



**SALA CUARTA
IMPUESTO SOBRE
TRANSMISIONES
PATRIMONIALES Y
ACTOS JURÍDICOS
DOCUMENTADOS**

R.G.: 00-06833-2012

VOCALIA NOVENA

Fecha de Sala: 10/12/2015

En la Villa de Madrid, en la fecha arriba señalada, en el recurso de alzada que pende ante este Tribunal Económico-Administrativo Central, promovido por la **DIRECTORA DE LA AGENCIA TRIBUTARIA DE LA CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y HACIENDA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**, con domicilio a efectos notificaciones en SEVILLA, CL ALBAREDA, 18-20 (41920), contra Resolución del Tribunal Económico – Administrativo Regional de Andalucía, de 29 de febrero de 2012, por la que se estiman las reclamaciones (RG 14/01411/2010 y acumuladas) previamente interpuestas por XX SA contra acuerdos, liquidatorios y sancionadores, dictados en relación al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, ITP y AJD) por importe, el de mayor cuantía, de 426.042,64 €

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escritura otorgada el 5 de mayo de 2005 ante el Notario ..., con el número 2.337 de su protocolo, XX S.A, concede a YY, S.L un préstamo hipotecario de 34.950.371,92 €

Dicho préstamo es afianzado personal y solidariamente por la mercantil AA, S.A y por D. AA en su propio nombre y derecho.

Como consecuencia de haber dejado de formar parte de la sociedad deudora del referido préstamo hipotecario, los citados avalistas solicitan a la acreedora (XX S.A) su liberación como tales, ofreciendo como sustitución al nuevo socio de la Sociedad deudora D. BB

Mediante escritura pública otorgada en Córdoba el 1 de marzo de 2006 ante el Notario ..., con el número 422 de su protocolo, XX, S.A liberan de la condición de avalistas el préstamo hipotecario señalado anteriormente a la mercantil AA, S.A y a D. AA dejando dicho afianzamiento sin efecto, y quedando por tanto los citados fiadores liberados de cuantas obligaciones y responsabilidades pudieran derivarse del mismo.

En el mismo documento, D. BB asume la garantía de todas las obligaciones y responsabilidades que, por cualquier concepto, pudieran deducirse para YY, S.L en relación al préstamo formalizado el 5 de mayo de 2005.

SEGUNDO.- Mediante escritura otorgada el 5 de mayo de 2005 ante el Notario ..., con el número 2.338 de su protocolo, XX S.A, concede a YY, S.L un préstamo hipotecario de 901.594,08 €

Dicho préstamo es afianzado personal y solidariamente por la mercantil AA, S.A y por D. AA en su propio nombre y derecho.

Como consecuencia de haber dejado de formar parte de la sociedad deudora del referido préstamo hipotecario, los citados avalistas solicitan a la acreedora (XX S.A) su liberación como tales, ofreciendo como sustitución al nuevo socio de la Sociedad deudora D.BB

Mediante escritura pública otorgada en Córdoba el 1 de marzo de 2006 ante el Notario ..., con el número 423 de su protocolo, XX, S.A liberan



R.G.: 00-06833-2012

de la condición de avalistas el préstamo hipotecario señalado anteriormente a la mercantil AA, S.A y a D. AA dejando dicho afianzamiento sin efecto, y quedando por tanto los citados fiadores liberados de cuantas obligaciones y responsabilidades pudieran derivarse del mismo.

En el mismo documento, D. BB asume la garantía de todas las obligaciones y responsabilidades que, por cualquier concepto, pudieran deducirse para YY, S.L en relación al préstamo formalizado el 5 de mayo de 2005.

TERCERO.- Las dos escrituras de liberación de aval y constitución de afianzamiento de préstamo hipotecario son presentadas ante la Delegación Provincial en Córdoba de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía por D. BB el 6 de marzo de 2006, junto con las correspondientes autoliquidaciones sin ingreso en relación al ITP y AJD.

CUARTO.- El 12 de mayo de 2009 XX, S.A recibe la notificación de las comunicaciones de inicio de sendos procedimientos inspectores dictadas por el Servicio de Inspección Tributaria de la Delegación Provincial en Córdoba de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía al objeto de comprobar y, en su caso, regularizar su situación en relación a las referidas escrituras de liberación de aval y constitución de afianzamiento de préstamo hipotecario otorgadas el 1 de marzo de 2006 ante el Notario

Tras el desarrollo de dichas actuaciones, y considerando la Inspección que la constitución de garantía personal por particulares supone la realización del hecho imponible del ITP y AJD – modalidad TPO, por el concepto de constitución de fianza, el 30 de octubre de 2009 se firman las siguientes ACTAS:

- 1) Acta de Disconformidad A02 – Nº 1, en relación a la escritura con número de protocolo 422/2006, que concreta

una cuantía a ingresar a cargo de XX, S.A de 426.042,64 €, incluyendo el importe correspondiente a los intereses de demora previstos;

- 2) Acta de Disconformidad A02 – N° 2, en relación a la escritura con número de protocolo 423/2006, que concreta una cuantía a ingresar a cargo de XX, S.A de 11.027,42 €, incluyendo el importe correspondiente a los intereses de demora previstos;

QUINTO.- El 24 de noviembre de 2009, el obligado tributario presenta sendos escritos de alegaciones contra las propuestas referidas, entendiéndolas improcedentes pues, a su juicio, no existe hecho imponible alguno *“(...) ya que la novación del contrato de afianzamiento, se ha producido dentro de la actividad mercantil y empresarial”* que le corresponde. Y es que *“(...) siendo el préstamo afianzado mercantil, la fianza también tiene necesariamente naturaleza mercantil, por lo que tal afianzamiento ha de quedar fuera de la esfera del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y quedará sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido, sin que queda acreditado en el acta que la citada operación esté exenta de dicho impuesto”*. Además, resalta que por medio de las escrituras aludidas no se produjo la constitución “ex novo” de una fianza sino una novación subjetiva de la figura del fiador, manteniéndose en todos sus términos la fianza en su día constituida junto a cada préstamo hipotecario.

SEXTO.- El 22 de marzo de 2010 el Coordinador Territorial del Servicio de Inspección Tributaria adopta los acuerdos liquidatorios, desestimando las alegaciones presentadas y confirmando las propuestas previas en todos sus términos. Así, se fijan como cuantías a ingresar a cargo del obligado tributario 426.042,64 € y 11.027,42 €.

SÉPTIMO.- Considerando, además, que los hechos descritos pudieran ser constitutivos de infracción tributaria, el propio Servicio de



R.G.: 00-06833-2012

Inspección Tributaria de la Delegación Provincial en Córdoba de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía decide incoar los correspondientes expedientes sancionadores. Dichos procedimientos concluyen con sendos acuerdos que confirman que las conductas del sujeto pasivo, objeto de las regularizaciones referidas, son constitutivas de la infracción tipificada en el artículo 191.1 Ley General Tributaria y que determinan unas multas de 174.751,86 € y de 4.507,97 € respectivamente.

OCTAVO.- Contra todos los actos descritos (dos acuerdos liquidatorios y dos acuerdos sancionadores), XX, S.A interpone el 26 de abril de 2010 las correspondientes reclamaciones económico – administrativas ante el Tribunal Regional de Andalucía, tramitándose con RG 14/01411/2010; RG 14/01412/2010; RG 14/01413/2010 y RG 14/01414/2010.

Una vez recibida la notificación de la acumulación y la puesta de manifiesto de los expedientes, y dentro del preceptivo trámite de audiencia, la entidad reclamante presenta su escrito de alegaciones, insistiendo en que las operaciones por las que la Administración Tributaria andaluza ha acordado practicar las regularizaciones por el ITP y AJD son operaciones jurídicas encuadrables exclusivamente en el marco de la actividad de tráfico de las empresas mercantiles por lo que debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 7.5 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto “*no estarán sujetas al concepto de "transmisiones patrimoniales onerosas", reguladas en el presente Título, las operaciones enumeradas anteriormente cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad*”. Si las fianzas originales constituidas simultáneamente al otorgamiento de los préstamos no estaban sujetas al ITP y AJD la misma suerte debe seguir la sustitución de la persona del fiador, sin que pueda apreciarse que lo que se hizo fue constituir unas nuevas fianzas sobrevenidas.

NOVENO.- El 29 de febrero de 2012, el Tribunal Regional de Andalucía acuerda la estimación de las reclamaciones, disponiendo la anulación de todos los acuerdos impugnados.

Según la Resolución, *“En el presente caso, se trata de escrituras públicas por la que se sustituyen los fiadores que garantizaban los préstamos hipotecarios formalizados en las escrituras públicas originarias. A juicio de este Tribunal de las circunstancias expuestas debe entenderse que la constitución de fianza estaba prevista en el otorgamiento de los préstamos por lo que se cumple lo dispuesto en el citado artº 25 del Reglamento del Impuesto, tributando exclusivamente por el concepto de préstamo la constitución de las fianzas que nos ocupa y debiendo anularse las liquidaciones impugnadas”*.

DÉCIMO.- Frente a dicha Resolución del TEAR de Andalucía, la Directora de la Agencia Tributaria de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía promueve, ante este Tribunal Central, el presente recurso de alzada el 29 de junio de 2012.

Entiende la Directora recurrente que la constitución de una fianza es una operación sujeta a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (salvo que quien la constituya sea un empresario o profesional en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, en cuyo caso tributará en el Impuesto sobre el Valor Añadido) y que sólo tributará por el concepto de préstamo (tratamiento unitario del préstamo) cuando se constituya simultáneamente con éste o cuando no constituyéndose simultáneamente al estipular el préstamo está prevista su posterior constitución.

Según recoge el recurso *“En el caso que venimos analizando (...) de las actas de disconformidad incorporadas al expediente se deduce claramente que se trata de una constitución de fianza que es independiente del afianzamiento que se constituyó en el préstamo original, es decir, se sustituye por una fianza con nuevos fiadores, dando lugar por tanto a una*



R.G.: 00-06833-2012

operación distinta e independiente, y por tanto no prevista en ningún caso en la escritura original de préstamo”.

Por otro lado, defiende la nota de culpabilidad en la conducta del sujeto pasivo a efectos de la procedencia de los acuerdos sancionadores señalando que no se puede apreciar que la conducta sancionada estuviese amparada en una interpretación razonable de la norma o que se viera afectada por cualquier otra causa de exoneración de la responsabilidad.

UNDÉCIMO.- Habiéndose dado traslado del referido recurso de alzada al obligado tributario, éste presenta su escrito de alegaciones reiterando las que se efectuaron en primera instancia ante el TEAR y admitiendo que éste las ha recogido de forma clara e inequívoca, mostrando su total conformidad con la resolución recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Concurren los requisitos de competencia, legitimación y formulación en plazo, que son presupuesto para la admisión del presente recurso de alzada, en los términos del **artículo 241 de la Ley 58/2003, de 17 de Diciembre, General Tributaria** (en adelante, LGT), siendo la cuestión debatida la conformidad a Derecho de la Resolución dictada por el Tribunal Regional de Andalucía, objeto del presente recurso.

SEGUNDO.- 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** (en adelante, TRLITPyAJD) 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*”, consagrando lo que se conoce como regla de “tratamiento

unitario del préstamo” a efectos de su sujeción al ITP y AJD. En desarrollo de dicho precepto, el **artículo 25.1 del Real Decreto 828/1995, de 29 de Mayo**, que aprueba el **Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas** confirma 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”*.

El TEAR, una vez analizadas las escrituras referidas (tanto los préstamos como las propiamente referidas a la sustitución de los avalistas o fiadores), concluye que *“de las circunstancias expuestas debe entenderse que la constitución de fianza estaba prevista en el otorgamiento de los préstamos por lo que se cumple lo dispuesto en el citado arto 25 del Reglamento del Impuesto, tributando exclusivamente por el concepto de préstamo la constitución de las fianzas que nos ocupa y debiendo anularse las liquidaciones impugnadas”*.

La Directora recurrente muestra su desacuerdo con dicho criterio al entender que de las actas de disconformidad incorporadas al expediente se deduce claramente que se trata de unas constituciones de fianza que son independientes de los afianzamientos que se constituyeron en el préstamos originales dando lugar, por tanto, a unas operaciones distintas e independientes, y no previstas, en ningún caso, en la escritura original de préstamo por lo que procede someterlas a tributación.

TERCERO.- Es importante resaltar la situación de partida: mediante dos escrituras otorgadas el 5 de mayo de 2005 ante el Notario ... (números 2.337 y 2.338 de su protocolo) XX S.A, concede a YY, S.L y a YY, S.L sendos préstamos hipotecarios, estipulándose en ambos una garantía personal solidaria – adicional a la hipoteca – asumida, en ese momento, por AA, S.A y por D. AA los cuales, *“(…)sin perjuicio de la responsabilidad personal e ilimitada de la parte prestataria y sin perjuicio también de cualquier otra garantía propia o de terceros que aquél/aquellos pudieran*



R.G.: 00-06833-2012

aportar en el futuro, garantiza/n todas las obligaciones y responsabilidades por cualquier concepto (principal, intereses, gastos, descubiertos, excedidos, comisiones, etc.) que puedan deducirse para la parte prestataria como consecuencia de este contrato, obligándose solidariamente al pago con la parte prestataria y, en caso de ser varios los garantes, solidariamente también entre sí, con renuncia expresa a los beneficios de orden, excusión, división y cualquier otro que, con carácter general o particular pudieran corresponderles. Las partes y el garante acuerdan que la fianza se hará extensiva a cualesquiera prórrogas, renovaciones, novaciones o modificaciones de cualquier tipo expresas o tácitas que pudieran producirse en las obligaciones contenidas en este contrato” (CLÁUSULA DECIMOTERCERA).

De acuerdo con lo dispuesto en los preceptos señalado (**artículo 15.1 TRLITPyAJD** y **artículo 25.1 RD 828/1995**) y siendo evidente que tales fianzas se constituyeron en el mismo otorgamiento de los préstamos que buscaban garantizar, resultaba plenamente aplicable la regla denominada de “tratamiento unitario del préstamo” por lo que la operación, en su conjunto, incluyendo el establecimiento de las fianzas, debieron tributar exclusivamente por el concepto de los préstamos, debiendo incidir en que siendo unos préstamos concedidos por una entidad financiera, sujeto pasivo del Impuesto sobre el Valor Añadido, se trataron, ciertamente, de unas operaciones sujetas a dicho impuesto (y exentas en virtud del **artículo art 20.1.18 c) Ley 37/1992**) y no sujetos ITP y AJD – Modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas, en base al **artículo 7.5 TRLITPyAJD** que establece que “no estarán sujetas al concepto de “transmisiones patrimoniales onerosas”, regulado en el presente título, las operaciones enumeradas anteriormente cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y, en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido...”.

Dado de que se trató de préstamos en los que, simultáneamente a su otorgamiento, se establecieron las referidas garantías personales y solidarias, este Tribunal Central no comparte la pretensión deducida por la Directora recurrente sobre la consideración, como un hecho nuevo e independiente, de la sustitución de las personas de los fiadores por otros, habida cuenta de que según las escrituras de liberación no se produjo rectificación alguna en las condiciones estipuladas para los préstamos (salvo el cambio en la persona del fiador). Dicho de otra manera, si las fianzas originales debieron tratarse, a efectos tributarios, como los préstamos que garantizaban, este Tribunal Central no encuentra razones para no mantener dicho tratamiento para las liberaciones, con cambio en las personas avalistas, posteriormente estipuladas. En definitiva, procede confirmar el criterio expuesto por el Tribunal Regional en la Resolución objeto de la presente alzada.

Por lo expuesto,

EL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL, EN SALA, visto el Recurso de Alzada promovido por **DIRECTORA DE LA AGENCIA TRIBUTARIA DE LA CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y HACIENDA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA,** contra Resolución del Tribunal Económico – Administrativo Regional de Andalucía, de 29 de febrero de 2012, **ACUERDA: Desestimarlo,** confirmando íntegramente la resolución impugnada.