversores. Los agentes económicos y el público en general deben tener normas claras y transparentes para la toma de decisiones.

Han pasado 23 años desde la aprobación del Reglamento. Quienes han adquirido acciones de las entidades financieras no podían valorar este riesgo y, por tanto, ahora podrían pedir responsabilidades a los gestores de las entidades financieras. Responsabilidades que en última instancia corresponderían al

Estado legislador, pidiendo indemnización por los daños económicos causados, la denominada responsabilidad patrimonial del Estado. Y si al final responde el Estado, seremos todos los ciudadanos, tengamos o no hipotecas, quienes asumiríamos el gasto.

Entendemos que deben conocerse las consecuencias de un cambio de criterio sobre una norma que lleva aplicándose 23 años. La seguridad jurídica es necesaria. Sin ella la confianza se quiebra y la economía se resiente. El Supremo debe ser consciente de sus decisiones y de sus efectos, en especial en temas controvertidos jurídicamente, donde dije "digo" y ahora digo "Diego". Y en especial, si el cambio de criterio podría incidir en el IVA a nivel de normativa europea, que se cuestionaría ante el TJUE. Tampoco es descartable que se llegue a discutir el principio constitucional de capacidad económica en sede del prestamista. La decisión de convocar a los 31 magistrados de la sala Tercera es acertada.

Socios de Ros Petit