

Roj: STSJ MU 1532/2011
Id Cendoj: 30030330022011100571
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Murcia
Sección: 2
Nº de Recurso: 360/2008
Nº de Resolución: 539/2011
Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Ponente: FERNANDO CASTILLO RIGABERT
Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.MURCIA SALA 2 CON/AD

MURCIA SENTENCIA: 00539/2011

RECURSO nº 360/08

SENTENCIA nº 539/11

**LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA
SECCIÓN SEGUNDA**

compuesta por

D. Abel Ángel Sáez Doménech

Presidente

D^a Leonor Alonso Díaz Marta

D. Fernando Castillo Rigabert

Magistrados

ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A nº 539/11

En Murcia, a treinta de mayo de dos mil once.

En el RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 360/08 , tramitado por las normas ordinarias, en cuantía inferior a ciento cincuenta mil euros y referido a: ITP y AJD.

Parte demandante:

La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, representada y dirigida por el Sr. Letrado de sus Servicios Jurídicos.

Parte demandada:

La Administración del Estado, representada y dirigida por el Sr. Abogado del Estado.

Parte codemandada:

Banco de Valencia, S.A., representada por el Procurador D. Tomás Soro Sánchez y dirigida por el Letrado D. Eugenio Mata Rabasa

Acto administrativo impugnado:

Resolución del TEARM, de 20 de febrero de 2008, por la que se estima la reclamación 30/96/2008.

Pretensión deducida en la demanda:

Se dicte sentencia por la que, con estimación del recurso interpuesto, sea anulada la resolución del TEARM de 20 de febrero de 2008, recaída en la reclamación económico administrativa 30/96/2008 y sea declarada válida y ajustada a derecho la liquidación ILT 130280 2007 000685 girada por el concepto de **fianzas** del ITP, pues así procede en Derecho.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. **Sr.D. Fernando Castillo Rigabert**, quien expresa el parecer de la Sala.

I- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El escrito de interposición del recurso contencioso administrativo se presentó el 18 de junio de 2008, y admitido a trámite, y previa reclamación y recepción del expediente, la parte demandante formalizó su demanda deduciendo la pretensión a que antes se ha hecho referencia.

SEGUNDO.- La parte demandada ha solicitado la desestimación de la demanda por ser ajustada al Ordenamiento Jurídico la resolución recurrida.

TERCERO.- Ha habido recibimiento del proceso a prueba, con el resultado que consta en las actuaciones y cuya valoración se hará en los fundamentos jurídicos de esta sentencia.

CUARTO.- Después de evacuarse el trámite de conclusiones se señaló para la votación y fallo el día 24 de mayo de 2011.

II- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El Banco de Valencia S.A. promovió reclamación económico administrativa impugnando la liquidación ILT 130280 2007 000685, por ITP y AA.JJ.DD (**fianzas**), con base imponible de 176.000 euros, al tipo del 1%, y deuda a ingresar de 1785,62 euros girada por la oficina liquidadora de Águilas. La reclamante alegaba, en síntesis, que la **fianza** no está sujeta al Impuesto, quedando subsumida en la operación de préstamo, estando éste sujeto a IVA. El TEARM afirma que el **art. 15.1** del texto refundido de dicho impuesto 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. Por otro lado, el **art. 25 el Reglamento del Impuesto** añade al párrafo anterior la frase "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". El TEARM, en el caso enjuiciado, considera que se cumplen los requisitos legal y reglamentariamente establecidos, puesto que el otorgamiento del préstamo hipotecario al prestatario, mediante subrogación, se produce simultáneamente a la constitución de la garantía. Por otro lado, el carácter empresarial de la entidad financiera prestamista lleva consigo la sujeción del préstamo a tributación por el IVA, sin que haya de plantearse la tributación separada del documento por el IAJD, por cuando la **fianza** no cumple los requisitos que el **art. 31.2** del texto refundido del Impuesto establece para la sujeción a gravamen por dicho concepto de la operación, pues no se trata de un acto o contrato inscribible en el Registro de la Propiedad. El TEAC, concluye el TEARM, en resolución de 23 de octubre de 1997, 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 -hipoteca- se subsume fiscalmente bajo el concepto de préstamo y la otra -**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 dicho desglose no lo permite el **art. 15.1** del texto refundido del Impuesto, y, además, este criterio es el del TS en sentencias de 30 de noviembre de 1977 y 2 de noviembre de 1978.

SEGUNDO.- La Administración regional afirma que la cuestión controvertida se centra en determinar si la **fianza** constituida en la escritura de compraventa con subrogación de 20 de julio de 2007 lo ha sido de manera **simultánea** a la constitución del préstamo con garantía hipotecaria que grava los bienes inmuebles transmitidos o si, habiendo sido constituida con posterioridad al préstamo, la constitución de **fianza** estaba prevista expresamente en el título constitutivo del préstamo con garantía hipotecaria. A su entender, la respuesta en ambos casos es negativa. El préstamo fue constituido mediante escritura otorgada, el 26 de julio de 2005, por la mercantil "Águilas Residencial S.A." a favor del Banco de Valencia, en la que no estaba prevista la constitución efectiva de la **fianza** objeto de la liquidación. No es sino en la escritura de compraventa y subrogación cuando se constituye la **fianza** para garantizar el préstamo hipotecario constituido dos años antes a favor de la mercantil vendedora y en el que se subrogan los compradores de la vivienda. Se ha de precisar, según la administración regional, que todos los intervinientes en la escritura de compraventa y subrogación de 20 de julio de 2007, vendedora, compradores, fiadores y entidad prestataria, y especialmente esta última,

aceptaron la subrogación en el préstamo hipotecario constituido el 26 de julio de 2005, conviniendo, además, su ampliación "pero subsistiendo la obligación inicial ya que únicamente se pretende ampliar su contenido u objeto, quedando excluido cualquier ánimo novatorio con alcance extintivo. En consecuencia, concluye, en el presente caso no procede la aplicación de la regla de "tributación unitaria del préstamo", por no producirse ninguna de las dos *circunstancias previstas en el art. 25.1 del Reglamento del Impuesto* y debe considerarse que la liquidación era conforme a derecho.

TERCERO.- La Administración del Estado pide que se confirme la resolución impugnada, con remisión a su contenido.

La parte codemandada estima que en el caso presente nos encontramos ante un nuevo préstamo por cambio de deudor, de manera que aun cuando la obligación no se extingue, ya que no se constituye una nueva opuesta a ella, existe novación por cambio de deudor en los términos previstos en el *art. 1205 del Código Civil* que establece que la novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor y el *artículo 1206 del mismo Código* dispone que la insolvencia del nuevo deudor, que hubiese sido aceptado por el acreedor, no hará revivir la acción de éste contra el deudor primitivo, salvo que dicha insolvencia hubiese sido anterior y pública o conocida del deudor al delegar su deuda, afirmando, en conclusión, que la nueva operación con el nuevo deudor convierten en otra nueva la inicialmente constituida, cuando, además, se modifica también el tipo de interés, las comisiones y el plazo. Nos encontramos ante un nuevo préstamo por cambio de deudor, con modificación de las condiciones iniciales de la operación primitiva y en función de ello cabe aplicar directamente lo establecido en la Ley del Impuesto. Por otro lado, estima que no es aplicable el *art. 25 del Reglamento* por extralimitarse con respecto a lo establecido en la Ley.

En el caso presente, la Sala considera que ha de confirmarse la resolución del TEARM, puesto que entendemos se cumplen 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".

CUARTO.- No concurren las circunstancias legalmente previstas para realizar un especial pronunciamiento en costas (*art. 139 LJCA*).

En atención a todo lo expuesto, y POR LA AUTORIDAD QUE **NO** S CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso administrativo 360/08 interpuesto por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia contra la Resolución del TEARM, de 20 de febrero de 2008, por la que estima la reclamación 30/96/2008 por ser dicho acto, en lo aquí discutido, conforme a derecho; sin costas.

Notifíquese la presente sentencia, que es firme al no darse contra ella recurso ordinario alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: 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.