

El Pleno del Supremo, en la encrucijada hipotecaria

Rosa Vidal
y Alberto Palomar

El pasado 18 de octubre, y en días sucesivos, se produjo un desplome de la banca de miles de millones de euros tras conocerse la Sentencia por la que el Tribunal Supremo casaba una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y anulaba el artículo 68.2 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (AJD), señalando contraria a la ley la determinación del sujeto pasivo en la constitución de una hipoteca que recogía la norma reglamentaria.

A partir de esta referencia todo se complicó. Para la banca, para las Administraciones Tributarias y para los contribuyentes. El Tribunal Supremo decidía la suspensión del resto de procedimientos y su elevación al Ple-

no de la Sala para poder fijar una doctrina sobre la delimitación del sujeto pasivo en dicho impuesto cuando existe una garantía hipotecaria.

El problema central de esta Sentencia, que al ser dictada ya es ejecutiva y contiene un pronunciamiento de anulación que será ejecutivo desde su publicación en el BOE, es dilucidar en este caso concreto la aplicación que tienen las sentencias del orden jurisdiccional contencioso administrativo cuando anulan una disposición reglamentaria, dado que esta anulación no produce automáticamente la anulación de los actos administrativos dictados en aplicación de la norma derogada.

Este principio general recogido en el artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (“... Las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara

efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente...”)

nos lleva de lleno a la figura de la retroactividad o no del fallo dictado.

Esto nos permite indicar que no hay un eficacia “por sí misma” derivada de la anulación del precepto. Es preciso expulsar del Ordenamiento Jurídico uno a uno los actos administrativos dictados en ejecución de la misma. En síntesis, según la doctrina jurisprudencial reiterada en aplicación de este precepto, se deberían distinguir dos tipos de actos administrativos: **i)** los actos administrativos que hayan adquirido firmeza antes de que la sentencia que declara la nulidad de la disposición que

El Pleno debería aclarar cómo debería afectar la retroacción para actos administrativos firmes

aplican alcance o tenga efectos generales resultan, como regla general, intangibles. El límite a partir del cual no puede invocarse dicha firmeza de los actos aplicativos de la norma anulada es la publicación del fallo anulatorio, y **ii)** los actos administrativos que no hayan adquirido tal firmeza, frente a los que puede hacerse valer la declaración de nulidad de la disposición que aplicaron.

En todo caso esta expulsión del Ordenamiento Jurídico exige acreditar que el acto dictado se fundamenta en el artículo del Reglamento anulado y, en todo caso, plantea dudas evidentes en función de que los actos sean firmes, impugnados o consentidos o que nunca se recurrieron.

La pregunta en este estado de las cosas es clara ¿qué debemos esperar de la Sentencia del Pleno de la Sala Tercera el Tribunal Supremo? Tras conocerse la línea iniciada por la Sentencia, y en el sentido de que el Pleno comparta el criterio de la Sección, lo razonable en aras de la segu-

ridad jurídica sería fijar un criterio sobre la retroactividad. Y ello porque la decisión de los jueces civiles que están resolviendo sobre la validez de las cláusulas de gastos de formalización de hipoteca, en especial actos jurídicos documentados, estará íntimamente relacionada con la decisión que al respecto adopte el Pleno de la Sala de lo contencioso administrativo.

Sería deseable que el Pleno se pronunciara sobre cómo debería afectar la retroacción para actos administrativos que han quedado firmes, por no haber sido recurridos o incluso por haber sido recurridos y haberse dictado sentencias contrarias al criterio actual.

En esencia, los efectos de la Sentencia en relación con las relaciones jurídicas tributarias previas es el elemento central que esperamos aclarar la Sentencia del Pleno en el supuesto de que confirme el criterio de la Sección.

Socia directora y socio de Broseta