



Roj: STSJ AND 771/2012 - ECLI:ES:TSJAND:2012:771

Id Cendoj: 18087330022012100020

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso

Sede: Granada

Sección: 2

Fecha: 30/01/2012

Nº de Recurso: 986/2005

Nº de Resolución: 310/2012

Procedimiento: CONTENCIOSO

Ponente: JOSE ANTONIO SANTANDREU MONTERO

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO CONTENCIOSO -ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

RECURSO NÚMERO: 986/2005

SENTENCIA NUM. 310 DE 2.012

Ilmo. Sr. Presidente:

D. Rafael Toledano Cantero

Ilmos. Sres. Magistrados

D. José Antonio Santandreu Montero

D. Federico Lázaro Guil

D. Rafael Ruiz Álvarez

En la ciudad de Granada, a treinta de enero de dos mil doce. Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, se ha tramitado el recurso número **986/2005** seguido a instancia de **Banco Popular Español, S.A.**, que comparece representado por la Procuradora de los Tribunales Doña María José Sánchez León Fernández y asistido de Letrado, siendo parte demandada la **Administración del Estado, Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía**, en cuya representación y defensa interviene el Abogado del Estado y como Administración codemandada la **Junta de Andalucía** en cuya representación y defensa actúa el Letrado de su Gabinete Jurídico. La cuantía del recurso es de 3.206,20 euros.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Se interpuso el presente recurso contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía (Sala de Granada) que se identifica más abajo. Se admitió a trámite y se acordó reclamar el expediente administrativo, siendo remitido por la Administración demandada.

**SEGUNDO.-** En su escrito de demanda, la parte actora expuso cuantos hechos y fundamentos de derecho consideró de aplicación y terminó por solicitar se dictase sentencia estimando el recurso anulando la resolución recurrida por no ser conformes a Derecho las declaraciones que en ella se efectúan.

**TERCERO.-** En su escrito de contestación a la demanda, la Administración demandada se opuso a las pretensiones de la parte actora, y, tras exponer cuantos hechos y fundamentos de derecho consideró de aplicación, solicitó que sea dictada sentencia confirmando en sus términos la resolución que se impugna por ser ajustada a Derecho. Similar petición dedujo la Administración codemandada al contestar la demanda.



**CUARTO.-** No habiendo solicitado las partes el recibimiento del procedimiento a prueba ni el trámite de vista o conclusiones escritas, las actuaciones pasaron al Ponente, Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día y hora señalado en autos, en que efectivamente tuvo lugar, habiéndose observado las prescripciones legales en la tramitación del mismo y actuando como Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Don José Antonio Santandreu Montero.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se interpone el presente recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía (Sala de Granada) de 25 de enero de 2005, recaída en el expediente número 04/2043/2003, que desestima la reclamación deducida el 24 de noviembre de 2.003 contra la liquidación tributaria que por el concepto de Impuesto sobre Transmisiones patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su modalidad de Actos Jurídicos Documentados, le giró la Oficina Liquidadora de Vera por importe de 3.206,20 euros, por constitución de **fianza**.

**SEGUNDO.-** El 27 de junio de 2003 con los números 2842 y 2843 de su Protocolo, se otorga ante el Notario de Vera, sendas escrituras públicas de compraventa de vivienda, subrogación de hipoteca y novación de préstamo en cuyas estipulaciones décimo cuartas y bajo la rúbrica de afianzamiento personal, se hacía constar que quien se reseñaba, como fiador personal en la escritura pública de préstamo originario a que se refiere el expositivo I del presente otorgamiento, afianza solidariamente en los mismos términos que la parte deudora principal ... y garantiza con la prestataria las obligaciones asumidas por la misma....En las referidas escrituras públicas los fiadores que se constituyeron como tales, lo hicieron en nombre propio y a título individual pese a que en las escrituras habían comparecido también como representantes de las mercantiles compradoras. Nos encontramos así con que las escrituras de las que dimanaban las liquidaciones impugnadas, formalizan la venta de una finca por el precio equivalente al capital pendiente de amortizar del crédito con garantía hipotecaria inicial que gravaba la finca, en el que se subroga la parte compradora, al propio tiempo que se constituye un nuevo afianzamiento, aceptando el Banco Popular Español la subrogación y el nuevo afianzamiento contenidos en las respectivas escrituras.

En el caso de autos, la **fianza** se constituyó en el momento del otorgamiento de la escritura pública de compraventa y de subrogación en el préstamo con garantía hipotecaria. En ese documento se recoge lo que podríamos denominar una novación contractual. La novación negocial por sustitución del deudor por otro nuevo -figura conocida doctrinalmente con la denominación de asunción de deuda-, tiene dos modalidades, la de convenio entre el acreedor y el nuevo deudor que libera al primitivo (novación propia), y convenio entre los deudores (novación impropia o modificativa).

En el caso presente, la parte compradora se subroga en el préstamo hipotecario referido, asumiendo como único deudor personal las obligaciones garantizadas con la hipoteca, y subrogándose en la condición jurídica de deudor; aceptando el prestamista dicha subrogación. Esa cláusula de subrogación en el préstamo hipotecario, ha sido interpretada y calificada como un caso de asunción de deuda (novación), pactado entre el antiguo y el nuevo deudor y aceptada por el Banco acreedor. ( STS Sala 10, de 29-11- 2001 , 22-3-2002 , 23-7-2003 ). En efecto, el acreedor, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.205 del Código Civil ha de prestar necesariamente su consentimiento para que surja la novación negocial, propia y liberatoria, por sustitución del deudor, y ese asentimiento ha de constar de modo claro, preciso, inequívoco y contundente, ya que crea una nueva y moderna relación obligatoria ( TS Sala 10, S 21-3-2002 )

**TERCERO.-** Así las cosas, la cuestión objeto del presente procedimiento es estrictamente jurídica, a saber, si se puede gravar por el Impuesto sobre Transmisiones patrimoniales y Actos Jurídicos documentados, en su última modalidad, la asunción como fiador solidario de la obligación de la parte compradora y que a su vez se subrogó en el préstamo hipotecario que pesaba sobre la finca adquirida. Es decir si dentro de la escritura pública de compraventa, subrogación de hipoteca y novación de préstamo, por la que se autoliquidó el impuesto, se puede apreciar la existencia de otro hecho imponible en forma de la constitución de una **fianza** solidaria.

Entrando en el fondo del litigio, procederá sentar el marco jurídico aplicable, constituido por el art. 7.1.B) del RDL 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados que dice: "1. 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 de derecho a utilizar infraestructuras ferroviarias o inmuebles o instalaciones en puertos y en aeropuertos." Por su parte el artículo 15.1 del citado TRLITP-AJD, dispone: "1. 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 ".



En desarrollo de esta norma legal, el art. 25 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones patrimoniales aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 mayo, establece: "1. 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.-** La exigencia de que la constitución de la **fianza** fuese simultánea con la concesión del préstamo dio lugar a que se planteara si la norma reglamentaria se había excedido del propio texto de la Ley. En efecto, la comparación del contenido de los dos últimos preceptos suscitó la duda de si la norma reglamentaria contradecía a la Ley, e incluso si excedía de su ámbito competencial, pero tal cuestión fue zanjada desestimatoriamente por dos sentencias del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1997, razonando lo siguiente: "La recurrente sostiene la necesidad de eliminar de dicho texto el requisito de que la constitución de la garantía sea simultánea con o esté prevista en la concesión contractual del préstamo, de acuerdo con la -según su opinión- doctrina jurisprudencial dictada sobre la materia, de la que se citaba una resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), no por lo que la misma representaba, sino porque en ella se recogía la jurisprudencia de este Tribunal Supremo y, en concreto, el criterio plasmado en las Sentencias de 26 enero 1978 ) y 23 febrero 1981 . 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 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 diciembre 1971 ). 2. Se admite que la garantía se preste con posterioridad, si la preveía el título constitutivo del préstamo ( Sentencia de 30 noviembre 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 febrero 1978 ).

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)...".

**QUINTO.-** Sentado lo anterior, 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.



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+ Bmatiz 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 desarrollabaB, 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.....".

**SEXTO.-** 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, sin que de conformidad con el artículo 139 de la LJCA haya lugar a hacer expreso pronunciamiento sobre las costas de la presente instancia.

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación la Sala dicta el siguiente

## FALLO

1.- Estima el recurso contencioso administrativo que la representación procesal de **Banco Popular Español, S.A.** contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía (Sala de Granada) de 25 de enero de 2005, recaída en el expediente número 04/2043/2003, que desestima la reclamación deducida el 24 de noviembre de 2.003 contra la liquidación tributaria que por el concepto de Impuesto sobre Transmisiones patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su modalidad de Actos Jurídicos Documentados, le giró la Oficina Liquidadora de Vera por importe de 3.206,20 euros por constitución de **fianza**, acto que anulamos dejándolo sin efecto por no ser conforme a derecho.

2.- Sin costas.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase y una vez firme remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo al lugar de procedencia de éste.



Así por esta nuestra sentencia que se notificará a las partes haciéndoles saber, con las demás prevenciones del art. 248 . 41 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , que contra la misma, por ser firme, no cabe interponer recurso alguno, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ