



Roj: **STSJ CLM 2197/2013 - ECLI: ES:TSJCLM:2013:2197**

Id Cendoj: **02003330022013100722**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Albacete**

Sección: **2**

Fecha: **15/07/2013**

Nº de Recurso: **314/2009**

Nº de Resolución: **554/2013**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MIGUEL ANGEL NARVAEZ BERMEJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.2

ALBACETE

SENTENCIA: 00554/2013

Recurso núm. 314 de 2009

Toledo

S E N T E N C I A Nº 554

SALA DE LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO. SECCIÓN 2ª.

Ilmos. Sres.:

Presidenta:

Dª Raquel Iranzo Prades

Magistrados:

D. Jaime Lozano Ibáñez

D. Miguel Ángel Narvárez Bermejo

D. Ricardo Estévez Goytre

En Albacete, a quince de julio de dos mil trece.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, los presentes autos número **314/09** el recurso contencioso administrativo seguido a instancia de la mercantil **BANCOR CAPITAL, S.L.**, representada por el Procurador Sr. López Ruiz y dirigida por el Letrado D. José Antonio Díaz Navia, contra el **TRIBUNAL ECONÓMICO ADMINISTRATIVO REGIONAL DE CASTILLA-LA MANCHA**, que ha estado representado y dirigido por el Sr. Abogado del Estado, actuando como codemandada la **JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA**, representada y dirigida por el Sr. Letrado de la Junta, sobre **IMPUESTO DE TRANSMISIONES PATRIMONIALES**; siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Miguel Ángel Narvárez Bermejo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de la actora se interpuso en fecha 26-5-2009, recurso contencioso-administrativo contra la Resolución dictada por el Tribunal Económico Administrativo de Castilla La Mancha de fecha 23-3-2009 recaído en reclamación 45-1776-08.



Formalizada demanda, tras exponer los hechos y fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó solicitando se dicte sentencia estimando el recurso de conformidad con lo interesado en el suplico de la misma.

SEGUNDO.- Contestada la demanda por la Administración demandada, tras relatar a su vez los hechos y fundamentos jurídicos que entendió aplicables, solicitó una sentencia desestimatoria del recurso.

TERCERO.- Acordado el recibimiento del pleito a prueba y practicadas las declaradas pertinentes, se reafirmaron las partes en sus escritos de demanda y contestación, por vía de conclusiones, se señaló día y hora para votación y fallo el 5-6-2013 a las 11,30 horas, en que tuvo lugar.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales salvo las relativas a los plazos debido a la acumulación de asuntos que penden de resolución ante esta Sala.

QUINTO.- Por permiso oficial del Magistrado D. Miguel Ángel Pérez Yuste, el mismo no entra a formar parte de la composición de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Revisamos la resolución de fecha 23-3-2009 desestimatoria de la reclamación nº 45-1776-09 contra la resolución del Servicio Provincial de Toledo de la Consejería de Economía y Hacienda de 6-5-2008 por la que se practica a la interesada liquidación por el ITPO por el concepto de constitución de fianza por una base imponible de 231.200 euros al tipo del 1% y un importe total de deuda tributaria de 2.495,34 euros en relación con la escritura pública de ampliación de crédito abierto con garantía hipotecaria en la que en el pacto octavo se recoge que los cónyuges D. Juan Pablo y Dña. Tomasa garantizan solidariamente con la parte acreedora el cumplimiento de las obligaciones contraídas por ésta en la presente escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

En el recurso presentado se invoca el art. 15.1 del Real Decreto Legislativo 1/93, de 24 de septiembre como fundamento para sostener que la fianza prestada en garantía de un préstamo hipotecario es una obligación accesoria respecto de la principal, lo que determina que solo se tribute por el préstamo, que en este caso estaría exento con arreglo a la propia normativa del impuesto. Cita en su apoyo diversas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia y artículos doctrinales. Respecto del sujeto pasivo en la constitución de la fianza entiende que la verdadera acreedora del crédito afianzado es la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (La Caixa) y no la sociedad actora.

La Abogacía del Estado defiende la legalidad y acierto de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Los hechos de los que se debe partir a la hora de resolver el presente recurso son los siguientes: partiendo de un préstamo original de 26-10-2005 con un capital pendiente de 231.000 euros concedido por La Caixa a la mercantil Inmobiliaria de Vistahermosa S.A. con fecha 15-12-2006 la sociedad actora formalizó escritura pública en la que entre otras cosas se recogía la ampliación del préstamo original que en su día se concedió a Inmobiliaria de Vistahermosa S.A. en 45.000 euros por la mencionada "La Caixa", quedando por tanto el préstamo en 276.000 euros. En la mencionada escritura se dejaba constancia de que el crédito mencionado quedó garantizado con hipoteca constituida, entre otras sobre la finca que se citaba en el antecedente segundo de la mencionada escritura y que en el mismo día y ante la misma Notaría, la deudora y prestataria Inmobiliaria de Vistahermosa S.A. transmitió la misma finca a la actora Bancor Capital S.L., subrogándose esta última en todos los derechos y obligaciones dimanantes del crédito correspondiente a la mencionada finca, asumiendo por tanto la cualidad de parte deudora- folios 34 a 80 del expediente administrativo donde se recoge la escritura en cuestión-. En el pacto octavo de la mencionada escritura se acordaba que el matrimonio formado por los cónyuges D. Juan Pablo y Dña. Tomasa se comprometía a garantizar " con la parte acreditada, el cumplimiento de las obligaciones contraídas por ésta en la presente escritura de crédito con garantía hipotecaria de forma que "La Caixa" si se da el caso, podrá dirigirse indistintamente contra la parte acreditada, contra todos los fiadores o contra cualquiera de ellos o contra una y otros a la vez".

Con fecha 12-1-2007 la parte actora formula declaración por el ITP y AJD (modelo 600) por el único hecho imponible por el que creía era obligada tributaria, es decir, por la ampliación del préstamo, con una base imponible de 60.179,04 euros, que correspondía a la responsabilidad hipotecaria asumida como consecuencia de haberse ampliado el préstamo en la suma de 45.000 euros. No conforme con dicha liquidación los Servicios Provinciales de Toledo de la Consejería de Economía y Hacienda practicaron la liquidación que ahora se recurre.



Las dos cuestiones que se plantean en el recurso son, de una parte, si el aval solidario prestado por el matrimonio tantas veces mencionado los convierte en fiadores de la sociedad recurrente frente a la acreedora "La Caixa", dando lugar a una operación sujeta a ITP y AJD como constitución de fianza, y de otra, siendo la respuesta afirmativa a la anterior cuestión, si el sujeto pasivo debe ser la sociedad recurrente o por el contrario "La Caixa", como entidad financiera que fue la que concedió el crédito y por tanto la parte acreedora y beneficiada por el aval prestado para el caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas al subrogarse la recurrente en las obligaciones de Inmobiliaria de Vistahermosa S.A. al adquirir la finca hipotecada.

TERCERO.- La postura que sintetiza la resolución administrativa cuestionada en cuanto a la tributación por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas de ITP de la constitución de una fianza en garantía de un préstamo hipotecario es la que expresamos a continuación.

El artículo 15.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, que aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados establece 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* ". Esta regla es conocida como la de "tratamiento unitario del préstamo".

En desarrollo de este artículo, el artículo 25.1 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, que aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones.

Patrimoniales Onerosas prevé 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 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* ".

En relación con la aplicación del artículo 25.1 del Real Decreto 828/1995, la Dirección General de Tributos ha manifestado lo siguiente:

- En la Resolución nº 2008-01 de 13 de noviembre de 2001 se analiza el tratamiento a efectos de ITP del negocio jurídico por el cual el administrador de una sociedad avala, de forma personal y en escritura pública, la subrogación de un préstamo hipotecario por parte de la sociedad. Para la DGT, este negocio jurídico queda sujeto a ITP ya que la constitución del préstamo se produjo en un momento anterior a la constitución de la fianza, sin que quede constancia de que en la escritura del préstamo estuviera prevista la posterior constitución de la fianza.

- En Resolución nº 2281-01 de 20 de diciembre de 2001 que analiza el tratamiento de un supuesto en el que en una escritura pública se contiene la ampliación del plazo de un préstamo hipotecario, así como la fianza por un tercero de las obligaciones del prestatario se afirma que " *si bien el artículo 15 del Decreto Legislativo 1/1993 señala que la constitución de fianzas en garantía de un préstamo tributa exclusivamente por el concepto de préstamo, el artículo 25 del Reglamento del Impuesto - RD 828/1995, de 29 de mayo, - exige que la constitución de la garantía sea simultánea a la concesión del préstamo o bien que en el otorgamiento del préstamo estuviese prevista la posterior constitución de la garantía, habiendo señalado el Tribunal Supremo en Sentencia de 3-11-1997 que tal restricción reglamentaria no incurre en exlimitación* ".

- En Resolución nº 1946-02 de 13 de diciembre de 2002 se examina el supuesto de una ampliación del principal de un préstamo hipotecario y la constitución de dos avales por dos particulares y, en relación con los dos avales personales, se dice que quedarán gravados por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7 del Texto Refundido y en el 25 del Reglamento del ITP y AJD.

En cuanto a las reglas de tributación por ITP de la constitución de una fianza en garantía de un préstamo de las contestaciones anteriores se pueden extraer las siguientes reglas:

- El tratamiento tributario de la constitución de la fianza depende en primer lugar de la naturaleza del fiador, de quien constituye la fianza. No es relevante quien tiene la condición de acreedor afianzado.

- Si el fiador es un empresario o profesional y, además, la constitución de la fianza se efectúa en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional se tratará de una operación sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido. Sin embargo, esta operación estará exenta del IVA, de acuerdo con lo previsto en el artículo 20.Uno.18.f) de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

- Si el fiador no es un empresario o profesional o siéndolo no actúa como empresario o profesional en el momento de constituir la fianza, tal negocio jurídico quedará sujeto a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.



Si la fianza se constituye en garantía de un préstamo y de forma simultánea a la concesión del mismo o en el otorgamiento del mismo estuviera prevista la posterior constitución de la fianza (sin que sea suficiente la previsión de la mera posibilidad de que se constituya la fianza), la operación tributará exclusivamente por el concepto de préstamo (que es un negocio jurídico exento de la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas).

En relación con la previsión de la posterior constitución de la fianza, lo que tiene que estar previsto es la constitución efectiva posterior de la garantía y no una mera indicación de la posibilidad de su constitución, que no es suficiente para cumplir el requisito exigido. De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1997 no queda tan claro que una previsión innominada, a favor de deudores cuya identidad y hasta posible existencia se desconoce, quede dentro del ámbito de la simultaneidad regulada, que más parece referirse al refuerzo o sustitución de garantía, pero del mismo deudor originario, no de hipotéticos e ignorados subrogados.

La doctrina legal que el Tribunal Supremo ha venido sentando afirma que para que haya un solo acto liquidable, es preciso que el préstamo y la garantía se pacten conjuntamente (Sentencia de 2 de noviembre de 1971); que se admite que la garantía se preste con posterioridad, si la preveía el título constitutivo del préstamo (Sentencia de 30 de noviembre de 1977); que también se admite la sustitución de la garantía por otra, si estaba previsto en la escritura de constitución de préstamo (Sentencia de 10 de febrero de 1977); Respecto de la cuestión analizada, desde el año 1967 hasta el Texto Refundido de 1993, no ha cambiado ni el texto normativo, ni la jurisprudencia generalmente aplicable.

El contenido de la norma reglamentaria se explica por la voluntad de evitar que se produzcan abusos o actuaciones (ostensiblemente no queridas por el legislador) destinadas a burlar el impuesto o a establecer auténticas ficciones.

Si no se cumplen las condiciones anteriores, la fianza quedará sujeta a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas ya que no resulta aplicable la regla del tratamiento unitario del préstamo. La base imponible de la constitución de la fianza será el importe afianzado y el tipo aplicable, el 1 por 100 (apartado c) del artículo 11 del Texto Refundido). El sujeto pasivo será el acreedor afianzado (art.8.e) del Texto Refundido).

CUARTO.- La sentencia del T.S. de 3-11-1997, R.J. 1997/8251 rechazó la pretensión de la Asociación de la Banca Privada de anular el mencionado art. 25.1 del R.D. 828/95 en cuanto al requisito de la simultaneidad de la fianza con relación a la concesión del préstamo como posible exlimitación reglamentaria en contra del contenido de la Ley alterando sus disposiciones. En efecto la sentencia la desestima con la siguiente argumentación: "Frente a tal pretensión, debemos destacar que el precepto transcrito recoge la posición tradicional del Tribunal Supremo sobre esta cuestión, que, en un principio, se inclinó decididamente, salvo contadas excepciones, por el criterio de la simultaneidad y, posteriormente, matizó que dicha simultaneidad no debía entenderse como unidad de acto o formalización en el mismo documento, sino en el sentido de que del documento contractual inicial de constitución del préstamo tenía que derivarse tanto éste mismo como la garantía, o que ésta estuviese ya anunciada en la conformación de aquél.

En efecto, un análisis histórico de la normativa reguladora de la cuestión nos permite sacar las siguientes conclusiones:

a.- En el antiguo Impuesto de Derechos Reales y sobre Transmisiones de Bienes, los préstamos garantizados con hipoteca o con otras cargas reales tributaban exclusivamente por la constitución de los derechos reales de garantía.

b.- Sin embargo, el artículo 155.16 de la Ley 41/1964, de 11 de junio, de Reforma Tributaria, altera el tratamiento legal y establece que "la constitución y prórroga de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis en garantía de un préstamo tributarán exclusivamente por este último concepto ...".

c.- Dicho artículo pasó a ser el artículo 58 del Texto Refundido de la Ley y Tarifas de los Impuestos Generales sobre las Sucesiones y sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Decreto 1018/1967, de 6 de abril.

d.- Incomprendiblemente, la Ley 32/1980, de 21 de junio, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados omite el precepto anterior.

e.- No obstante, reaparece en el artículo 15 del Texto Refundido de dicho Impuesto, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, con la siguiente redacción: "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".



f.- Tal texto es reiterado, al pié de la letra, en el artículo 18 (con algún simple matiz) del Reglamento del Impuesto aprobado por el Real Decreto 3494/1981, de 29 de diciembre, y, especialmente, en el artículo 15.1 del actual Texto Refundido del Impuesto aprobado por el Real decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.

En general, la doctrina legal del Tribunal Supremo ha venido sentando, habitualmente, lo siguiente:

- 1.- Para que haya un solo acto liquidable, es preciso que el préstamo y la garantía se pacten conjuntamente (sentencia de 2 de diciembre de 1971).
- 2.- Se admite que la garantía se preste con posterioridad, si la preveía el título constitutivo del préstamo (sentencia de 30 de noviembre de 1977).
- 3.- También se admite la sustitución de la garantía por otra, si estaba previsto en la escritura de constitución del préstamo (sentencia de 10 de febrero de 1977).

En definitiva, como no ha cambiado, respecto a la cuestión analizada, el texto normativo, desde el año 1967 hasta el Texto Refundido de 1993, ni la jurisprudencia generalmente aplicable, debe admitirse la validez y adecuación a derecho de la redacción actual del artículo 25.1 del Real Decreto 828/1995; y rechazarse, por tanto, en este punto, el recurso interpuesto.

En realidad, no puede pensarse que tal artículo haya incurrido en una extralimitación reglamentaria, ya que tan sólo se contrae a interpretar, aclarar o completar lo dispuesto en el artículo 15.1 del Texto Refundido de 1993 (siendo así, además, que, de tal modo, no ha hecho más que atemperarse al criterio mantenido por la jurisprudencia).

Cegar la vía reglamentaria a aspectos meramente aclaratorios o matizadores literariamente del Texto Refundido sería desvirtuar la potestad reglamentaria y dejarla reducida a una simple posibilidad de reproducir el texto legal habilitante.

Y, en este caso, no cabe pensar que el Reglamento condiciona lo que la Ley considera incondicionado, pues tanto ésta como aquél no ofrecen dudas de que los derechos de hipoteca y demás derechos reales en garantía de un préstamo tributarán exclusivamente por este último concepto.

Lo que el Reglamento hace, con su precisión, es evitar que no se produzcan abusos o actuaciones (ostensiblemente no queridas por el legislador) destinadas a burlar el Impuesto o a establecer auténticas ficciones.

Además, el artículo 18 del anterior Reglamento de 1981 utilizaba la expresión "constitución de préstamos garantizados", lo cual implica que no se puede atribuir a dicha frase otro significado que el de préstamos y garantías simultáneos o de garantías previstas en el propio documento de constitución de aquellos".

Partiendo, pues, de la doctrina sentada en la mencionada sentencia, estamos de acuerdo en que una fianza o los derechos reales de garantía que no nazcan simultáneamente con el préstamo que garantizan están sujetos a ITP, ello resulta claramente de la Ley. Pero siguiendo a la mejor doctrina (Zejalbo Martín), a la que seguimos, debemos sostener un matiz importante, debe de tratarse del mismo préstamo, es una necesidad estructural para la aplicación del precepto. La obligación del deudor debe coincidir con la obligación primitiva, si no coincide estamos ante obligaciones distintas.

A nuestro juicio no se trataría del mismo préstamo para el fiador cuando haya tenido lugar su novación objetiva, ya sea extintiva o modificativa, o subjetiva. Una prueba de lo anterior es que en estos casos de novación objetiva o subjetiva la fianza anterior se extingue por imperativo legal; por el contrario, si para el fiador el préstamo fuese el mismo, continuaría en vigor la fianza inicialmente constituida.

Lacruz Berdejo en la obra por él dirigida "Derecho de Obligaciones, Volumen Primero. Parte General, Teoría General del Contrato", 1994, página 331, escribe al estudiar la novación que "cuando se varía el objeto o las condiciones principales, si *inter partes* puede configurarse como modificación, en relación a terceros (prelación de créditos, relaciones de garantías, etc) la obligación resultante de la alteración deberá reputarse obligación nueva". En definitiva, de cara al fiador toda novación aunque sea modificativa, para el garante es extintiva, suponiendo la constitución de una nueva obligación. También el profesor Rodrigo Bercovitz mantiene posiciones semejantes con relación a la eficacia de la novación extintiva por cambio de la persona del deudor que da origen a una nueva obligación extintiva de la anterior e incompatible con ella.

La exigencia de que sea la misma obligación la que garantice el fiador para que la fianza quede sujeta es requerida por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sede de Burgos, de 17 de abril de 2009, Recurso 44/2008, que declaró la no sujeción a ITP de una fianza constituida con motivo de la subrogación de un préstamo hipotecario, contenida en una escritura de compraventa, como forma de pago del precio; con la particularidad de que se modifica simultáneamente y de forma sustancial el contenido de



dicho préstamo hipotecario: ampliándose su importe, condiciones y tipo de interés. Todo ello lleva al Tribunal a declarar que "no puede decirse propiamente que el préstamo garantizado con la fianza esté constituido con anterioridad": además la fianza solo garantizaba parte del préstamo, extinguiéndose cuando disminuyese éste en una determinada cantidad que era superior a la cantidad pactada en la ampliación.

Somos conscientes de que con la interpretación que realizamos del artículo 25 del Reglamento el ámbito de aplicación del concepto queda reducido a las fianzas y otras garantías prestadas y aceptadas por el acreedor, no simultáneas a la concepción del préstamo o crédito, siempre que no haya existido novación objetiva o subjetiva de ningún tipo.

En la actualidad, el TEAR y el TSJ de la Comunidad Valenciana mantiene en sus respectivas resoluciones y sentencias la no sujeción a ITP de las fianzas constituidas al tiempo de la subrogación en el préstamo hipotecario por parte del comprador de una vivienda, apreciándose novación. Entre otras sentencias del tribunal valenciano se puede citar la de 5 de febrero de 2010, Recurso 27/2009 . La Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña de 31 de marzo de 2006, Recurso 771/2002 , también ha mantenido un criterio semejante. El tribunal catalán en la Sentencia de 15 de octubre de 2009, Recurso 339/2006 , también ha declarado la no sujeción a ITP de la constitución de una nueva fianza con motivo de la subrogación de un préstamo hipotecario y novación del mismo, que se amplía, extinguiéndose la anterior fianza.

No deja de ser significativo para el estudio del tema lo escrito por el Profesor Antonio Gálvez Criado en su obra " La Asunción de Deuda en el Derecho Civil", Valencia, 2007, páginas 177 y 178, en las que tras afirmar que las fianzas prestadas por terceros se extinguen en todo supuesto de cambio de la persona del deudor, ya se entienda como novación extintiva, ya se entienda como novación modificativa, estudia la posibilidad de que los obligados accesoriamente consientan la subsistencia de la garantía, y en estos casos "debe entenderse que la fecha de la misma será la correspondiente al contrato de asunción de deuda, como lo impone el principio de accesoriedad y la protección de los acreedores de los garantes con títulos posteriores a la primera garantía y anteriores a la renovación del consentimiento". Esto es una prueba más de que para el fiador el préstamo que garantiza no es el mismo que el anterior que se nova, incluso en aquellos casos en los que el fiador renueva su garantía.

La sentencia de la Sala que menciona la recurrente de 16-9-1999, recurso 644/1997 , si bien abona la tesis de la no sujeción al impuesto de la fianza, no es suficientemente elocuente por cuanto se refiere a hechos ocurridos el 29-3-1995, y por tanto anteriores a la fecha de entrada en vigor del R.D. 828/95, de 29 de mayo cuyo art. 25.1 exige la simultaneidad y que ha sido validado por la sentencia ya citada de 3-11-1997 , no obstante en ella indicábamos lo siguiente: "Los argumentos de las administraciones demandadas en contra de la exención de tributación de la escritura de fianza otorgada el 29 de marzo de 1995, número de protocolo 987, por D. Pio , en favor de D. Rodrigo y D. Juan Alberto , en relación con el préstamo concedido en su día por Credit Lyonnais España, S.A., en favor de Amor de Dios, S.L., y en el que el referido Sr. Juan Alberto se había subrogado como prestatario, no resultan suficientes ni relevantes para impedir la aplicación de un precepto que de forma clara y terminante determina tal exención. En efecto, el 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, establece 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.*

Según las demandadas, en este caso no es de aplicación el precepto porque la escritura de afianzamiento se otorgó tiempo después y separadamente de la de préstamo hipotecario, sin que en ésta constase nada al respecto; porque fue motivada no por el préstamo, sino por la subrogación en la posición del prestatario de D. Juan Alberto en el lugar de Amor de Dios, S.L.; y porque (dice la resolución del Tribunal Económico-administrativo) lo que se garantiza no es el préstamo sino la hipoteca misma.

En cuanto a que lo que se garantiza no es el préstamo, sino la hipoteca misma, es obvio que no puede compartirse tal afirmación. Si una deuda personal se asegura con dos garantías distintas, sean simultáneas o sucesivas, no parece complicado comprender que ambas garantizan la deuda, y que no se aseguran la una a la otra, sin perjuicio de que, al ser dos, refuercen doblemente la confianza del acreedor. De hecho, la misma idea de una garantía asegurando a otra garantía resulta poco menos que absurda. Es elemental que lo garantizado es, siempre, la deuda, o, más precisamente, el cumplimiento de las obligaciones del deudor, de modo que la inclusión del caso en el artículo 15.1 resulta desde este punto de vista incuestionable.

Se dice también que el otorgamiento de la fianza no vino motivado por el préstamo, sino por la subrogación de la persona del deudor. De nuevo nos encontramos ante poco más que un juego de palabras. La prestación de garantías sobre una deuda siempre viene motivada por la insuficiente confianza del acreedor en la persona y patrimonio personal del deudor, pero ello no quiere decir que la garantía no venga motivada por la deuda.



Lógicamente, para no otorgar ninguna, u otorgar una, dos o más garantías, el acreedor se fijará en la posición personal y patrimonial del deudor, pero no por ello la garantía deja de estar motivada por la deuda. Y a entender de esta Sala nada cambia por el hecho de que el deudor que provoca inferior confianza aparezca después de la constitución del préstamo, mediante una subrogación, pues el préstamo sigue manteniendo plena vigencia y existencia y es el que provoca el otorgamiento de nuevas garantías, en consideración, como siempre, a la persona y patrimonio del deudor.

En fin, se alega que para que la exención juegue es preciso que se otorgue simultáneamente el préstamo y la fianza. A esto no cabe sino decir que se pretende incluir un requisito que no deriva en absoluto del texto legal aplicable, que se expresa con gran amplitud y sin distinciones, por lo que no nos es dado a nosotros distinguir. Respecto de la jurisprudencia citada por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, que efectivamente viene a recoger una idea como al que la Administración pretende aplicar, no será tomada en consideración por entender esta Sala que la única interpretación correcta del texto vigente (las sentencias del Tribunal Supremo se refieren al texto de 1967) es la que se ha indicado".

En la misma línea discursiva en apoyo de la no sujeción al impuesto de la fianza como obligación accesoria al contrato de préstamo debemos recordar la postura tradicional de nuestra jurisprudencia, por todas la STS de 25-6-2001, recurso 3514/96 y la de 27-6-2002, recurso 4518/1997 , sobre el tratamiento unitario que merece el préstamo hipotecario y sus garantías en cuanto que constituyen un solo hecho imponible. En la última sentencia mencionada se declara lo siguiente: "Pues bien; esta Sala, como recuerda la precitada Sentencia de 1º de Julio de 1998, y ratifica la de 23 de Octubre de 2000 , para salir al paso del razonamiento acabado de exponer, ha partido del tratamiento unitario que siempre han merecido, en nuestro ordenamiento tributario, los préstamos hipotecarios , en el sentido de que se han concebido como un solo y único hecho imponible, que primero basculó sobre el derecho real de hipoteca y después, a partir de la Ley 41/1964, de 11 de Junio, de Reforma del Sistema Tributario, sobre el préstamo . En consecuencia, si el préstamo hipotecario está sujeto, aunque exento, en el IVA, no estará sujeto, como tal, en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, concepto de "Transmisiones onerosas". Por eso, si el art. 15.1 del Texto Refundido del ITP y AJD no declara exenta la constitución del derecho de hipoteca en garantía de un préstamo , sino que lo incluye dentro del hecho imponible del préstamo , las primeras copias de las escrituras públicas de concesión de préstamos hipotecarios estarán sujetas a la cuota gradual (0'50 por 100) del gravamen de Actos Jurídicos Documentados, tal y como previene el antecitado art. 31.2 y declaró la invocada Sentencia de esta Sala de 2 de Octubre de 1989 .

Aunque, en puridad de conceptos, la conclusión de la unidad de hecho imponible, más que del mencionado art. 15.1 del Texto Refundido aquí considerado encontraba su más claro apoyo en el art. 18 del Reglamento de 29 de Diciembre de 1981 , que, en vez de hablar, como hacía el tan citado art. 15.1, de que "la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis en garantía de un préstamo , [tributarían] exclusivamente por el concepto de préstamo ", se refería a que "la constitución de préstamos garantizados con fianza, prenda, hipoteca y anticresis [tributarían] solo por el concepto de préstamo " --matiz que no pasa desapercibido a la Sala y que incluso podría haber dado pie a interpretar que el hecho imponible no era el préstamo hipotecario , sino la hipoteca, aunque su gravamen quedaba subsumido en el gravamen del préstamo , con la consecuencia de que el Reglamento se había excedido de la previsión legal que desarrollaba--, es lo cierto que la interpretación tradicional de esta Sala ha aceptado siempre la premisa de que el hecho imponible, préstamo hipotecario , era y es único, y que, por tanto, la conclusión de su sujeción a AJD, hoy por hoy, es coherente, cualesquiera sean las tendencias legislativas que, en un futuro próximo, pudieran consagrar su no sujeción o su exención de esta última modalidad impositiva, introduciendo la necesaria claridad en el sistema aplicativo de un impuesto, como el de AJD, que tantas dificultades encierra en su actual configuración".

QUINTO.- En el caso concreto enjuiciado la fianza se constituyó en un momento posterior al otorgamiento del contrato de préstamo hipotecario originario que fue el 26-10-2005, mientras que la ampliación del préstamo en 45.000 euros tuvo lugar en un momento posterior mediante escritura de 15-12-2006, quedando ampliado el préstamo hasta 276.200 euros, declarándose en el pacto 8º de la escritura que los cónyuges fiadores garantizan solidariamente el pago de las obligaciones contraídas en la presente escritura. A la vista del contenido de esa nueva garantía, independiente de la hipotecaria, que refuerza la posición del acreedor en orden a conseguir la satisfacción de su crédito, quedando liberado el anterior deudor como consecuencia de la subrogación operada, a lo que el acreedor presta su consentimiento, debemos entender que ha tenido lugar una novación extintiva, surgiendo un nuevo contrato de préstamo hipotecario que extingue el anterior y origina uno nuevo. Extinguido, por consiguiente, el anterior contrato de préstamo como efecto de la novación operada no debe existir ningún inconveniente para la admisión de la simultaneidad de la operación de préstamo con el afianzamiento conseguido por cuanto tiene lugar en unidad de acto con la escritura de la ampliación donde se contempla como nueva garantía reduplicativa de la hipotecaria el afianzamiento producido, cumpliéndose



de esta manera los requisitos del art. 25.1 del Reglamento del impuesto para que no tenga lugar la sujeción al impuesto del afianzamiento introducido.

En la propia escritura de 15-12-2006 en cuanto a la solicitud de exenciones se explica que a los efectos oportunos se hace constar que la presente ampliación de crédito está sujeto al IVA, si bien goza de la exención del mismo en virtud del art. 20.Uno.18 c) de la Ley 37/92, de 28 de diciembre y que como consecuencia de todo ello no está sujeto al ITP por el concepto de transmisiones patrimoniales onerosas, razón fundamental para que tampoco lo esté la fianza constituida como obligación accesoria de la principal.

La sentencia del T.S.J. de Andalucía de 30-1-2012, recurso 771/2012, ponente José Antonio Santandreu Montero, expresa con todo acierto, a juicio de la Sala, la fuerza motriz sobre la descansa la presente resolución en cuanto a las ideas que defiende: 1º La asunción de deuda supone la extinción del primer contrato de préstamo por sustitución de un deudor por otro con consentimiento del acreedor; 2º No hay propensión al fraude en dicha sustitución, evitándose de esta manera cualquier recelo contrario a que por falta de simultaneidad del afianzamiento se frustre la pretendida no sujeción al impuesto de dicha garantía; sentimiento que late en las sentencias del Supremo al exigir la simultaneidad con el objetivo de evitar todo tipo de artificiosidad, ardid o engaño; 3º Si se admitiera la tributación en estos casos podría darse un supuesto de doble imposición con relación a un mismo hecho imponible o fuente de riqueza merecedora de tributación. Por estas razones no nos resistimos a transcribir parte de sus argumentos:

"Como se puede apreciar 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 las 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.

Esta conclusión es compatible con lo que resuelve el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de junio de 2002, RJ 2002/8534 cuando afirma ".....Aunque, en puridad de conceptos, la conclusión de la unidad de hecho imponible, más que del mencionado art. 15.1 del Texto Refundido aquí considerado encontraba su más claro apoyo en el art. 18 del Reglamento de 29 de diciembre de 1981, que, en vez de hablar, como hacía el tan citado art. 15.1, de que *la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis en garantía de un préstamo, [tributarían] exclusivamente por el concepto de préstamo, se refería a que la constitución de préstamos garantizados con fianza, prenda, hipoteca y anticresis [tributarían] sólo por el concepto de préstamo, matiz que no pasa desapercibido a la Sala y que incluso podría haber dado pie a interpretar que el hecho imponible no era el préstamo hipotecario, sino la hipoteca, aunque su gravamen quedaba subsumido en el gravamen del préstamo, con la consecuencia de que el Reglamento se había excedido de la previsión legal que desarrollaba, es lo cierto que la interpretación tradicional de esta Sala ha aceptado siempre la premisa de que el hecho imponible, préstamo hipotecario, era y es único, y que, por tanto, la conclusión de su sujeción a AJD, hoy por hoy, es coherente, cualesquiera sean las tendencias legislativas que, en un futuro próximo, pudieran consagrar su no sujeción o su exención de esta última modalidad impositiva, introduciendo la necesaria claridad en el sistema aplicativo de un impuesto, como el de AJD, que tantas dificultades encierra en su actual configuración.....".



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..."

SEXTO.- La última cuestión que debemos abordar se refiere a la determinación del sujeto pasivo del impuesto.

El art. 8 c) del R.D. Legislativo 1/93 dispone lo siguiente con relación al mencionado sujeto pasivo: "En la constitución de fianzas, el acreedor afianzado". Por su parte el R.D. 828/95 en su art. 34 c) vuelve a disponer lo mismo.

Siendo tan certera y completa la expresión no debe caber duda de que la sociedad recurrente no puede ser el contribuyente o sujeto pasivo del impuesto por cuanto a la cualidad de acreedor del sujeto se debe añadir la condición de afianzado. Si bien la recurrente se puede considerar afianzada nunca podría ser considerada como acreedora. Sin embargo la entidad concedente del préstamo sí puede ser considerada en la doble condición de acreedora y afianzada como veremos a continuación.

Efectivamente, la tantas veces repetida sociedad actora aun cuando resulte afianzada por la garantía que se constituye en su favor no puede ser considerada como acreedora sino todo lo contrario, más bien, deudora ya que se trata de la prestataria, es decir, la que toma o recibe el dinero a préstamo. Es la entidad prestamista, la que da el dinero tomado a préstamo la verdadera acreedora de la operación. Aunque en puridad la verdadera afianzada sea la prestataria que es quien ofrece la garantía de la fianza, de este afianzamiento también se aprovecha la prestamista cuya garantía se refuerza y que se puede dirigir contra el afianzador en pago de su crédito de modo que desde esta perspectiva del asunto la concedente del préstamo también se debe considerar como afianzada y beneficiada por él.

Por tanto los dos motivos en los que se apoya y con los que se articula el recurso deben ser estimados, de ahí que deba prosperar.

SÉPTIMO.- Al estimarse el recurso y no concurrir circunstancias especiales con méritos para la imposición de las costas no se hace pronunciamiento en cuanto al pago de las mismas.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

- 1º. Estimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto.
- 2º. Anulamos la resolución recurrida con todas las consecuencias inherentes a dicha declaración.
- 3º. No hacemos pronunciamiento en cuanto al pago de las costas procesales causadas.

Notifíquese, con indicación de que contra la presente sentencia no procede la interposición de recurso ordinario alguno.



Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Miguel Ángel Narváz Bermejo, estando celebrando audiencia en el día de su fecha la Sala de lo Contencioso Administrativo que la firma, y de lo que como Secretario, certifico en Albacete, a quince de julio de dos mil trece.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ