

Roj: STSJ EXT 205/2013
Id Cendoj: 10037330012013100163
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Cáceres
Sección: 1
Nº de Recurso: 805/2011
Nº de Resolución: 136/2013
Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Ponente: DANIEL RUIZ BALLESTEROS
Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.EXTREMADURA SALA CON/AD

CACERES

SENTENCIA: 00136/2013

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados del margen, en nombre de S. M. el Rey, ha dictado la siguiente:

SENTENCIA Nº136

PRESIDENTE :

DON DANIEL RUIZ BALLESTEROS

MAGISTRADOS:

DOÑA ELENA MENDEZ CANSECO

DON MERCENARIO VILLALBA LAVA

DON RAIMUNDO PRADO BERNABEU

DON CASIANO ROJAS POZO

DON JOSE MARIA SEGURA GRAU I

En Cáceres a 7 de Febrero de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo nº **805** de **2.011** , promovido por el Sr. Letrado de la Junta de Extremadura, en nombre y representación del recurrente **JUNTA DE EXTREMADURA** , siendo demandada la **ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO** ; recurso que versa sobre: Resolución **TEAR** de fecha 31 de Marzo de 2011, REA nº 10/00501/09.

Cuantía: 643,42 Euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por la parte actora se presentó escrito mediante el cual interesaba se tuviera por interpuesto recurso contencioso administrativo contra el acto que ha quedado reflejado en el encabezamiento de esta sentencia.-

SEGUNDO .- Seguido que fue el recurso por sus trámites, se entrego el expediente administrativo a la representación de la parte actora para que formulara la demanda, lo que hizo seguidamente dentro del plazo, sentando los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminando suplicando se dictara una sentencia por la que se estime el recurso, con imposición de costas a la demandada; dado traslado de la demanda a la parte demandada de la Administración para que la contestase, evacuó dicho trámite interesando se dictara una sentencia desestimatoria del recurso, con imposición de costas a la parte actora.-

TERCERO .- No habiendo sido solicitado el recibimiento a prueba del recuso, ni estimarlo necesario la Sala, así como el de conclusiones, señalándose seguidamente día para la votación y fallo del presente recurso, que se llevó a efecto en el fijado.-

CUARTO .- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.-

Siendo Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado D. DANIEL RUIZ BALLESTEROS.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Junta de Extremadura formula recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Extremadura, que estima la reclamación económico-administrativa interpuesta por la entidad "Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Extremadura". El T.E.A.R. de Extremadura reconoce el derecho a la devolución de la cantidad ingresada por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, concepto de fianza. La parte actora solicita la declaración de nulidad de la Resolución del T.E.A.R. de Extremadura. La Administración General del Estado se opone a las pretensiones de la parte demandante.

SEGUNDO.- De las actuaciones obrantes en el expediente administrativo, destacamos que la entidad "Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Extremadura" otorgó un préstamo hipotecario al promotor sobre una finca urbana. Este préstamo hipotecario se formalizó en la escritura pública de 15-3-2007 donde se incluía la siguiente cláusula: "A los efectos de lo dispuesto en los artículos 15.1 Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de Septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y 25.1 del Real Decreto 828/1995, de 29 de Mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, las partes hacen constar en el presente acto que el préstamo que se documenta en este instrumento público será objeto de afianzamiento personal futuro". Posteriormente, con fecha 12-2-2009 se otorga la escritura pública donde el promotor transmite la vivienda, la parte compradora se subroga en el préstamo hipotecario y se incluye la cláusula de fianza solidaria a fin de responder junto con la parte compradora del cumplimiento de todas las obligaciones contraídas en la escritura pública.

TERCERO.- El artículo 7.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, declara que "Son transmisiones patrimoniales sujetas: B) La constitución de derechos reales, préstamos, fianzas, arrendamientos, pensiones y concesiones administrativas, salvo cuando estas últimas tengan por objeto la cesión del derecho a utilizar infraestructuras ferroviarias o inmuebles o instalaciones en puertos y en aeropuertos". El artículo 15.1 que dispone que "La constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo". Por su parte, el artículo 25.1 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, establece lo siguiente: "La constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo, cuando la constitución de la garantía sea simultánea con la concesión del préstamo o en el otorgamiento de éste estuviese prevista la posterior constitución de la garantía".

CUARTO.- A la vista de lo anterior, la entidad financiera presentó solicitud de rectificación de la Autoliquidación al considerar que estamos ante una doble garantía -hipoteca y fianza- que no puede separarse del préstamo en el que la parte compradora se subroga, por lo que la cláusula de fianza solidaria no está gravada en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. El T.E.A.R. de Extremadura acepta la tesis de la parte reclamante. La Junta de Extremadura formula recurso contencioso-administrativo con base en que la fianza solidaria que contempla la escritura pública de compraventa y subrogación de préstamo hipotecario no deriva de la primera escritura de constitución del préstamo hipotecario, se trata de un acto independiente, y por este motivo, está gravado en la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas; la estipulación de la primera escritura pública de préstamo hipotecario era genérica y no puede existir tratamiento unitario del préstamo a efectos fiscales debido a que la segunda escritura pública de compraventa y subrogación en el préstamo hipotecario se formaliza aproximadamente dos años después de la constitución del préstamo hipotecario.

QUINTO.- Lo primero que debemos señalar es que la escritura de constitución del préstamo hipotecario entre el promotor y la entidad financiera contiene una estipulación a fin de incluir posteriormente una fianza solidaria. No es difícil deducir que el motivo de la inclusión de esta cláusula de afianzamiento personal futuro obedece a la necesidad de establecer una mayor garantía a favor del acreedor hipotecario que se llevará a

efecto en el momento de firmar la escritura de compraventa y subrogación hipotecaria donde interviene en el contrato un deudor -la parte compradora- distinto al primitivo deudor hipotecario -el promotor-. Será a la hora de aceptar la subrogación del préstamo hipotecario cuando se concrete la fianza mediante la designación de un tercero fiador. Ahora bien, ello no impide reconocer que desde el primer momento la entidad financiera exige una garantía adicional a la hipoteca. En el momento de otorgar el préstamo hipotecario, se contempla la necesidad de adicionar una garantía complementaria a la personal de la parte adquirente e hipotecaria debido a los criterios de solvencia seguidos por la entidad de crédito, por lo que la fianza no puede gravarse de forma separada al préstamo hipotecario, conforme al artículo 15.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y el artículo 25.1 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. El que sea en la escritura de subrogación cuando se determine la persona que actuara como fiadora solidaria no desvirtúa que en la constitución del préstamo hipotecario se prevé y conoce la exigencia de una fianza como garantía adicional.

SEXTO.- Junto a lo anterior, añadimos que es posición mayoritaria en los Tribunales Superiores de Justicia la que considera que la fianza solidaria se presta en garantía del préstamo hipotecario, sin que pueda considerarse autónoma o independiente del mismo. La devolución del préstamo hipotecario en los términos pactados en la escritura de compraventa donde interviene la parte compradora que se convierte en el nuevo deudor de la entidad financiera se ha asegurado con dos garantías distintas -la hipoteca y la fianza-, reforzando doblemente la confianza del acreedor pero con una vinculación clara y directa al préstamo que se formaliza en esta segunda escritura pública. Así pues, vinculada la fianza al préstamo hipotecario realizado por la entidad financiera no tributa por un concepto distinto al del propio préstamo. Así, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de fecha 26-10-2012 (EDJ 2012/238167) señala lo siguiente: "La Sala se pronunciado sobre la cuestión jurídica debatida en un caso similar al presente seguido entre las mismas partes, en sentencia 539/2011, de 30 de mayo (recurso 360/08), cuyos criterios por razones evidentes de coherencia y unidad de criterio deben ser mantenidos en la presente. Consideraba la Sala en dicha sentencia que había de confirmarse la resolución del TEARM (estimatoria de la reclamación formulada por el Banco de Valencia S.A.), por entender que se cumplían todos los requisitos legal y reglamentaria exigidos: "por un lado, ha de estimarse que la fianza se constituye simultáneamente con el otorgamiento del préstamo hipotecario al prestatario (no puede aceptarse la tesis de la administración regional de que estemos en presencia de una simple subrogación, sin que existe una auténtica novación) pero es que, además, en la escritura inicial, en su apartado decimotercero, se prevé expresamente que "tanto en el caso de modificación de las condiciones del presente préstamo, como en el caso de haberse admitido la subrogación activa o pasiva que se formaliza en esta escritura se prevé especialmente la posibilidad de constituir fianzas en caso de que fuera necesario". Es evidente que en presente caso, se dan los requisitos exigidos por el art. 25.1 del Reglamento citado, incluido el de la simultaneidad de la concesión del préstamo y de la constitución de la fianza, teniendo en cuenta que, aunque el préstamo hipotecario se constituye el 2-7-2005 en favor de la sociedad antes referida en garantía de su actividad de promoción inmobiliaria y la fianza se constituye para garantizar el pago del préstamo hipotecario por el nuevo prestatario que se subroga en la posición de dicha sociedad que le vende los inmuebles en la segunda escritura de fecha 17-7-2007, es evidente que se ha producido una novación del préstamo hipotecario autorizada por la entidad crediticia (Banco de Valencia, S.A.), por cambio del sujeto pasivo deudor, préstamo en el que se amplía la cantidad prestada, el tipo de intereses, el plazo de devolución, las comisiones exigidas al prestatario etc. Por otro lado la constitución de la fianza estaba prevista en la primera de dichas escrituras, apartado 13, en la que se preveía la posibilidad de exigir a los nuevos deudores en caso de subrogación la constitución de una fianza en garantía de la devolución del préstamo hipotecario en cuyo pago se subrogaban. Resulta notorio por otro lado que el Banco de Valencia cuando autorizó la subrogación mediante la escritura de referencia, examinó nuevamente la solvencia de los compradores, ya que se subrogaban en la obligación del pago del préstamo hipotecario y liberaban al inicial vendedor de su obligación de devolverlo. Inicialmente el préstamo se formalizó para la construcción o promoción del edificio donde se ubican los inmuebles luego adquiridos (vivienda y plaza de garaje). Posteriormente su finalidad era financiar una compraventa entre el Banco de Valencia y adquirentes subrogados, los cuales dicen conocer la hipoteca que gravaba los bienes comprados y se subrogaban en la obligación de hacer frente al préstamo hipotecario. El Banco de Valencia en la segunda escritura exonera la vendedora (promotora del edificio) de la obligación de pagar el préstamo y además lo modifica aumentando la cantidad prestada, el tipo de interés, el plazo de devolución e incluso las comisiones a satisfacer por los nuevos prestatarios. Por lo tanto se trata de una operación nueva aunque se produzca por vía de la subrogación. Los adquirentes contraen ex novo una obligación de pago que antes no existía y la

asumen pasando a ser los únicos titulares de la operación. De esta forma se extingue una obligación y nace otra nueva y diferente por novación de la primera".

SÉPTIMO.- La sentencia del T.S.J. de la Comunidad Valenciana de fecha 17-1-2012 (EDJ 2012/118745) recoge lo siguiente: "La cuestión ya ha sido resuelta por la Sala en un supuesto idéntico al que ahora decidimos. Así, en nuestra Sentencia núm. 252/2009, de 19 de febrero, decíamos: "La respuesta de esta Sala debe ser negativa, pues debemos destacar que así lo dispone la jurisprudencia dominante, entre otras muchas, la STS de 25-6-2001, recaída en recurso de casación interpuesto por estimar el recurrente que se había incurrido en interpretación errónea del art. 48.1.B.19 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados según la redacción dada por el art. 104 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, es decir, similar al que se cuestiona en el presente procedimiento, que señala: 'Esta Sala Tercera del Tribunal Supremo mantiene doctrina reiterada y completamente consolidada por numerosísimas sentencias que excusan de su cita concreta, que el préstamo garantizado con hipoteca ha sido siempre objeto de un tratamiento unitario, es decir no se ha sometido a gravamen en la imposición indirecta el préstamo y separadamente su garantía, la hipoteca, sino conjuntamente, pero por un sólo hecho imponible, y no por dos'. Es decir, si estamos ante una operación escriturada de compraventa con subrogación en el préstamo con garantía hipotecaria y constitución de fianza, si se produce por el mecanismo de la subrogación, produciendo los efectos propios de una novación contractual, con establecimiento simultáneo de garantías, manteniendo la hipotecaria por subrogación y constituyendo la fianza en el nuevo contrato de préstamo, de conformidad al art. 15.1 de la Ley 1/1993, de 24 de septiembre, existirá un solo hecho imponible gravado de forma unitaria como un préstamo, sujeto a ITP y AJD, modalidad transmisiones patrimoniales onerosas, pero en forma alguna tributará por el impuesto pretendido por las Administraciones demandadas, pues se cumple la condición de simultaneidad en la concesión del préstamo y en la constitución de garantías impuesta por el art. 25 del Reglamento del ITP y AJD, reforzando con ello la posición del acreedor, siendo indiferente a tales efectos que la fianza se constituyera con posterioridad al préstamo, pues la subrogación producida en la misma escritura de compraventa supone una novación a todos los efectos, dándose la simultaneidad de préstamo y garantías, debiendo evitar la doble imposición que supone la liquidación impugnada". También del T.S.J. de la Comunidad Valenciana, la sentencia de fecha 5-2-2010 (EDJ 2010/50643) establece que "La devolución del préstamo en el que se subroga la parte compradora se ha asegurado con dos garantías distintas, por la hipoteca y por la fianza, reforzando doblemente la confianza del acreedor, por lo que resulta de aplicación lo previsto en el art. 15.1 del Texto Refundido de 1991 ("la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo"). Resulta indiferente que la fianza no fuera constituida en el momento en que se constituyó el préstamo, el cual mantuvo su plena vigencia y existencia. Se deduce por ello que no es aplicable la precisión reglamentaria que, como dice el TS, tiene por objeto "evitar que se produzcan abusos o actuaciones (ostensiblemente no queridas por el legislador) destinadas a burlar el impuesto o establecer auténticas ficciones". Debe, en este sentido, recordarse el pronunciamiento de TEAC, en Resolución de 23-10-97, en la que señala que el hecho de que un mismo préstamo aparezca garantizado mediante hipoteca y fianza no permite sostener que una de las dos garantías pactadas en el negocio jurídico único -la hipoteca- se subsume fiscalmente bajo el concepto de préstamos, y la otra -la fianza- cobra autonomía convirtiéndose en concepto independiente a efectos de su gravamen, como si se hubiera pactado antes o después de la formalización solemne del préstamo, pues tal desglose no lo permite el art. 15. 1 del T.R y, además, este criterio es el del TS en Ss. de 30-11-77 y 2-11-78 ". Efectivamente, el negocio que constituye en hecho imponible -en este caso- lo constituye la subrogación en préstamo garantizado por hipoteca -que también se garantiza con fianza personal-, negocio que nace -por novación- en la fecha de otorgamiento de la correspondiente escritura de 2-4-07, con independencia que esté "vinculado" o relacionado a préstamo hipotecario anterior, suscrito con sujetos diversos".

OCTAVO.- La sentencia del T.S.J. de Andalucía, Sala de Granada, de fecha 30-1-2012 (EDJ 2012/53293) dispone que "la presente controversia gira en torno a la interpretación que deba darse al artículo 25.1 del Reglamento del Impuesto, aprobado por el Real Decreto 828/1995, de 26 de mayo, debiendo ligarse la respuesta que demos a los hechos acaecidos, que contemplan un supuesto de constitución de fianza en la misma escritura de compraventa y subrogación de los compradores en un préstamo hipotecario anterior, de manera que el préstamo y su devolución, obligación en la que se subroga la parte compradora se ha asegurado con dos garantías distintas, por la hipoteca y por la fianza, reforzando doblemente la confianza del acreedor, por lo que resulta de aplicación lo previsto en el art. 15.1 del Texto Refundido de 1993 ("La constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo"). A tal efecto resulta irrelevante que la fianza no fuera constituida en el momento en que se constituyó el préstamo inicial, pues lo fue en la misma escritura de compraventa y

subrogación en el préstamo, el cual mantuvo su plena vigencia y existencia, produciéndose así una novación contractual en la que, con unidad de acto, el comprador se subrogó en la obligaciones contractuales del inicial prestatario. Es por ello que la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional no es conforme al precepto reglamentario y a la jurisprudencia interpretativa del mismo conforme a las que la constitución en la forma descrita de la fianza en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por este último concepto. Se trata, por consiguiente, de un supuesto de constitución de dos garantías distintas en relación con un crédito, formalizadas en un solo acto en la escritura correspondiente, en la que la compradora se subroga en la garantía hipotecaria, al propio tiempo que se constituye una fianza para garantizar dicho crédito. De tal forma que esta segunda garantía se deriva sin ninguna duda del documento contractual novado de préstamo, conforme viene exigiendo la doctrina jurisprudencial que ha quedado anteriormente referenciada, con la lógica consecuencia de que no surgirá la obligación de tributar nuevamente por este afianzamiento, dado que ya se tributó por el préstamo al que garantiza. Llegados a este punto lo que hay que dilucidar es si cabe apreciar la simultaneidad, exigida por el artículo 25 de Reglamento, en el supuesto que nos ocupa. Al tratarse de una novación propia, en principio es irrelevante la previsión de una futura fianza en la constitución inicial de la hipoteca y el préstamo. Y es que, resulta indiferente que la fianza no fuera constituida en el momento del préstamo original, y que lo fuera en la misma escritura de compraventa y subrogación en el préstamo. Como el Tribunal Supremo interpretó en su día, tal previsión cobra sentido para evitar abusos o actuaciones destinadas a burlar el impuesto, pero no en casos como el del presente recurso en el que se da una subrogación y que en ese momento es cuando se constituye la fianza, no a posteriori. La previsión -de forma concreta y no hipotética- de la garantía futura que exige el Reglamento sería exigible en el supuesto de que la fianza se constituyera con posterioridad a la subrogación y no como ha acaecido en el caso de autos en que lo ha sido de manera simultánea con dicha subrogación. Es por lo que antecede que considera la Sala que estamos ante una operación de subrogación en el préstamo con garantía hipotecaria y constitución de fianza que produce los efectos propios de una novación contractual, con establecimiento simultáneo de garantías, manteniendo la hipotecaria por subrogación y constituyendo la fianza en el nuevo contrato de préstamo, de conformidad al artículo 15.1 de la Ley 1/1993, de 24 de septiembre, lo que hace que entendamos que existe un solo hecho imponible gravado de forma unitaria como un préstamo, sujeto a ITP y AJD, modalidad de actos jurídicos documentados, y que no pueda tributar por el impuesto pretendido por la Administración demandada y la codemandada, pues en la forma en que se constituyó esa fianza se cumple con la exigencia de la simultaneidad en la concesión del préstamo y en la constitución de garantías impuesta por el artículo 25 del Reglamento del ITP y AJD, reforzando con ello la posición del acreedor, siendo indiferente a tales efectos, como ya hemos expuesto, que la fianza se constituyera con posterioridad al préstamo, pues, lo reiteramos, la subrogación producida en la misma escritura de compraventa supone una novación a todos los efectos, dándose en consecuencia, la simultaneidad de préstamo y garantías, debiendo evitar la doble imposición, lo que nos mueve en consecuencia a estimar el recurso y dejar sin efecto el acto impugnado". Todo lo anterior nos conduce a la desestimación íntegra del recurso contencioso-administrativo, confirmando la Resolución impugnada.

NO VENIO.- No se aprecian temeridad o mala fe a los efectos de una concreta imposición de costas a ninguna de las partes de conformidad con lo prevenido en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

VISTOS los artículos citados y demás preceptos de pertinente y general aplicación, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, por la potestad que nos confiere la CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Letrado de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Junta de Extremadura, en nombre y representación de la Junta de Extremadura, contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Extremadura, de fecha 31 de marzo de 2011, dictada en la reclamación económico- administrativa número 10/501/2009, confirmamos la misma por ser ajustada a Derecho. Sin hacer especial pronunciamiento respecto a las costas procesales causadas.

Contra la presente sentencia no cabe recurso de casación (artículo 86 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Y para que esta sentencia se lleve a puro y debido efecto, remítase testimonio, junto con el expediente administrativo, al órgano que dictó la resolución impugnada, que deberá acusar recibo dentro del término de diez días conforme previene la Ley, y déjese constancia de lo resuelto en el procedimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION : En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA : Seguidamente se procede a cumplimentar la **notificación** de la anterior resolución. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ