



EL IMPUESTO SOBRE LAS HIPOTECAS: ¿Y AHORA QUÉ?



Beatriz Borrajo Dios,
Abogada. Socia de Kreston Iberaudit

El Tribunal Supremo ha dado un giro jurisprudencial en su sentencia del pasado 16 de octubre al dictaminar que quien debe pagar el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados (AJD) en las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria es la entidad prestamista en lugar del prestatario. A la vista de esta nueva interpretación del Alto Tribunal y, teniendo en cuenta que la sentencia es firme, enseguida pensamos en iniciar los trámites para reclamar el impuesto indebidamente abonado. Pero, cuál fue nuestra sorpresa, al recibir la noticia del comunicado emitido el 19 de octubre por el Presidente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en el que participaba que, **debido a la enorme repercusión económica y social que supone el giro radical del criterio jurisprudencial contenido en la mencionada sentencia, el Pleno de la Sala se reuniría el 5 de noviembre a fin de decidir si dicho criterio ha de ser o no confirmado.**

La sentencia de 16 de octubre entiende que el obligado al pago del tributo que grava la constitución de hipotecas es el acreedor hipotecario, por ser el único interesado en documentar en escritura pública el préstamo y la hipoteca, para su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad. Se transcribe literalmente a continuación parte del fundamento quinto de la sentencia por su claridad y rotundidad en la resolución de esta cuestión: *“Desde esta perspectiva, no nos cabe la menor duda de que el beneficiario del documento que nos ocupa no es otro que el acreedor hipotecario, pues él (y solo él) está legitimado para ejercitar las acciones (privilegiadas) que el ordenamiento ofrece a los titulares de los derechos inscritos. Sólo a él le interesa la inscripción de la hipoteca (el elemento determinante de la sujeción al impuesto que analizamos), pues ésta carece de eficacia alguna sin la incorporación del título al Registro de la Propiedad.”*

Igual de tajante se manifiesta el Tribunal a la hora de declarar ilegal el artículo 68.2 del Reglamento que desarrolla la Ley del Impuesto. Es en este artículo del Reglamento, no en la Ley, donde se establecía que en los casos de constitución de préstamo con garantía le corresponde al prestatario el pago del impuesto. Entiende el Tribunal que es una extralimitación del

Reglamento que no viene recogida en la Ley y manifiesta que *“constituye un evidente exceso reglamentario que hace ilegal la previsión contenida en el mismo.”*

“ **Nuestra recomendación es esperar antes de formalizar ningún tipo de reclamación, salvo en aquellos casos en los que el periodo de prescripción de cuatro años esté a punto de cumplirse.**

Ante este panorama, toca esperar a que el Pleno de la Sala del Tribunal Supremo confirme o no el nuevo criterio jurisprudencial y se manifieste sobre sus efectos retroactivos. **Si se confirma y no se admite la retroactividad, el pago del Impuesto corresponderá a los prestamistas a partir de ahora, sin afectar a las hipotecas firmadas con anterioridad a la sentencia. Si, por el contrario, se admite la retroactividad, se podrá reclamar la devolución de ingresos indebidos por la constitución de hipotecas en los últimos**

cuatros años. Para ello habría que presentar en la hacienda autonómica correspondiente, la solicitud de rectificación de la liquidación y la devolución del ingreso indebidamente efectuado. Dependiendo de la comunidad autónoma el importe a devolver oscilará entre el 0,5% y 1,5% del importe prestado, más intereses, indemnizaciones y otros conceptos análogos.

Nuestra recomendación es esperar antes de formalizar ningún tipo de reclamación, salvo en aquellos casos en los que el periodo de prescripción de cuatro años esté a punto de cumplirse. Este plazo comienza a contarse desde el momento del pago del impuesto, que se habría realizado dentro los 30 días hábiles siguientes a la firma de la escritura pública de préstamo hipotecario.

¿Qué ocurre con los impuestos pagados por las hipotecas constituidas hace más de cuatro años si el Supremo confirma el criterio jurisprudencial? ¿Se podrán reclamar? Esta posibilidad resulta en estos momentos dudosa, teniendo en cuenta que para ello habría que solicitar, en la vía judicial, la nulidad de la cláusula hipotecaria en la que se estipuló que el impuesto le correspondería abonarlo al prestatario, puesto que el derecho a reclamar ante la hacienda autonómica estaría prescrito. No se puede olvidar que, hasta el 16 de octubre, fecha de la sentencia, el artículo 68.2 del Reglamento se creía legal. Resulta difícil de encajar el carácter abusivo de una cláusula contractual que se limita a aplicar una norma vigente. **Corresponde al Tribunal Supremo determinar si se convertirán en abusivas retroactivamente estas cláusulas pactadas en su día según lo que en ese momento decía la norma.**

Otra cuestión sería, la posibilidad de reclamar al propio Estado responsabilidad patrimonial por el exceso reglamentario cometido en el artículo 68.2 del Reglamento, que devino en la ilegalidad del precepto.

Al fin de cuentas, sería el Estado legislador el responsable de haber dictado una norma ilegal y no los ciudadanos por aplicarla.

“ Corresponde al Tribunal Supremo determinar si se convertirán en abusivas retroactivamente estas cláusulas pactadas en su día según lo que en ese momento decía la norma.

En cualquier caso, debemos esperar al 5 de noviembre para que se aclaren nuestras dudas y para que el derecho fundamental a la seguridad jurídica, recogido en el artículo 9.3 de la Constitución Española, no se apague y vuelva a brillar en nuestro ordenamiento jurídico.

Esperando que estos apuntes sean de su interés, quedamos a su disposición para cualquier aclaración al respecto.”

