

## Opinión

## EL SUJETO PASIVO EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS


**Fernando Mota**

Director en el área Fiscal de BDO.

Ya conocemos la Sentencia del 16 de octubre de 2018, procedimiento 1505/2018 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (TS), por la que se modifica la jurisprudencia sentada hasta el momento en relación con la condición de sujeto pasivo respecto a los Actos Jurídicos Documentados (AJD) en las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria.

Así, el TS señala que quien debe abonar el Impuesto en estos supuestos no es el prestatario, sino el acreedor hipotecario, sujeto en cuyo interés se documenta en instrumento público el préstamo que ha concedido y la hipoteca que se ha constituido en garantía de su devolución.

Cabe destacar que, simultáneamente a la sentencia 1505/2018, se deliberaron, votaron y fallaron otras dos sentencias con similar objeto, ambas notificadas el 24 de octubre y que, como la primera, una vez hechas públicas serán firmes y no susceptibles de revisión, produciendo plenos efectos en relación con las partes en el litigio y respecto a la anulación del artículo 68, párrafo segundo, del

Reglamento del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados. En definitiva, los efectos de la misma, en ausencia de publicación, se encuentran detenidos hasta que, con posterioridad al próximo 5 de noviembre cuando se pronuncie el Pleno de la Sala, tras avocarse la competencia los recursos pendientes, se proceda a su publicación.

A estos efectos, entendemos que el Pleno del Tribunal Supremo se pronunciará, en primer lugar, sobre la persona que debe afrontar el pago del AJD y que, por tanto, tiene la consideración de sujeto pasivo a efectos de dicho Impuesto. Y, en segundo lugar, y en caso de que se ratifique el cambio de rumbo jurisprudencial, sobre los efectos temporales de la sentencia, esto es, sobre la retroactividad de la misma, ya sea de carácter parcial, afectando a las hipotecas que se firmen con efectos a partir de la misma, o con carácter total, afectando a todos los préstamos hipotecarios firmados hasta la fecha y los que se firmen en un futuro.

En este último escenario, y de una simple interpretación de la Sentencia, se podría concluir un doble efecto, la devolución para el deudor hipotecario y la consiguiente obligación de ingreso para el acreedor hipotecario.

De entrada, este último efecto no solamente no se prevé en la Sentencia, sino que dar por supuesto ese doble efecto podría no llegar a prosperar, al menos procesalmente hablando, al no haber sido emplazado el acreedor hipotecario, como parte interesada en dichos procedimientos, de acuerdo con lo que se desprende del artículo 21 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el cual establece que "(...) considera parte demandada: (...) b) Las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante. (...)". No cabe duda que la entidad financiera tenía en el asunto interés legítimo. Por ello, quizás, no sería tan evidente ese efecto adverso para el acreedor. Al menos en ejecución de Sentencia.

Por otro lado, no hemos de obviar que la misma controversia relativa al AJD ya fue tratada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de enero de 2004. En dicha Sentencia, el Tribunal entendía que el Sujeto Pasivo

era el deudor hipotecario. Es decir, la Sentencia del pasado 16 de octubre de 2018 no entra por primera vez en una cuestión nueva nunca planteada anteriormente, sino que nos encontramos ante un cambio de criterio hasta la fecha de la Sentencia.

Esta circunstancia no solamente excluiría la responsabilidad de acreedor hipotecario, el cual habría obrado correctamente hasta la fecha de la Sentencia, sino que además podría desplegar efectos en la calificación de los ingresos efectuados –hasta la Sentencia y por ese concepto– como debidos o como indebidos y, en consecuencia, a las reclamaciones que se pudieran presentar.

Además, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa prevé en su artículo 72 que "(...) las Sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que se ha publicado su fallo (...)".

Desde nuestro punto de vista, la Sentencia 1505/2018 está bien fundamentada y entendemos que el Pleno del Tribunal Supremo es susceptible de pronunciarse en el mismo sentido.

Sin embargo, cabrá esperar a las matizaciones que éste pueda hacer sobre las posibles reclamaciones que los prestatarios puedan, en su caso, realizar y sus eventuales efectos en el tiempo, teniendo en cuenta las anteriores reflexiones.

**La controversia relativa al impuesto ya fue tratada por el Tribunal Supremo en el año 2004**
**PAGAR POR REALIZAR TRANSACCIONES FINANCIERAS**

**Javier Valiente**

Socio Director de Political Intelligence

El Gobierno tiene abierto hasta el próximo 15 de noviembre el periodo de consulta pública del anteproyecto de ley del impuesto sobre las transacciones financieras, la famosa Tasa Tobin que ya poseen otros países de nuestro entorno, como Francia e Italia. Este impuesto sale en uno de los momentos más críticos para el sistema financiero español, justo después de la polémica generada por la sentencia del Tribunal Supremo acerca de quién debe abonar el impuesto de actos jurídicos documentados en las hipotecas.

Mientras sigue esta incógnita, hasta el próximo 5 de noviembre, fecha en la que deberá pronunciarse el Pleno de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, las dudas sobre la Tasa Tobin comienzan ya a despejarse. Según se ha calculado por fuentes cercanas al Gobierno, la recaudación esperada sólo por este gravamen alcanzará los 850 millones de euros, un importe que, además, no se prevé que llegue a las arcas del Estado hasta el ejercicio 2020. Esta cantidad, inferior a lo que en principio se pretendía, resulta mucho menos dolorosa para el sector financiero que los 6.000 millones de euros que están en juego en la resolu-

ción sobre el impuesto de los actos jurídicos.

Se trata, por tanto, de un impacto más de carácter político y mediático, y así lo apunta el propio texto del preámbulo del anteproyecto que asegura que este impuesto se pone en marcha "para reforzar el principio de equidad del sistema tributario, habida cuenta que las operaciones que ahora se someten a tributación con carácter general no se encuentran sujetas efectivamente a impuesto alguno en el ámbito de la imposición indirecta".

¿Pero a quién afectará el impuesto de transacciones financieras? El impuesto se aplicará a la operativa de compra de valores, siempre que se cumplan dos requisitos. En primer lugar, que los valores estén admitidos a negociación en un mercado español, o de otro Estado de la Unión Europea o un mercado considerado equivalente de un tercer país. Y en segundo lugar, que el valor de capitalización bursátil de la sociedad sea, a 1 de diciembre del año anterior a la adquisición, superior a 1.000 millones de euros.

Es decir, que la llamada tasa Tobin sólo gravará al 0,2 por ciento la compraventa de acciones de 68 compañías españolas cotizadas, las que tienen ese valor de capitalización mayor

a mil millones de euros, al menos en estos momentos.

Para evitar el riesgo de deslocalización de los intermediarios financieros, el anteproyecto de ley grava las operaciones en función del principio de emisión y no del principio de residencia. De esta forma, el nuevo impuesto de transacciones financieras afectará a la adquisición de acciones de sociedades españolas con independencia de la residencia del intermediario financiero o el lugar donde se negocien.

El Gobierno ya reconoce que este tributo podría reducir el volumen de negociación

Pero no todas las transacciones financieras, tendrán que pagar al fisco y ahí es donde la banca ha respirado con mayor tranquilidad. El Gobierno evitará gravar las adquisiciones derivadas de una oferta pública de venta de acciones, y con ello fomentará la inversión de OPV's. Tampoco aquellas operaciones que tienen carácter instrumental para los colocadores y aseguradores contratados en una OPV. Además, no se aplicará a las reestructuraciones empresariales, ni a las operaciones entre sociedades del mismo grupo o las cesiones de carácter temporal. Además, el anteproyecto de Ley establece determinadas reglas especiales en aquellos supuestos en los que la adqui-

sición de los valores deriva de la ejecución o liquidación de obligaciones o bonos convertibles o canjeables, de instrumentos financieros derivados, o de cualquier instrumento o contrato financiero, así como en el caso de adquisiciones y transmisiones realizadas en el mismo día, la operativa intradía.

El impuesto se devengará en el mismo momento en que se efectúe la liquidación cuando se realicen en un centro de negociación o tras el registro notarial si es al margen de un centro de negociación. La base imponible estará constituida por el importe de la contraprestación de las operaciones sujetas al impuesto, sin incluir los costes de transacción derivados de los precios de las infraestructuras de mercado, ni las comisiones por la intermediación, ni ningún otro gasto asociado a la operación.

Ahora habrá que analizar si este impuesto tendrá impacto en la negociación del mercado español, como ocurrió en Francia en donde el volumen de negociación se redujo un 10 por ciento. Aunque el Gobierno ha reconocido que la creación de este tributo podría contribuir a la reducción del volumen global negociado en acciones españolas sujetas al impuesto, lo que ocurra dependerá del mercado. Los inversores suelen fijarse más en los precios y en las revalorizaciones futuras, y confían que el tipo español del 0,2 por ciento, inferior al 0,3 por ciento francés, no desvíe la atención hacia otras plazas financieras.