



# **Propuestas de Reforma del Marco Legislativo de la Fiscalidad Inmobiliaria**

Madrid, marzo de 2013

## COORDINACIÓN

- Víctor Viana Barral (Uría Menéndez)
- Luis Suárez de Centi Martínez (Uría Menéndez)

## AUTORES

- Miguel Bastida Peydro (Uría Menéndez)
- Jordi Bertrán Ribera (García Hoffmann-Bertrán Asesores)
- José Luis Lucas Chinchilla (Landwell PricewaterhouseCoopers)
  - Ignacio de Felipe Fernández (Ferrovial)
    - César Flórez Tella (Ferrovial)
- César García Novoa (Universidad de Santiago de Compostela)
- María Luisa González-Cuéllar Serrano (Universidad Carlos III)
  - José Miguel Moreno Pérez (Grupo ACS)
- Jesús Rodríguez Márquez (Instituto de Estudios Fiscales)
  - Pedro Saavedra Martínez (Garrigues)
- Francisco Javier Sánchez Gallardo (KPMG Abogados)
- Antonio Sánchez Recio (Landwell PricewaterhouseCoopers)
  - Luis Suárez de Centi Martínez (Uría Menéndez)
- Alfonso Utrilla de la Hoz (Universidad Complutense de Madrid)
  - Víctor Viana Barral (Uría Menéndez)

El presente documento es el resultado de un proyecto promovido dentro de sus objetivos estatutarios por la Fundación Impuestos y Competitividad, que ostenta en exclusiva los derechos legales para su difusión. No obstante, las opiniones o juicios de valor que el documento incorpora corresponden en exclusiva a sus autores.

## ÍNDICE

<b>1</b>	<b>RESUMEN EJECUTIVO.....</b>	<b>14</b>
1.1	INTRODUCCIÓN.....	14
1.2	ANÁLISIS HACENDÍSTICO-COMPETENCIAL.....	18
1.3	ANÁLISIS TÉCNICO-TRIBUTARIO.....	18
1.3.1	<i>IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS.....</i>	<i>18</i>
1.3.2	<i>IMPUESTOS PATRIMONIALES: EL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES Y EL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO.....</i>	<i>20</i>
1.3.3	<i>IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES.....</i>	<i>22</i>
1.3.4	<i>TRIBUTACIÓN DE NO RESIDENTES.....</i>	<i>23</i>
1.3.5	<i>IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO.....</i>	<i>24</i>
1.3.6	<i>IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS.....</i>	<i>26</i>
1.3.7	<i>TRIBUTACIÓN LOCAL.....</i>	<i>29</i>
<b>2</b>	<b>ANÁLISIS HACENDÍSTICO-COMPETENCIAL.....</b>	<b>30</b>
2.1	LA INCIDENCIA DE LA ACTIVIDAD INMOBILIARIA EN LA ECONOMÍA ESPAÑOLA Y EN EL SISTEMA TRIBUTARIO.....	30
2.2	ANÁLISIS Y ORIENTACIÓN DEL USO DE LA CAPACIDAD NORMATIVA EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y AYUNTAMIENTOS EN MATERIA DE FISCALIDAD INMOBILIARIA.....	42
2.3	CONCLUSIONES.....	49
<b>3</b>	<b>ANÁLISIS TÉCNICO-TRIBUTARIO.....</b>	<b>50</b>
3.1	FISCALIDAD DIRECTA.....	50
3.1.1	<i>IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS.....</i>	<i>50</i>

3.1.1.1	Tratamiento fiscal del arrendamiento de vivienda en el IRPF: la técnica tributaria como posible factor de impulso del mercado de alquiler en España.....	50
3.1.1.2	Tratamiento fiscal de la inversión en vivienda habitual como incentivo a la adquisición de vivienda en el IRPF.....	53
3.1.1.3	Recomendaciones comunes a los beneficios fiscales aplicables a la adquisición y al alquiler de vivienda.....	55
3.1.1.4	Tratamiento de la rehabilitación de vivienda en el IRPF.....	57
3.1.1.5	Clasificación de los rendimientos procedentes de la tenencia y explotación de bienes inmuebles: rendimientos de capital inmobiliario vs. rendimientos de actividades económicas.....	60
3.1.1.6	Clasificación de los rendimientos procedentes de la transmisión de bienes inmuebles: ganancias patrimoniales vs. rendimientos de actividades económicas.....	61
3.1.1.6.1	Situación actual.....	61
3.1.1.6.1.1	Calificación del rendimiento procedente de la transmisión de un bien inmueble.....	61
3.1.1.6.1.2	Determinación de la ganancia o pérdida patrimonial.....	63
3.1.1.6.1.3	Otras ganancias o pérdidas patrimoniales que pueden afectar a la tributación de inmuebles que se encuentren arrendados.....	64
3.1.1.6.1.4	Exenciones previstas en la tributación de las ganancias derivadas de la transmisión de inmuebles, cuando dicho inmueble constituya la vivienda habitual del contribuyente.....	65
3.1.1.6.2	Situación actual y posible ampliación de supuestos de exención a otros casos, por ejemplo, en los supuestos de transmisión de viviendas para adquirir otras que se vayan a dedicar al arrendamiento.....	66
3.1.1.7	Las rentas inmobiliarias: ¿por qué no rentas que forman parte de la base imponible del ahorro?.....	69

3.1.1.7.1	El sistema dual como mecanismo de tributación de las rentas en el IRPF. .....	69
3.1.1.7.2	La definición de las rentas del ahorro.....	72
3.1.2	<i>IMPUESTOS PATRIMONIALES: EL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES Y EL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO</i> .....	75
3.1.2.1	Tratamiento fiscal de la tenencia y la transmisión lucrativa de bienes inmuebles: el caso de la llamada empresa familiar. Ventajas e inconvenientes .....	75
3.1.2.1.1	La empresa familiar y sus ventajas fiscales.....	75
3.1.2.1.2	Criterios para determinar la pertenencia de un inmueble a una empresa familiar. Crítica .....	77
3.1.2.1.3	Recomendaciones y conclusiones .....	80
3.1.2.2	Posible conveniencia y eficacia de una exención para la puesta de inmuebles en alquiler en el marco del IP .....	82
3.1.2.2.1	Tratamiento de los bienes inmuebles arrendados en el IP.....	83
3.1.2.2.1.1	Bienes inmuebles arrendados al margen del ejercicio de una actividad empresarial.....	84
3.1.2.2.1.2	Bienes inmuebles arrendados a través del ejercicio de una actividad empresarial .....	85
3.1.2.2.2	Sobre la posible conveniencia y eficacia de una exención para la puesta de inmuebles en alquiler.....	88
3.1.3	<i>IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES</i> .....	91
3.1.3.1	Tratamiento de la actividad inmobiliaria en el régimen general del IS .....	91
3.1.3.1.1	Venta y reinversión de inmovilizado.....	91
3.1.3.1.2	Amortización y deterioro.....	98
3.1.3.1.3	Gastos financieros.....	102

3.1.3.1.3.1	La base de cálculo de la limitación: el beneficio operativo del ejercicio o EBITDA .....	103
3.1.3.1.3.2	Coste financiero del proceso constructor.....	104
3.1.3.1.4	Conclusiones y propuestas.....	107
3.1.3.2	SOCIMI, entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda e instituciones de inversión colectiva inmobiliarias.....	108
3.1.3.2.1	Introducción.....	108
3.1.3.2.2	El nuevo régimen fiscal de las SOCIMI introducido por la disposición final octava de la Ley de Consolidación .....	110
3.1.3.2.3	Algunos aspectos que podrían necesitar aclaraciones y propuestas adicionales de modificación de determinados artículos de la Ley de SOCIMI .....	111
3.1.4	<i>IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE NO RESIDENTES</i> .....	114
3.2	FISCALIDAD INDIRECTA.....	121
3.2.1	<i>IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO</i> .....	121
3.2.1.1	IVA y urbanización de terrenos .....	121
3.2.1.1.1	Situación actual.....	121
3.2.1.1.2	Propuestas de mejora .....	123
3.2.1.2	La construcción y rehabilitación de edificaciones .....	127
3.2.1.2.1	La exención de las entregas de edificaciones .....	129
3.2.1.3	La coordinación IVA-ITP .....	130
3.2.1.3.1	Las medidas paliativas en el ITP y AJD.....	130
3.2.1.3.2	La modificación de la normativa vigente .....	134
3.2.1.4	Tratamiento de la transmisión de la unidad económica autónoma en la imposición indirecta .....	137

3.2.1.4.1	Tributación indirecta de la transmisión de unidades económicas autónomas .....	137
3.2.1.4.2	Definición del concepto de unidad económica autónoma: aspectos controvertidos.....	140
3.2.1.4.2.1	Relevancia de la exclusión de determinados bienes o derechos....	140
3.2.1.4.2.2	Relación con otras ramas del Derecho tributario: especial referencia al concepto de rama de actividad .....	142
3.2.1.4.3	La coordinación entre el IVA y el ITP y AJD en el caso de transmisión de unidades económicas autónomas.....	144
3.2.1.4.3.1	Ajuste técnico en cuanto a la delimitación del supuesto previsto en el artículo 7.5 de la Ley del ITP y AJD.....	145
3.2.1.4.3.2	Incompatibilidad entre IVA y TPO en el contexto de la transmisión de unidades económicas autónomas.....	147
3.2.1.4.3.3	Configuración del supuesto de no sujeción como opcional .....	148
3.2.1.4.3.4	Beneficios fiscales aplicables para la transmisión de inmuebles comprendidos dentro de unidades económicas autónomas.....	150
3.2.1.4.3.5	Modificación del sistema de competencias territoriales.....	151
3.2.1.5	Calificación y régimen de las concesiones de obra pública.....	152
3.2.1.5.1	Sujeción al Impuesto .....	154
3.2.1.6	Calificación y régimen de los derechos de superficie.....	154
3.2.1.6.1	Devengo.....	155
3.2.1.6.2	Reversión de la construcción.....	156
3.2.2	<i>IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS.....</i>	<i>156</i>
3.2.2.1	Concepto de bien inmueble en el ITP y AJD.....	156
3.2.2.1.1	Conclusiones.....	159

3.2.2.1.2	Recomendaciones .....	159
3.2.2.2	Novación y subrogación de contratos de financiación hipotecarios .....	159
3.2.2.2.1	Novaciones y subrogaciones de contratos de financiación empresariales con garantía hipotecaria: tributación por AJD .....	159
3.2.2.2.2	La valuabilidad de las escrituras públicas de novación hipotecaria .....	162
3.2.2.2.3	La Ley 2/1994: exención en AJD de las escrituras públicas de subrogación y novación modificativa .....	167
3.2.2.2.4	Conclusiones.....	170
3.2.2.3	Artículo 108 LMV. Problemas y cuestiones polémicas a la luz de la normativa comunitaria. Necesaria reforma de la norma .....	172
3.2.2.3.1	Características del precepto. Fundamento .....	172
3.2.2.3.2	Problemas en relación con el contenido del precepto.....	174
3.2.2.3.3	Dudas sobre la constitucionalidad del precepto .....	175
3.2.2.3.4	Vulneración de las exigencias de derecho de la Unión Europea.....	178
3.2.2.3.5	Orientaciones y estrategias en el cuestionamiento del artículo 108 de la LMV desde la perspectiva del derecho de la Unión Europea .....	185
3.2.2.3.6	La reforma del precepto por la Disposición Adicional de la Ley 7/2012... ..	188
3.2.2.3.7	Cuestiones polémicas del contenido del artículo 108 de la LMV .....	188
3.2.2.3.8	Propuestas de reforma .....	191
3.2.2.4	Incremento del tipo de AJD cuando el obligado tributario renuncie a la exención en IVA.....	193
3.2.2.4.1	Objeciones desde la perspectiva del Derecho constitucional. La desigualdad por razón del territorio .....	193
3.2.2.4.2	La configuración de la renuncia a la exención en el IVA como un derecho subjetivo del contribuyente. Su fundamento en la neutralidad.....	198



3.2.2.4.3	Vulneración de las normas sobre financiación autonómica. La prohibición de la compensación oculta (Stillfinanzausgleich).....	201
3.2.2.4.4	Otras cuestiones objetables en la regulación positiva de la renuncia a la exención y conclusiones.....	202
3.2.2.5	La comprobación de valores y mecanismos de resolución de conflictos sobre valoración de bienes. Los sistemas de solicitud de información vinculante ....	202
3.2.2.5.1	Introducción a la comprobación de valores.....	202
3.2.2.5.2	Comprobación de valores y seguridad jurídica .....	204
3.2.2.5.3	La unicidad de valoraciones .....	205
3.2.2.5.4	Los sistemas de solicitud de información vinculante .....	207
3.2.2.5.5	Propuestas de modificación.....	208
3.3	TRIBUTACIÓN LOCAL Y AUTONÓMICA .....	210
3.3.1	<i>EL VALOR CATASTRAL</i> .....	210
3.3.1.1	El valor catastral .....	210
3.3.1.2	Análisis crítico de la fijación de los valores catastrales: propuestas de reforma .....	212
3.3.1.3	La doble vía de impugnación de los valores catastrales .....	215
3.3.2	<i>LA BASE IMPONIBLE EN EL IIVTNU</i> .....	216
3.3.2.1	Propuestas de reforma.....	219

\* \* \*

## ÍNDICE DE SIGLAS Y DEFINICIONES

<b><i>AEAT</i></b>	Agencia Estatal de la Administración Tributaria
<b><i>AJD</i></b>	Modalidad actos jurídicos documentados del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
<b><i>AN</i></b>	Audiencia Nacional
<b><i>BOICAC</i></b>	Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
<b><i>DGRN</i></b>	Dirección General de los Registros y del Notariado
<b><i>DGT</i></b>	Dirección General de Tributos
<b><i>Directiva de CC</i></b>	Directiva 2008/7/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales
<b><i>Directiva del IVA</i></b>	Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido
<b><i>IBI</i></b>	Impuesto sobre Bienes Inmuebles
<b><i>ICAC</i></b>	Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
<b><i>ICIO</i></b>	Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras
<b><i>IIVTNU</i></b>	Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana
<b><i>IP</i></b>	Impuesto sobre el Patrimonio
<b><i>IRnR</i></b>	Impuesto sobre la Renta de no Residentes
<b><i>IRPF</i></b>	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
<b><i>IS</i></b>	Impuesto sobre Sociedades
<b><i>ISD</i></b>	Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
<b><i>ITP y AJD</i></b>	Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
<b><i>IVA</i></b>	Impuesto sobre el Valor Añadido

<b><i>Ley 2/1994</i></b>	Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios
<b><i>Ley 7/2012</i></b>	Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de la adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude
<b><i>Ley de Consolidación</i></b>	Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica
<b><i>Ley del IP</i></b>	Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio
<b><i>Ley del IRnR</i></b>	Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes
<b><i>Ley del IRPF</i></b>	Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio
<b><i>Ley del IS</i></b>	Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades
<b><i>Ley del ISD</i></b>	Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
<b><i>Ley del ITP y AJD</i></b>	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
<b><i>Ley del IVA</i></b>	Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido
<b><i>Ley de SOCIMI</i></b>	Ley 11/2009, de 26 de octubre, por la que se regulan las sociedades anónimas cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario

<b><i>LCI</i></b>	Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario
<b><i>LGT</i></b>	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
<b><i>LHL</i></b>	Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales
<b><i>LMV</i></b>	Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores
<b><i>LPGE</i></b>	Ley de Presupuestos Generales del Estado
<b><i>OS</i></b>	Modalidad operaciones societarias del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
<b><i>PGC</i></b>	Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad
<b><i>RD</i></b>	Real Decreto
<b><i>R del ITP y AJD</i></b>	Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
<b><i>RDL</i></b>	Real Decreto Legislativo
<b><i>RD-ley</i></b>	Real Decreto-ley
<b><i>REIT</i></b>	<i>Real Estate Investment Trust</i>
<b><i>RIRPF</i></b>	Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero
<b><i>RIS</i></b>	Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades
<b><i>RIVA</i></b>	Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, que aprueba el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido y modifica el Real Decreto 1041/1990, de 27 de julio, sobre declaraciones censales; el

Real Decreto 338/1990, de 9 de marzo, sobre el Número de Identificación Fiscal; el Real Decreto 2402/1985, de 18 de diciembre sobre el deber de expedir y entregar factura (los empresarios y profesionales), y el Real Decreto 1326/1987, de 11 de septiembre, sobre aplicación de la Directiva de la Comunidad

***Sexta Directiva***

Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios - Sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido: base imponible uniforme

***SOCIMI***

Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario

***TC***

Tribunal Constitucional

***TEAC***

Tribunal Económico-Administrativo Central

***TEAF***

Tribunal Económico-Administrativo Foral

***TEAR***

Tribunal Económico-Administrativo Regional

***TJCE***

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

***TJUE***

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

***TPO***

Modalidad transmisiones patrimoniales onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

***TS***

Tribunal Supremo

***TSJ***

Tribunal Superior de Justicia

\* \* \*

## **1 RESUMEN EJECUTIVO**

### **1.1 INTRODUCCIÓN**

El sector inmobiliario ha sido una de las piezas clave que han sostenido el crecimiento de la economía española en las dos últimas décadas. Sin embargo, la situación de crisis económica en la que estamos inmersos exige el planteamiento de nuevas medidas que contribuyan a revitalizar la actividad inmobiliaria en España, de manera que siga teniendo un papel preferente en el nuevo modelo económico que resulte de la actual coyuntura.

Con este objetivo, la Fundación Impuestos y Competitividad ha patrocinado la realización de este *Proyecto de Reforma del Marco Legislativo de la Actividad Inmobiliaria*, en el que se detectan las principales anomalías y problemas que presenta la actual normativa de fiscalidad inmobiliaria y se ofrecen una serie de recomendaciones y propuestas de mejora que, partiendo de lo acertado del régimen fiscal aplicable a la actividad inmobiliaria en muchos de sus aspectos, permitan acometer su revisión y, junto con medidas en otros ámbitos, coadyuven a la necesaria recuperación de esta actividad.

No es el objeto del trabajo proponer un nuevo modelo político de tributación, sino proponer una serie de medidas que han resultado de aunar diferentes sensibilidades e intereses (no siempre coincidentes) existentes en los variados ámbitos que guardan relación con la materia estudiada. En este sentido, es importante destacar que los autores del trabajo se han limitado a emitir sus opiniones y realizar sus propuestas sin que necesariamente todos y cada uno de ellos suscriban el total de las opiniones emitidas o propuestas realizadas a lo largo de este Proyecto.

Sin perjuicio de las propuestas concretas que se incluyen a continuación, a lo largo del Proyecto subyacen varias ideas conductoras que resulta interesante comentar.

Por un lado, se pone de manifiesto la necesidad de que exista una mayor coordinación entre los distintos niveles de las administraciones públicas que reduzca la complejidad y evite que la disparidad en el tratamiento fiscal de un mismo supuesto en distintas Comunidades Autónomas introduzca distorsiones en la oferta y la demanda territoriales y afecte a la toma de decisiones empresariales.

Por otro lado, y pese a que el sistema de información es, en general, adecuado a sus objetivos, sería recomendable introducir una mayor dosis de seguridad jurídica para los inversores a través de una aclaración de los hechos imposables de determinados impuestos y de una fijación de criterios e interpretaciones por parte de la Administración.

Otra importante recomendación es que, en línea con los principios establecidos en la normativa comunitaria, la normativa del IVA grave la totalidad del tráfico empresarial inmobiliario, sin que la fiscalidad asuma un papel protagonista en el proceso de toma de decisiones empresariales.

En cuanto a la estructura del Proyecto, la primera parte del estudio contiene un análisis hacendístico-competencial que, con base en una meticulosa revisión del impacto de la crisis inmobiliaria en la recaudación, aboga, entre otras medidas, por la ya mencionada coordinación entre las distintas administraciones públicas a nivel normativo y competencial.

La segunda parte del estudio realiza un detallado análisis técnico-tributario de las distintas figuras impositivas tratando de identificar áreas de mejora y hacer recomendaciones orientadas al diseño de un sistema fiscal inmobiliario que, eliminando la inseguridad y las distorsiones hoy existentes, sirva de acicate a la deseable recuperación económica del sector.

Aunque la garantía del derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna debería idealmente basarse en políticas activas de prestación por parte de los poderes públicos, en una época como en la que nos encontramos podría considerarse el establecimiento de otro tipo de estímulos que incentiven el acceso a la vivienda a través de la fiscalidad. En esta línea se enmarcan las posibles propuestas de modificación del IRPF que se realizan a lo largo del trabajo, como el posible mantenimiento de la deducción por adquisición de vivienda habitual con limitación a los sujetos pasivos con rentas más bajas o la introducción de una deducción permanente para rehabilitación de la vivienda habitual.

Resulta asimismo prioritario favorecer el alquiler como otra de las vías para reducir el *stock* de viviendas vacías. Partiendo de un tratamiento fiscal que entendemos hoy favorable, a este fin pueden ayudar medidas como la introducción de un supuesto de exención de las plusvalías en los casos de transmisión de viviendas para adquirir otras que se vayan a dedicar al arrendamiento o el tratamiento de las rentas por arrendamiento como rentas del ahorro en

IRPF. Asimismo, podría plantearse extender los beneficios en el IP y en el ISD a supuestos en los que se desarrolle la actividad de arrendamiento de inmuebles sin necesidad de contar con el costoso y muchas veces innecesario requisito de local y empleado.

En el ámbito del IS, aun siendo conscientes de los constreñimientos presupuestarios que exige la actual situación económica y que han obligado a tomar medidas orientadas al adelanto en el pago del impuesto (como la introducción de limitaciones en la deducibilidad de gastos financieros o amortizaciones o la limitación a la compensación de bases imponibles negativas), podrían plantearse modificaciones que reduzcan el impacto negativo de las limitaciones aprobadas para sociedades inmobiliarias, especialmente afectadas por el actual ciclo, como, por ejemplo, que se tengan en cuenta las plusvalías derivadas de venta de inmovilizado a los efectos de computar el beneficio operativo en la limitación de deducibilidad de gastos financieros, de manera que la fiscalidad no constituya un obstáculo al desarrollo de la inversión inmobiliaria.

Tal y como se avanzaba anteriormente, la normativa del IVA debe gravar toda la actividad empresarial o profesional inmobiliaria, desde el inicio del proceso urbanizador (sin tomar en consideración criterios temporales o de inicio efectivo de las obras) hasta el momento en el que el bien inmueble pasa a ser de uso particular (gravando en el impuesto, por ejemplo, la segunda entrega de edificaciones que no hayan sido objeto de uso particular, situación frecuente hoy en día en el ámbito de las adjudicaciones inmobiliarias por entidades financieras). Asimismo, sería recomendable que se clarifique el deslinde entre el IVA y el ITP y AJD en supuestos como los de transmisión de negocios en marcha, de manera que el tratamiento fiscal sea neutral y no afecte a la toma de decisiones empresariales, permitiendo que en las adquisiciones de inmuebles se pueda optar por la tributación por el IVA. En relación con este punto, consideramos que es una magnífica noticia la reciente reforma del artículo 108 de la LMV, sin perjuicio de la deseable aclaración de las principales dudas que la aplicación del nuevo precepto genera.

Otro tema de especial relevancia, teniendo en cuenta el elevado número de refinanciaciones de deuda con garantía hipotecaria que se están acordando en los últimos años, es la inseguridad jurídica a la que se enfrenta el deudor en la aplicación a estas operaciones del AJD. En este sentido, sería muy recomendable que, sin perjuicio de una deseable modificación normativa



para aclarar el tratamiento fiscal de estas operaciones, la Administración hiciera un esfuerzo por detallar los argumentos que llevan a adoptar determinadas conclusiones en relación con la fiscalidad de la novaciones y subrogaciones en la contestación a consultas vinculantes y por unificar el tratamiento fiscal aplicable de determinadas figuras cuando no existan razones jurídicas que justifiquen la aplicación de una fiscalidad distinta.

En relación con la tributación por IRnR, aunque la normativa fiscal española puede considerarse bien construida en términos generales, entendemos que caben ciertas mejoras sobre determinados aspectos para incentivar la inversión, como la modificación del régimen de devoluciones del impuesto para que resulten más sencillas o la clarificación del tratamiento fiscal en España de las inversiones, cada vez más frecuentes, realizadas por determinadas entidades extranjeras que pudieran ser ajenas al régimen legal español (como *trusts*, *partnerships* y otras entidades sin personalidad jurídica).

Del mismo modo, cabe destacar la problemática generada por la difícil coexistencia de valoraciones dispares para unos mismos bienes, gravadas por impuestos locales, impuestos cedidos e impuestos estatales. En este sentido (y sin perjuicio de la prevalencia, en su caso, del precio efectivamente satisfecho), sería recomendable que se admitiese la vinculación, para todas las administraciones y todos los impuestos, de las valoraciones efectuadas por la Administración a petición de los contribuyentes mediante la vía de la información con carácter previo a la adquisición o transmisión de inmuebles.

Por último, en materia de imposición local, deberían articularse mecanismos para que el valor catastral cumpliera realmente su función de medición de la capacidad económica derivada de la propiedad inmobiliaria. También debería modificarse el método de cálculo objetivo de la base imponible del IIVTNU para que refleje realmente la plusvalía obtenida, ya que en la práctica se están produciendo supuestos en los que la cuantía del impuesto supera la plusvalía obtenida por el transmitente, hecho contrario a los principios que deben regir el Derecho tributario.

Estas y otras cuestiones justifican desde luego la necesidad de una reflexión profunda sobre la configuración de la fiscalidad del sector inmobiliario. La publicación de este Proyecto aspira a ofrecer las bases para esa reflexión, que demanda sin duda el concurso de todos los agentes sociales afectados.

## **1.2 ANÁLISIS HACENDÍSTICO-COMPETENCIAL**

- Del análisis efectuado se desprende la pérdida de importancia relativa del sector en la economía española como consecuencia de la crisis económica que ha incidido de forma específica sobre sus principales magnitudes. Estos problemas han tenido una repercusión fuertemente negativa en la recaudación fiscal asociada a la actividad inmobiliaria en nuestro país, que repercute especialmente en la hacienda autonómica y local.
- El diseño fiscal del ciclo de la actividad inmobiliaria en una hacienda multijurisdiccional como la nuestra, requiere de una aproximación integral que justifique una distribución vertical más adecuada de los hechos imposables asociados tanto a la regulación urbanística y la actividad constructora como a la comercialización, financiación, adquisición, disfrute y transmisión de bienes inmuebles. En este sentido, el contar con elementos técnicos de valoración similares en un conjunto tan variado y complejo de impuestos asociados a los bienes inmuebles ayudaría a mejorar un diseño de su fiscalidad más eficiente.
- Por otro lado, las diferencias regionales y locales en el uso de la capacidad normativa de los impuestos que recaen sobre el sector, introducen necesariamente una mayor complejidad en la legislación fiscal y una diferenciación que, en el caso de afectar únicamente a los potenciales beneficiarios, no es necesariamente negativa. Sin embargo, puede introducir en algunos casos distorsiones en la oferta y demanda inmobiliaria territorial en un mercado especialmente interconectado y afectado por un sistema impositivo múltiple. En estos casos, una mayor coordinación entre los distintos niveles de gobierno facilitaría la adopción de medidas fiscales más adecuadas y una mayor transparencia de la actividad inmobiliaria.

## **1.3 ANÁLISIS TÉCNICO-TRIBUTARIO**

### *1.3.1 IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS*

- La compra y el alquiler de vivienda deben tener un régimen de ayudas públicas similar, de forma que dicho régimen no distorsione la decisión del ciudadano sobre la forma de acceso a la vivienda. En consecuencia, la deducción por adquisición de

vivienda habitual debería mantenerse en todo caso para los contribuyentes con una base imponible inferior a 24.107,20 euros.

- Se debería elevar el límite máximo de base imponible que da derecho a la deducción por alquiler (y a la propuesta deducción por compra) como mínimo hasta 28.381,43 euros.
- La reducción establecida a favor del arrendador regulada en el art. 23.2.1º de la Ley del IRPF debe ser objeto de las siguientes correcciones técnicas:
  - Eliminar la imposibilidad de aplicar la reducción respecto de rendimientos no declarados por el contribuyente y descubiertos por la Administración.
  - Eliminar la aplicación de la reducción a los rendimientos negativos.
  - Ampliar la reducción a los alquileres que se integran dentro de una actividad empresarial y que, en consecuencia, tributan como rendimiento de actividades económicas.
  - Extender la reducción a los arrendamientos realizados a favor de sociedades públicas de arrendamiento y de las sociedades de arrendamiento de vivienda.
- Debe mejorarse la regulación de la fiscalidad del arrendamiento con opción de compra en el IRPF.
- Debe existir una deducción por rehabilitación de carácter permanente e independiente en el IRPF que abarque a todos los sujetos, con independencia de su nivel de rentas, y a todos los inmuebles, con independencia de su naturaleza.
- La tributación de una ganancia patrimonial derivada de la transmisión de un inmueble arrendado como renta del ahorro, con independencia de que dicho bien pueda entenderse afecto o no al ejercicio de una actividad empresarial, debe considerarse adecuada dentro del sistema dual de tributación por el que se rige el IRPF. Las rentas derivadas del capital empleado en el ejercicio de una actividad empresarial, en este caso, generadoras de resultados atípicos o extraordinarios no deben tributar como un mayor rendimiento de la actividad económica.

- Se estima conveniente seguir manteniendo los dos tipos de exención vigentes en la tributación de las ganancias patrimoniales derivadas de la transmisión de inmuebles cuando constituyen la vivienda habitual del contribuyente: exención por reinversión en nueva vivienda habitual y transmisión efectuada por mayor de 65 años. Ambos dan respuesta a dos circunstancias básicas: el derecho constitucional de garantizar el acceso a la vivienda y garantizar la financiación de situaciones de dependencia en mayores de 65 años, a los que se les permite materializar su patrimonio consistente en su vivienda, sin que dicha realización quede sometida a gravamen.
- Coyunturalmente, atendiendo a la situación económica actual, a la necesidad de favorecer la ampliación del mercado de viviendas de alquiler y a la necesidad de reducir el *stock* de viviendas en venta, invocamos la posibilidad de una modificación normativa en el sentido de ampliar el ámbito de la exención por reinversión, no sólo a la vivienda habitual, sino también a la transmisión de cualquier tipo de inmueble en la medida que la reinversión realizada tuviese como único destino la adquisición de viviendas dedicadas a la actividad de alquiler durante un plazo de tiempo significativo.
- El tratamiento actual de las rentas del ahorro, excluyendo de su concepto a las rentas del capital producidas con motivo del arrendamiento de inmuebles, supone una distorsión en el tratamiento fiscal de las citadas rentas de capital que tiene difícil justificación en aras de la pretendida neutralidad por la que se motiva el sistema dual de tributación en el IRPF.
- La tributación de los rendimientos derivados del alquiler de inmuebles como rentas del ahorro debería aplicarse, tanto si son generados en el ejercicio de una actividad empresarial y, por tanto, bajo el manto de la existencia de una estructura organizativa de medios materiales y humanos, como si no.

### 1.3.2 *IMPUESTOS PATRIMONIALES: EL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES Y EL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO*

- Deben clarificarse los criterios que se siguen para entender que los bienes inmuebles están afectos a una actividad económica, relativizando el criterio único que se está

aplicando para los arrendamientos de inmuebles de local fijo y persona contratada, por ejemplo, optando por un criterio semejante al previsto en el IRPF, y, en concreto, en el artículo 29 de la Ley del IRPF. Recordemos que este precepto, en su número 1.c) califica como afecto cualquier elemento patrimonial necesario para el respectivo rendimiento. Al tiempo, se excluyen expresamente los activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad y de la cesión de capitales a terceros, de manera que si la ley excluye de la condición de afectos a los activos mobiliarios, parece, *a sensu contrario*, que se está mostrando proclive a la calificación como afectos de los inmobiliarios, siempre que éstos sean necesarios.

- Por lo demás, debe permitirse la acreditación, en cada caso concreto, de la necesidad del inmueble en la actividad empresarial, sin supeditar dicha acreditación a la concurrencia de las circunstancias de local y persona contratada. Se trata, en suma, de adoptar un criterio mucho más flexible para determinar cuándo un bien inmueble pertenece al patrimonio empresarial, basado en la necesidad del bien para realizar la actividad que constituye el objeto de la empresa, a partir de una libertad probatoria y de la apreciación conjunta de todos los medios de prueba, dando especial relevancia a la contabilidad.
- La inclusión de un nuevo supuesto de exención —total o parcial— en el IP para los inmuebles utilizados por sus propietarios para ser arrendados como vivienda podría resultar sumamente eficiente por los siguientes motivos:
  - Porque en buena lógica no parece que deba ser la misma la tributación de un inmueble arrendado que la que deba corresponder a un bien inmueble ocioso, pues la función económica que uno y otro suponen es muy distinta.
  - Porque favorecería la ampliación del mercado de inmuebles de alquiler, especialmente el referido a la vivienda.
  - Porque de esta manera podrían evitarse la creación de estructuras organizativas ficticias en aquellos contribuyentes que tienen en arrendamiento un pequeño número de inmuebles.
  - Porque se simplificaría la tributación en el impuesto.

- Porque permitiría tender a cierta convergencia, que nos parece necesaria, con otros impuestos, por ejemplo, el IVA.
- Porque se trata de una medida tendente a la protección del ahorro (versus estímulo de la inversión) cuando ha sido canalizado a través de la adquisición de bienes productivos como lo son los bienes inmuebles que se encuentran arrendados.
- Porque podría favorecer la simplicidad en la planificación familiar de muchos contribuyentes siempre y cuando esta medida fuera acompañada de modificaciones en el mismo sentido en el ISD, en referencia a las reducciones en la base imponible que a dicho tributo resultan aplicables.

### *1.3.3 IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES*

- Al margen de lo que se establezca en los regímenes especiales del IS, como el de entidades de arrendamiento de viviendas, o el de SOCIMI, cabría revisar también algunos aspectos del régimen general del IS para eliminar algunas áreas de inseguridad jurídica y para conseguir la efectividad de los estímulos fiscales que se deseen establecer y que, sin perjuicio de la forma en que se modulen atendiendo a las coyunturas presupuestarias, no pueden descartarse en los momentos actuales.
- En el lado de los incentivos, debemos advertir que, una vez derogada la libertad de amortización, su potencial está en el nivel más bajo conocido en este impuesto. Parece razonable pedir, por hablar de aquellos incentivos existentes o de más fácil implantación, cuando menos una clarificación de los requisitos exigibles para la aplicación de la deducción por reinversión (eliminando los de contenido más puramente formal y revisando algunos parámetros temporales), así como la recuperación, con la modulación que se estime conveniente, de un régimen de amortización fiscal no sujeto a la estricta inscripción contable. Asimismo, no ya como incentivo, sino como modo de evitar un desincentivo hoy existente, sería aconsejable incluir un tratamiento específico para la actividad inmobiliaria dentro de la norma que restringe la deducibilidad de los gastos financieros.

- Por otra parte, en el lado de la seguridad jurídica, sería aconsejable salir al paso de la litigiosidad que puede surgir en torno a la deducibilidad de los deterioros de activos inmobiliarios, lo que podría hacerse mediante una norma fiscal específica, similar a la existente en el artículo 12 de la Ley del IS en relación con otro tipo de activos.
- Las modificaciones a la Ley de SOCIMI, introducidas por la disposición final octava de la Ley de Consolidación, sin duda contribuirán a que estas entidades tengan posibilidades de desempeñar en España un importante papel en el mercado inmobiliario. Conforme la nueva regulación vaya aplicándose en la práctica, seguro que se pondrán de manifiesto aspectos que resulten controvertidos o susceptibles de mejora; hasta entonces, debe destacarse lo acertado de la reforma operada en el régimen fiscal de estas sociedades, siendo particularmente relevante el establecimiento para ellas de un tipo de gravamen en el IS del cero por ciento.
- Por otro lado, y con el objetivo de estimular la utilización de otros vehículos de inversión en bienes inmuebles (tales como los Fondos y Sociedades de Inversión Inmobiliaria), resultaría conveniente flexibilizar, en la medida de lo posible y sin menoscabo de la necesaria protección del pequeño inversor, los excesivamente rígidos requisitos establecidos en su regulación para la operativa de estos vehículos.

#### *1.3.4 TRIBUTACIÓN DE NO RESIDENTES*

- Como se ha señalado, tanto la seguridad jurídica como la no discriminación son dos de los aspectos más importantes que cualquier inversor extranjero tiene en consideración a la hora de valorar una potencial inversión o desinversión, también en el sector inmobiliario.
- Sin perjuicio de que, en términos generales, la normativa fiscal española puede considerarse razonable a este respecto en cuanto a la fiscalidad de no residentes, entendemos que caben ciertas medidas de mejora sobre los aspectos citados.
- Entre ellas, cabría citar (i) la clarificación de la consideración de la tenencia de un inmueble alquilado en España como establecimiento permanente (tanto a efectos del IRnR como del IVA); (ii) la clarificación del tratamiento fiscal en España de las inversiones realizadas por determinadas entidades extranjeras que pudieran ser ajenas

al régimen legal o fiscal español (*trusts, partnerships*, fideicomisos, fondos de inversión, *REITs*, etc.); (iii) la equiparación del régimen fiscal aplicable a los rendimientos del arrendamiento de viviendas situadas en territorio español obtenidos por personas físicas no residentes; (iv) la modificación del régimen de retención y posterior devolución, aplicable, en su caso, a los rendimientos derivados del arrendamiento de inmuebles por contribuyentes residentes en la Unión Europea sin establecimiento permanente en España (a los efectos de hacer efectiva la deducibilidad de gastos) y (v) la equiparación fiscal de determinados fondos inmobiliarios extranjeros a los Fondos de Inversión Inmobiliaria.

### 1.3.5 *IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO*

- La urbanización de terrenos suscita dudas importantes en lo que respecta a su sujeción al IVA. Estas dudas deberían resolverse objetivando la sujeción al impuesto de estas operaciones y aclarando el tratamiento de las transacciones relativas a derechos de aprovechamiento urbanístico y la incidencia que tiene la integración de los propietarios en entidades urbanísticas tales como juntas de compensación y similares.
- La exención de las segundas y ulteriores entregas de edificaciones habría de revisarse igualmente para excluir de ella y, por tanto, sujetar al IVA las entregas de edificaciones nuevas, previas a su primera utilización, con independencia de las transmisiones que se hayan efectuado con carácter previo a su primer uso.
- La renuncia a la exención en determinadas operaciones inmobiliarias suscita problemas como consecuencia de la necesidad de que el adquirente sea empresario o profesional con pleno derecho a la deducción del IVA soportado, aspecto este que habría de ser igualmente revisado.
- También es dudosa la delimitación del tipo impositivo aplicable a las entregas de viviendas, que bien podría delimitarse en función de sus características objetivas.
- En el ITP y AJD se suscitan dudas en aspectos tales como la sujeción a TPO de los inmuebles incluidos en determinadas operaciones de venta de unidades económicas autónomas, el incremento de la cuota variable cuando se renuncia a la exención de



IVA o las condiciones de tributación de las compraventas de valores cuando se aplica el artículo 108 de la LMV.

- La tributación indirecta de la transmisión de unidades económicas autónomas es una de las cuestiones que ha suscitado un mayor interés entre la doctrina administrativa y jurisprudencial. Las diferentes consecuencias prácticas de que una determinada operación que suponga la transmisión de inmuebles esté sujeta o no al IVA pueden condicionar la viabilidad de muchas operaciones, dado que el coste derivado de la aplicación del TPO sobre el valor de tales inmuebles no es recuperable.
- La DGT ha emitido multitud de contestaciones a consultas tributarias sobre la definición de la unidad económica autónoma, y en ellas se ha apreciado cierta evolución desde los planteamientos iniciales (que sólo consideraban la aplicación de la no sujeción a la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial) a los más recientes y evolucionados.
- Sin embargo, la casuística de dichas contestaciones pone de manifiesto la necesidad de facilitar al aplicador de la norma (el contribuyente) unos criterios de interpretación generales que garanticen una zona de seguridad jurídica. En este sentido, sería conveniente que la definición de este concepto jurídico se alinee en la medida de lo posible con conceptos equivalentes que existen en otras ramas del Derecho (especialmente, en lo que se refiere al concepto de rama de actividad en el ámbito del IS).
- Sin perjuicio de lo anterior, creemos que la interpretación administrativa no resulta suficiente para eliminar algunas incertidumbres o evitar ciertos resultados que no son satisfactorios. Por ello se debería plantear la posibilidad de realizar modificaciones legislativas que permitieran corregir algunos defectos técnicos (falta de sincronización entre la normativa del TPO y el IVA en cuanto a la delimitación del supuesto que da acceso al primer tributo) o evitar tensiones innecesarias entre los dos impuestos indirectos que puedan alterar artificialmente las decisiones empresariales de los contribuyentes (configurar el supuesto de no sujeción como opcional, reducir el tipo de TPO aplicable en caso de que se aplique la no sujeción en el IVA y

modificar el ámbito de competencias territoriales para evitar interpretaciones contradictorias entre sí).

### *1.3.6 IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS*

- La calificación jurídica de bien inmueble afecto a ITP y AJD debería contenerse y delimitarse en la propia Ley del ITP y AJD puesto que la remisión al Código Civil o al Derecho administrativo lo deja a merced de la interpretación, especialmente en lo relativo a las concesiones administrativas de obras públicas.
- Las escrituras públicas que documenten la subrogación de acreedor o la novación modificativa de contratos de financiación con garantía hipotecaria deben quedar sujetas al AJD únicamente en aquellos casos en los que se cumplan los requisitos establecidos por el artículo 31.2 de la Ley del ITP y AJD, esto es, que nos encontremos ante (i) la primera copia de una escritura o acta notarial, (ii) que tenga por objeto cantidad o cosa valuable, (iii) que contenga actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad Industrial y de Bienes Muebles (iv) no sujetos al ISD, OS o TPO.
- Existe una clara inseguridad jurídica para los contribuyentes en relación con el tratamiento fiscal aplicable a esas escrituras de subrogación y novación hipotecaria. Esa inseguridad se deriva, en parte, de una poco afortunada redacción del precepto 31.2 de la Ley del ITP y AJD (especialmente en cuanto a la exigencia de que el acto o contrato documentado tenga contenido valuable) y, en parte, de una doctrina administrativa que adolece de ciertos defectos que la DGT debería subsanar.
- En nuestra opinión, el criterio que resulta más correcto es entender que una novación modificativa de un contrato de financiación hipotecaria únicamente debe quedar sujeta al AJD en la medida en que se modifique la responsabilidad hipotecaria garantizada, base imponible del impuesto y elemento que determina que el acto documentado en el contrato tenga contenido valuable. Sin embargo, es importante que la doctrina administrativa fije unos criterios que, aunque lleguen a una

conclusión distinta, sean claros, no sean oscilantes y permitan extrapolar unas conclusiones genéricas aplicables a cualquier caso particular.

- Es muy recomendable que la Administración haga un esfuerzo por subsanar las deficiencias detectadas en el sentido de (i) clarificar los supuestos de hecho de las consultas publicadas, así como desarrollar detalladamente los argumentos que llevan a adoptar determinadas conclusiones en relación con el tratamiento fiscal de las novaciones y subrogaciones de contratos de financiación hipotecaria, y (ii) unificar el tratamiento fiscal aplicable (ya sea para determinar su tributación o no) de esas figuras cuando no existan razones jurídicas que justifiquen la aplicación de una fiscalidad distinta.
- La nueva redacción del artículo 108 de la LMV, introducida por la disposición final primera de la Ley 7/2012 subsana algunas deficiencias tradicionales que se objetaban a esta medida legislativa. Así, la *excepción a la exención* prevista en el artículo 108 de la LMV se va a aplicar sólo cuando la adquisición de acciones o participaciones tenga lugar en el mercado secundario. Se prevé también que la medida no altere el impuesto aplicable, por lo que, si el que adquiere es un empresario o profesional se aplicará IVA en lugar de TPO. Por último, se pretende reforzar el carácter de norma antielusiva, al intentar aplicarla sólo en supuestos elusorios.
- En este último caso, frente a la posible inclusión de una regla de motivo económico válido, la reforma opta por señalar expresamente los supuestos en que la adquisición o participación se presume efectuada con ánimo elusorio, en la línea del ordenamiento norteamericano, que se ha propuesto codificar los supuestos de comportamientos elusivos. Y ello se hace así porque se entiende que resulta más razonable, en términos de seguridad jurídica, una enumeración de los supuestos elusivos que una cláusula abierta de *business purpose test*. No obstante, el criterio fundamental que emplea la nueva redacción del artículo 108 de la LMV, basado en la afectación a una actividad económica de los inmuebles incluidos en el activo de la sociedad cuyas acciones o participaciones se adquieren, suscita los problemas de indeterminación que ya han sido expuestos al hablar de la afectación de inmuebles a actividades económicas, lo que no disipa la inseguridad del precepto.

- Más problemas plantea la aplicación del IVA como consecuencia del artículo 108 de la LMV, que tendrá lugar cuando el adquirente sea sujeto pasivo de este impuesto. Convertir por mandato de la ley una adquisición de acciones o participaciones en una adquisición de inmuebles, y hacerlo mediante una norma antielusoria ajena al IVA, puede suscitar el problema de si se va a aceptar, desde la normativa singular del IVA, la deducción de una cuota soportada por una operación exenta (adquisición de unas acciones o participaciones) que se recalifica en operación sujeta (adquisición de inmuebles) a través de una técnica extraña al IVA y a la Directiva del IVA.
- Por eso quizás, además de plantearse la deseable supresión del artículo 108 de la LMV, podría postularse, al menos, que éste no fuese aplicable en las adquisiciones de acciones o participaciones efectuadas por empresarios o profesionales.
- La regulación del incremento de AJD por la renuncia de la exención en IVA incluye algunas deficiencias técnicas en su contenido que han abierto la vía a alternativas negociales tendentes a evitar la aplicación de este tipo incrementado. Así, se suscitó la duda de si tal incremento del tipo debía aplicarse cuando la renuncia a la exención se incluyese en un documento privado previo (por ejemplo, en el contrato de promesa de compraventa). En estos casos, a la formalización de la escritura, las partes se limitan a hacer constar el sometimiento y repercusión del IVA.
- La redacción de estos preceptos autonómicos deja abiertos resquicios para evitar incurrir en el incremento del tipo de AJD. Ello denota una escasa calidad técnica en unas normas guiadas, exclusivamente, por un afán recaudatorio.
- La posible vulneración del principio de capacidad económica, la provocación de compensaciones silenciosas y la eventual contradicción con la Directiva del IVA justifican la derogación de estas previsiones legales autonómicas o, subsidiariamente, la fijación de un tipo incrementado mínimo y máximo por el Estado, para evitar situaciones de manifiesta desigualdad tributaria por razón del territorio.
- En cuanto a la comprobación de valores, debe admitirse la vinculación para todas las administraciones y para todos los impuestos de las valoraciones efectuadas por la Administración a petición de los contribuyentes mediante la vía de la información

con carácter previo a la adquisición o transmisión de inmuebles, prevista en el artículo 90 de la LGT. En relación con este precepto, los efectos vinculantes de la valoración deberían tener lugar si la declaración del particular se ajusta al valor asignado por la Administración cuando tal valor se utilice en la declaración del consultante, que habrá de presentarse en los seis meses siguientes a la comunicación de la valoración.

- La valoración por la Administración debería tener plenos efectos vinculantes para ésta, lo que debería traducirse en una imposibilidad de comprobación futura, y debería poder ser recurrible. Además, debería preverse un método alternativo en el cual el particular pueda proponer un valor para el bien, de modo similar a lo que ocurre con los acuerdos previos de valoración. En tal caso, el efecto de la falta de resolución sería la aceptación del valor propuesto por el contribuyente.

#### *1.3.7 TRIBUTACIÓN LOCAL*

- Se debe potenciar la actualización del valor catastral a través de la LPGE mediante la aplicación de coeficientes diferenciados por zona de valor y por módulo básico de construcción.
- Adicionalmente, es necesario prever supuestos automáticos de realización de procedimientos de valoración colectiva de carácter general. Se trata de que los procedimientos no se pongan en marcha a petición del municipio, sino ante alteraciones en el mercado que den lugar a desfases relevantes de los valores catastrales.
- Es necesario conseguir que la base imponible del IIVTNU refleje realmente la plusvalía obtenida. Para ello, nada mejor que acudir a las reglas formuladas para los impuestos personales que gravan tales alteraciones patrimoniales, IRPF e IS. La atribución de la plusvalía al terreno se efectuaría, entonces, tomando los porcentajes que se desprenden del valor catastral.

## 2 ANÁLISIS HACENDÍSTICO-COMPETENCIAL

### 2.1 LA INCIDENCIA DE LA ACTIVIDAD INMOBILIARIA EN LA ECONOMÍA ESPAÑOLA Y EN EL SISTEMA TRIBUTARIO

El sector de la construcción ha tenido una evolución claramente diferenciada y mucho más negativa en estos años de crisis respecto al conjunto de la economía española, tal y como se pone de manifiesto en algunos indicadores relevantes. Así, en términos sectoriales la construcción ha pasado de representar el 12,4% del PIB en 2007 al 10,5% en 2011, con una caída del 13,8% frente a un crecimiento acumulado de la economía del 1,9%. No obstante, las actividades inmobiliarias en el sector servicios han crecido en este período un 15,4%.

Desde la perspectiva de la demanda, el gasto en formación bruta de capital fijo del sector de la construcción ha caído durante el período 2007-2011 un 34,8%, pasando de representar el 71,3% del total al 64,6% en el último año.

#### C.1. IMPORTANCIA ECONÓMICA DEL SECTOR INMOBILIARIO EN ESPAÑA

Millones euros y %	2007	2008	2009	2010	2011	2011/07
PIB	1.053.161	1.087.749	1.047.831	1.051.342	1.073.383	1,9%
Construcción	131.074	135.662	126.592	114.776	113.029	-13,8%
Act. Inmobiliarias	65.180	68.205	61.929	71.156	75.221	15,4%
% Construcción/PIB	12,4%	12,5%	12,1%	10,9%	10,5%	-15,4%
FBKF	323.216	312.046	251.483	240.289	232.429	-28,1%
FBKF construcción	230.435	220.152	179.015	162.545	150.144	-34,8%
% FBKF construcción	71,3%	70,6%	71,2%	67,6%	64,6%	-9,4%

Fuente: INE y elaboración propia

Los datos más recientes mantienen las tendencias apuntadas, con una mayor caída de la construcción respecto a las magnitudes globales, tanto desde la perspectiva de la producción como de la demanda.

## C.2. EVOLUCIÓN COMPARADA DEL EMPLEO Y LA REMUNERACIÓN DE ASALARIADOS EN LA CONSTRUCCIÓN

Millones euros y %	2011 1T	2012 1T	2012/2011
PIB	273.049	269.739	-1,2%
Construcción	24.759	22.589	-8,8%
Act. Inmobiliarias	21.137	21.958	3,9%
% Construcción/PIB	9,1%	8,4%	-7,6%
FBKF	56.923	50.968	-10,5%
FBKF construcción	36.238	31.070	-14,3%
% FBKF construcción	63,7%	61,0%	-4,2%

Fuente: INE y elaboración propia

En términos de empleo equivalente, la crisis ha pasado una gran factura al sector de la construcción, disminuyendo un 48,9% entre 2007 y 2011, frente a una pérdida de empleo total del 11%, con una menor caída en las actividades inmobiliarias. El sector de la construcción ha pasado de dar empleo al 13,9% del total en 2007 a sólo el 8% en 2011. La remuneración de asalariados en el sector también ha caído fuertemente, con un descenso acumulado del 31%.

## C.3. EVOLUCIÓN COMPARADA DEL EMPLEO Y LA REMUNERACIÓN DE ASALARIADOS EN LA CONSTRUCCIÓN

Miles y millones euros	2007	2008	2009	2010	2011	2011/07
Empleo equivalente	19.283,4	19.237,8	17.996,3	17.521,3	17.164,8	-11,0%
Construcción	2.687,1	2.373,6	1.838,1	1.608,8	1.374,3	-48,9%
Act. Inmobiliarias	191,2	203,6	189	181,1	187,8	-1,8%
% Construcción	13,9%	12,3%	10,2%	9,2%	8,0%	-42,5%
Remun. Asalariados	504.148	533.622	519.955	506.791	501.573	-0,5%
Construcción	63.655	63.229	57.582	50.162	43.909	-31,0%
Act. Inmobiliarias	3.736	4.214	3.398	3.486	3.705	-0,8%
% Construcción	12,6%	11,8%	11,1%	9,9%	8,8%	-30,7%

Fuente: INE y elaboración propia

En el segundo trimestre de 2012, la pérdida de empleo en el sector sigue siendo muy acelerada, como también lo es la disminución de la remuneración de asalariados.

#### C.4. EVOLUCIÓN COMPARADA DEL EMPLEO Y LA REMUNERACIÓN DE ASALARIADOS EN LA CONSTRUCCIÓN EN 2012

Miles y millones euros	2011 1T	2012 1T	2012/2011
Empleo equivalente	17.460,4	16.666,8	-4,5%
Construcción	1429,5	1124,7	-21,3%
Act. Inmobiliarias	205,2	214,8	4,7%
% Construcción	8,2%	6,7%	-17,6%
Remun. Asalariados	131.101	125.945	-3,9%
Construcción	11.502	9.219	-19,8%
Act. Inmobiliarias	874	976	11,7%
% Construcción	8,8%	7,3%	-16,6%

Fuente: INE y elaboración propia

El peso del sector de la construcción y de las actividades inmobiliarias en la actividad económica presenta unas diferencias territoriales muy significativas.

En 2011 la construcción seguía siendo especialmente importante en comunidades como Extremadura o Castilla-La Mancha, mientras que en Canarias o en Madrid tiene menor relevancia. Las actividades inmobiliarias tienen una mayor incidencia en la economía de, por ejemplo, Andalucía o Canarias. Entre 2008 y 2011, la caída del sector de la construcción, del 16,7%, ha sido más relevante en Canarias, Murcia, la Comunidad Valenciana y Andalucía, mientras en el País Vasco, Navarra o Castilla y León la caída ha sido mucho menor.

#### C.5. EVOLUCIÓN DEL SECTOR POR COMUNIDADES AUTÓNOMAS

% / PIB	2008		2011		2011/08	
	% Construcción	% Act. Inmobiliarias	% Construcción	% Act. Inmobiliarias	PIB	Construcción
País Vasco	11,0%	4,8%	10,3%	5,3%	0,5%	-5,3%
Cataluña	10,7%	6,3%	9,2%	6,9%	-0,3%	-14,6%
Galicia	13,7%	6,0%	11,9%	6,7%	-0,4%	-13,5%
Andalucía	14,4%	8,8%	11,8%	10,0%	-2,3%	-20,1%
Asturias	13,7%	6,5%	12,0%	7,4%	-2,1%	-14,1%
Cantabria	14,2%	7,9%	12,0%	9,0%	0,2%	-15,9%



La Rioja	11,9%	6,2%	10,7%	7,1%	-1,4%	-11,2%
Murcia	14,1%	7,0%	11,0%	8,1%	-3,4%	-24,7%
Comunidad Valenciana	14,6%	7,6%	12,0%	8,7%	-4,2%	-21,5%
Aragón	13,5%	5,3%	11,7%	6,0%	-1,6%	-14,7%
Castilla-La Mancha	16,1%	3,7%	13,4%	4,3%	-2,7%	-18,9%
Canarias	11,3%	8,4%	8,6%	9,3%	-0,9%	-24,8%
Navarra	10,7%	5,1%	9,4%	5,3%	2,5%	-9,5%
Extremadura	16,4%	4,6%	14,4%	5,1%	-0,8%	-12,5%
Baleares	13,1%	8,0%	10,7%	8,9%	-0,9%	-19,1%
Madrid	10,5%	4,4%	8,9%	4,8%	-1,8%	-17,3%
Castilla y León	12,0%	5,8%	10,7%	6,3%	1,8%	-9,3%
Total	12,5%	6,3%	10,5%	7,0%	-1,3%	-16,7%

Fuente: INE y elaboración propia

Durante la crisis, el número de viviendas transmitidas ha caído un 39,9%, con un descenso de la compraventa del 53,5%, que se ha cebado más en las viviendas usadas, con una disminución del 58,9%.

#### C.6. EVOLUCIÓN DE LAS VIVIENDAS TRANSMITIDAS

Viviendas transmitidas	2007	2008	2009	2010	2011	2011/07
Total	1.182.141	925.220	766.965	794.090	710.235	-39,9%
Compraventa	775.300	552.080	413.393	439.591	360.844	-53,5%
Nueva	326.382	278.034	218.775	220.612	176.230	-46,0%
Usada	448.918	274.046	194.618	218.979	184.614	-58,9%

Fuente: INE y elaboración propia

Esta situación persiste, aunque se atenúa en los últimos meses de 2012 por el efecto anuncio de la supresión de la desgravación fiscal a partir de 2013, con una disminución anual hasta agosto en la compraventa de viviendas del 16,3%.

### C.7. EVOLUCIÓN DE LAS VIVIENDAS TRANSMITIDAS EN 2012

Viviendas transmitidas	2011 hasta abril	2012 hasta abril	2012/2011
Total	501.482	466.907	-6,9%
Compraventa	261.358	218.634	-16,3%
Nueva	126.360	108.985	-13,8%
Usada	134.998	109.649	-18,8%

Fuente: INE y elaboración propia

Estos datos tan negativos del sector inmobiliario se han traducido también en el sector crediticio con una incidencia diferencial muy significativa. Así, el crédito al promotor y a las actividades inmobiliarias se ha reducido durante la crisis, especialmente el primero, que acumula una caída del 37,3% desde 2007, frente a una disminución del conjunto del crédito de apenas el 0,8%. El peso del sector en la actividad crediticia sigue siendo, no obstante, muy significativo, representando en el primer trimestre de 2012 cerca del 42% del crédito vivo. Los créditos de dudoso cobro del sector se han disparado durante la crisis, hasta representar el 74,17% de los créditos dudosos. Si en 2007 los créditos de dudoso cobro al promotor constituían apenas el 0,72% del total, en el primer trimestre de 2012 se elevan ya al 20,09%, y el de las actividades inmobiliarias ha pasado en este período del 0,53% al 22,8%.

### C.8. EVOLUCIÓN DE LOS DATOS CREDITICIOS ASOCIADOS AL SECTOR INMOBILIARIO

Millones euros y %	2007	2008	2009	2010	2011	20121T	2012/07
Crédito construcción	153.453	151.848	130.438	114.519	98.505	96.193	-37,3%
Dudosos	1.111	7.461	11.069	13.888	17.424	19.327	1639,6%
%	0,72%	4,91%	8,49%	12,13%	17,69%	20,09%	
Actividades inmobiliarias	303.514	318.032	322.984	315.782	298.267	295.696	-2,6%
Dudosos	1.599	19.416	32.544	44.138	62.421	67.421	4116,4%
%	0,53%	6,11%	10,08%	13,98%	20,93%	22,80%	
Total crédito	943.086	1.016.948	991.363	985.157	943.706	935.176	-0,8%
Dudosos	6.979	37.293	61.913	79.719	106.933	116.963	1575,9%
%	0,74%	3,67%	6,25%	8,09%	11,33%	12,51%	1590,1%
% Sector/total crédito	48,45%	46,20%	45,74%	43,68%	42,04%	41,91%	
% Sector/total dudosos	38,83%	72,07%	70,44%	72,79%	74,67%	74,17%	

Fuente: Banco de España y elaboración propia

El descenso de precios es otro rasgo característico de la vivienda a partir de 2008, especialmente en la vivienda usada, que acumula casi un 24% de descenso entre 2007 y 2011.

#### C.9. EVOLUCIÓN DE LOS PRECIOS DE LA VIVIENDA

Variación interanual	2007	2008	2009	2010	2011	20121T
Precios vivienda nueva	9,8	0,8	-5,1	-2,1	-8,5	-12,8
Vivienda usada	2,4	-10,7	-3,5	-1,6	-13,7	-15,7
Índices anuales medios						
Total viviendas	100	98,49	91,9	90,07	83,44	
Vivienda nueva	100	104,19	99,88	97,22	92,2	
Vivienda usada	100	93,77	85,33	84,31	76,34	

Fuente: INE y elaboración propia

Otros datos del sector reflejan también los problemas a los que se enfrenta en los últimos años. El número de licencias de viviendas a construir sigue descendiendo, acumulando una caída entre 2007 y 2010 del 85,5%, y la formación bruta de capital en viviendas cae en el mismo período un 38,7%. Estos datos contrastan con los de consumo de los hogares en alquileres, mantenimiento y reparación de vivienda, que muestran un crecimiento en el período, aunque, fiel reflejo de la crisis del sector, los gastos en muebles y amueblamiento también se reducen en un 18,9%.

#### C.10. EVOLUCIÓN DE OTROS DATOS DEL SECTOR

Miles y millones euros	2007	2008	2009	2010	2010/07
Licencias urb. viviendas a construir	634.098	268.435	130.546	91.645	-85,5%
FBKF vivienda	128.669	117.766	86.619	78.830	-38,7%
Consumo final hogares					
Alquileres reales vivienda	11.434	13.028	14.170	14.835	29,7%
Alquileres imputados	66.050	69.778	71.273	72.478	9,7%
Mantenimiento y reparación vivienda	6.780	6.625	6.849	7.244	6,8%
Muebles y amueblamiento	9.211	8.731	7.532	7.466	-18,9%

Fuente: INE y elaboración propia

Sólo los datos de inversiones extranjeras en el sector presentan una evolución favorable, aunque con una alta variabilidad, lo que pone de manifiesto el atractivo potencial del sector y la incidencia de la crisis económica y crediticia interna frente a la demanda exterior.

#### C.11. EVOLUCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN EL SECTOR

Inversiones extranjeras miles euros	2007	2008	2009	2010	2011	2011/07	2012 1T /11
Promoción inmobiliaria	439.854,20	408.797,28	335.976,89	336.746,44	516.152,10	17,3%	12,6%
Compraventa bienes inmuebles	88.658,24	205.682,76	143.155,12	181.545,21	320.229,16	261,2%	-49,5%

Fuente: Ministerio de Economía y Competitividad y elaboración propia

Estos indicadores ponen de relieve los problemas del sector, que tienen su repercusión fuertemente negativa en la recaudación fiscal asociada a la actividad inmobiliaria en nuestro país y que afecta a todos los niveles de gobierno de forma muy significativa.

En el conjunto de las Administraciones Públicas los impuestos asociados más directamente a la actividad inmobiliaria han disminuido en estos años casi un 31%, más de 11 puntos sobre la disminución total, cayendo de forma muy significativa en algunos casos y afectando de forma desigual a los distintos niveles de gobierno, en función de los hechos imponderables.

#### C.12. EVOLUCIÓN DE LOS IMPUESTOS ASOCIADOS A LA ACTIVIDAD INMOBILIARIA EN LAS AAPP

Millones euros y %	2007	2008 (P)	2009 (P)	2010 (A)	2010/07
ITP y AJD	17.399	10.344	8.483	8.223	-52,7%
ICIO	2.227	1.507	988	841	-62,2%
IBI	7.267	7.931	8.853	9.481	30,5%
Licencias urbanísticas	490	366	250	257	-47,6%
Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos	1.416	1.164	1.111	1.227	-13,3%
Cuotas de urbanización	368	299	226	167	-54,6%
Total	29.167	21.611	19.911	20.196	-30,8%
%/Total impuestos	11,0%	9,5%	10,1%	9,5%	-13,9%
TOTAL impuestos	264.386	227.937	197.751	212.501	-19,6%

Fuente: INE y elaboración propia

En las Administraciones territoriales sus efectos han sido muy desiguales. Así, mientras en las Comunidades Autónomas (CC.AA.) la caída del sector ha tenido unos efectos demoledores en la evolución del ITP y AJD, en las Corporaciones Locales (CC.LL.) el efecto negativo se ha atenuado por la evolución positiva del IBI al gravar el *stock* de viviendas y no la actividad constructora o las transmisiones. Para 2011 el peso de ITP y AJD cae en las CC.AA. hasta representar sólo el 7,4% de sus ingresos tributarios.

#### C.13. EVOLUCIÓN DE LOS IMPUESTOS ASOCIADOS A LA ACTIVIDAD INMOBILIARIA EN LAS CC.AA.

Millones euros y %	2007	2008 (P)	2009 (P)	2010 (A)	2010/07
ITP y AJD	16.880	10.035	8.230	7.941	-53,0%
ICIO	0	0	0	0	
IBI	0	0	0	0	
Licencias urbanísticas	0	1	0	0	
Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos	0	0	0	0	
Cuotas de urbanización	0	0	0	0	
Total	16.880	10.036	8.230	7.941	-53,0%
%/Total impuestos	20,0%	12,4%	10,7%	12,8%	-36,1%
TOTAL impuestos	84.307	81.165	76.912	62.091	-26,4%

Fuente: INE y elaboración propia

#### C.14. EVOLUCIÓN DE LOS IMPUESTOS ASOCIADOS A LA ACTIVIDAD INMOBILIARIA EN LAS CC.LL.

Millones euros y %	2007	2008 (P)	2009 (P)	2010 (A)	2010/07
ITP y AJD	507	301	247	276	-45,6%
ICIO	2.227	1.507	988	841	-62,2%
IBI	7.267	7.931	8.853	9.481	30,5%
Licencias urbanísticas	490	365	250	257	-47,6%
Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos	1.416	1.164	1.111	1.227	-13,3%
Cuotas de urbanización	368	299	226	167	-54,6%
Total	12.275	11.567	11.675	12.249	-0,2%
%/Total impuestos	36,2%	35,3%	38,1%	38,6%	6,7%
TOTAL impuestos	33.940	32.790	30.636	31.730	-6,5%

Fuente: INE y elaboración propia

El sector inmobiliario tiene un reflejo tributario más amplio, que incluye incluso el peso del inmobiliario urbano en el valor del patrimonio total en el Impuesto sobre Patrimonio, que ascendía en 2007 al 21,3%.

En términos agregados el gasto en compra de viviendas constituye la variable fiscal que más desciende en la crisis de la base imponible agregada de la economía española, con una caída superior al 65% entre 2007 y 2011, frente a una disminución del 13% de la base agregada.

#### C.15. EVOLUCIÓN DE LA BASE IMPONIBLE AGREGADA DE LA ECONOMÍA ESPAÑOLA

Millones de euros y %	2010	2005-07	2007-10	2008	2009	2010
<b>BASE IMPONIBLE AGREGADA</b>	1.134.360	19,2%	-13,0%	-3,8%	-2,7%	-2,4%
<b>RENTAS</b>	646.309	22,4%	-13,8%	-3,2%	-5,0%	-0,7%
Rentas brutas de los hogares	577.203	19,0%	0,8%	-1,7%	-2,0%	0,4%
Base imponible de Sociedades	69.106	34,8%	-61,1%	-11,0%	-23,1%	-9,6%
<b>GASTO</b>	488.051	15,0%	-11,8%	-4,6%	0,5%	-4,5%
<b>• Gasto final sujeto a IVA</b>	407.956	14,9%	-15,4%	-3,6%	-0,8%	-6,0%
. Gasto en consumo de los hogares	310.056	13,7%	-3,7%	-1,3%	2,3%	-2,0%
. Gasto en compra de vivienda	29.599	11,0%	-65,1%	-27,1%	-8,3%	-28,8%
. Gasto de las AA.PP.	68.301	25,7%	-9,3%	5,8%	-8,1%	-10,3%
<b>• Consumos sujetos a impuesto especial</b>	80.095	15,3%	12,1%	-10,2%	8,4%	4,1%

Fuente: AEAT y elaboración propia

El gasto en compra de vivienda en el gasto sujeto a IVA ha pasado de representar el 18,3% en 2007 a sólo el 8,2% en 2010.

#### C.16. EVOLUCIÓN DEL GASTO EN COMPRA DE VIVIENDA EN EL GASTO FINAL SUJETO A IVA

Millones de euros y %	2007	2010
<b>• Gasto final sujeto a IVA</b>	494.187	444.669
. Gasto en consumo de los hogares	328.244	323.790
. Gasto en compra de vivienda	90.650	36.685
. Gasto de las AA.PP.	75.293	84.194
. Gasto en consumo de los hogares %	66,4%	72,8%
. Gasto en compra de vivienda %	18,3%	8,2%
. Gasto de las AA.PP. %	15,2%	18,9%

Fuente: AEAT y elaboración propia

La construcción y las actividades inmobiliarias mantienen una importancia relativa en los principales elementos del IVA declarado. Así, en 2010, con más de un millón de declarantes, supone aproximadamente un tercio de ellos y el 11,1% de las ventas declaradas, con una disminución del 30,3% respecto a 2007, frente al descenso del 17,1% de las ventas totales declaradas. Sin embargo, tanto la base teórica como la recaudación tienen un mejor comportamiento que el del conjunto de declarantes.

#### C.17. EVOLUCIÓN DE LAS MAGNITUDES FISCALES DEL IVA ASOCIADAS A LA CONSTRUCCIÓN Y ACTIVIDADES INMOBILIARIAS

<b>Total IVA</b>	<b>2007</b>	<b>2008</b>	<b>2009</b>	<b>2010</b>	<b>2010/07</b>
Declarantes	3.491.561	3.357.066	3.251.502	3.194.252	-8,5%
Ventas (miles)	2.443.160.941	2.446.919.210	2.091.171.171	2.025.876.778	-17,1%
Valor añadido	703.899.003	754.172.060	719.452.279	634.474.921	-9,9%
Base teórica	473.727.596	443.743.065	429.774.966	426.781.676	-9,9%
Recaudación	55.003.506	51.576.787	50.048.540	53.713.754	-2,3%
Resultado liquidación	42.101.576	38.591.758	40.273.817	46.343.977	10,1%
<b>Construcción y act.inmobiliarias</b>					
Declarantes	1.309.300	1.237.377	1.084.050	1.035.046	-20,9%
Ventas	387.723.695	347.217.812	275.301.698	223.940.222	-42,2%
Valor añadido	80.048.819	83.169.095	88.010.242	79.974.712	-0,1%
Base teórica	66.513.691	69.976.843	70.233.762	69.425.089	4,4%
Recaudación	4.223.449	6.449.148	7.692.150	8.393.398	98,7%
Resultado liquidación	-3.097.651	-461.495	3.172.324	5.484.222	
<b>% Construcción y act.inmobiliarias</b>					
Declarantes	37,5%	36,9%	33,3%	32,4%	-13,6%
Ventas	15,9%	14,2%	13,2%	11,1%	-30,3%
Valor añadido	11,4%	11,0%	12,2%	12,6%	10,8%
Base teórica	14,0%	15,8%	16,3%	16,3%	15,9%
Recaudación	7,7%	12,5%	15,4%	15,6%	103,5%
Resultado liquidación	-7,4%	-1,2%	7,9%	11,8%	

Fuente: AEAT y elaboración propia

En el IRPF la repercusión de la actividad inmobiliaria se refleja principalmente en los rendimientos de capital inmobiliario a través de la imputación de rentas a los propietarios y

los rendimientos de inmuebles arrendados, así como en las deducciones por inversión en vivienda habitual.

En el primer caso, la revisión de los valores catastrales y la adquisición de viviendas han producido un incremento de los rendimientos en estos años. Por el contrario, las deducciones por inversión en vivienda habitual se han minorado de forma importante entre 2007 y 2010.

Por tramos de renta, los rendimientos medios son crecientes, al igual que las deducciones, que se concentran básicamente en los tramos intermedios.

#### C.18. EVOLUCIÓN DE LAS MAGNITUDES FISCALES ASOCIADAS A LA ACTIVIDAD INMOBILIARIA EN EL IRPF

<b>IRPF euros</b>	<b>2007</b>	<b>2008</b>	<b>2009</b>	<b>2010</b>	<b>2010/07</b>
Ingresos íntegros capital inmobiliario	13.799.836.237	15.073.303.288	15.270.879.693	15.450.971.134	12,0%
Rendimiento neto	7.978.874.417	10.423.862.867	10.395.582.588	10.554.298.615	32,3%
Rentas inmobiliarias imputadas propietarios	1.962.377.476	2.274.827.265	2.521.292.235	2.781.851.660	41,8%
Rendimientos inmuebles arrendados	7.981.725.106	8.329.135.203	7.984.916.460	7.848.259.295	-1,7%
Deducción por inversión en vivienda habitual	5.217.594.004	5.418.137.338	5.040.398.347	4.454.147.522	-14,6%
Compensación deducción adquisición de viv. habitual	783.525.682	722.755.541	653.810.667	579.364.613	-26,1%

Fuente: AEAT y elaboración propia



C.19. DISTRIBUCIÓN POR TRAMOS DE RENTA DEL RENDIMIENTO NETO DEL CAPITAL INMOBILIARIO EN EL IRPF EN 2010

Tramos renta (miles de euros)	Rendimiento neto capital inmobiliario				
	LIQUIDACIONES PARTIDA		IMPORTE PARTIDA		
	Número	Distribución Número	Importe	Distribución	Media
Negativo y Cero	2.044	0,12	6.157.307	0,06	3.012
Hasta 1,5	23.108	1,31	45.216.249	0,43	1.957
1,5 - 6	157.036	8,91	454.243.192	4,30	2.893
06 a 12	309.862	17,57	1.245.378.732	11,80	4.019
12 a 21	413.020	23,42	2.012.739.827	19,07	4.873
21 - 30	286.175	16,23	1.632.481.083	15,47	5.704
30 - 60	409.904	23,25	2.930.251.482	27,76	7.149
60 - 150	138.947	7,88	1.738.731.954	16,47	12.514
150 - 601	21.391	1,21	453.401.556	4,30	21.196
Mayor de 601	1.814	0,10	35.697.233	0,34	19.679
Total	1.763.301	100	10.554.298.615	100	5.986

Fuente: AEAT y elaboración propia

C.20. DISTRIBUCIÓN POR TRAMOS DE RENTA DE LA DEDUCCIÓN POR INVERSIÓN EN VIVIENDA HABITUAL EN EL IRPF EN 2010

Tramos renta (miles de euros)	Deducción inversión en vivienda habitual				
	LIQUIDACIONES PARTIDA		IMPORTE PARTIDA		
	Número	Distribución Número	Importe	Distribución	Media
Negativo y Cero	0	0,00	0	0,00	0
Hasta 1,5	26	0,00	18.413	0,00	708
1,5 - 6	36.007	0,59	20.785.636	0,47	577
06 a 12	952.757	15,67	551.649.247	12,39	579
12 a 21	2.123.937	34,93	1.415.615.699	31,78	667
21 - 30	1.333.739	21,93	1.013.107.818	22,75	760
30 - 60	1.318.748	21,68	1.126.884.624	25,30	855
60 - 150	288.727	4,75	294.160.099	6,60	1.019
150 - 601	25.907	0,43	30.037.717	0,67	1.159
Mayor de 601	1.544	0,03	1.888.271	0,04	1.223
Total	6.081.392	100,0	4.454.147.522	100,0	732

Fuente: AEAT y elaboración propia

De este análisis económico general se puede extraer la conclusión de la fuerte relevancia y la evolución negativa de la actividad inmobiliaria en la economía española, que se manifiesta desde una perspectiva sectorial, ocupacional y territorial, incidiendo además de forma significativa en el sector financiero. Por otro lado, las repercusiones tributarias del deterioro de la actividad inmobiliaria son muy amplias en el conjunto de las Administraciones Públicas españolas, dado el diseño tributario de la actividad inmobiliaria a través de los hechos impositivos y figuras tributarias vigentes muy vinculadas a comportamientos muy extendidos en el conjunto de la sociedad. Así, el descenso del número de operaciones realizadas ha afectado fundamentalmente a la evolución y perspectivas de las bases fiscales de la actividad inmobiliaria con repercusiones muy negativas en la recaudación tributaria.

El diseño fiscal del ciclo de la actividad inmobiliaria en una hacienda multijurisdiccional requiere de una aproximación integral que justifique una distribución vertical más adecuada de los hechos impositivos asociados tanto a la regulación urbanística y la actividad constructora como a la comercialización, financiación, adquisición, disfrute y transmisión de bienes inmuebles. Contar con elementos técnicos de valoración similar en un conjunto tan variado y complejo de impuestos asociados a los bienes inmuebles ayudaría a mejorar el diseño de la fiscalidad. Así, criterios actualizados de valoración de *stocks* y reglas comunes de valoración de transmisiones ayudarían a mejorar la coordinación fiscal en las distintas figuras tributarias.

Los efectos recaudatorios diferenciales de la crisis inmobiliaria por niveles de gobierno pueden tener, si ésta persiste, una incidencia sobre la suficiencia financiera de Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales que requerirán de alternativas para el diseño de una hacienda sostenible. Entre ellas, el replanteamiento de la política fiscal y de los incentivos fiscales en la actividad inmobiliaria, con alternativas en el uso de estímulos fiscales al sector inmobiliario.

## **2.2 ANÁLISIS Y ORIENTACIÓN DEL USO DE LA CAPACIDAD NORMATIVA EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y AYUNTAMIENTOS EN MATERIA DE FISCALIDAD INMOBILIARIA**

Las Comunidades Autónomas han ejercido una amplia capacidad normativa en los tributos cedidos en relación con el sector inmobiliario en general y, en particular, a la vivienda, con el

objeto de facilitar su adquisición y uso. Aunque su orientación ha sido muy diversa, en general ha tratado a través de deducciones y tipos impositivos modificados en distintos impuestos de otorgar un trato fiscal más favorable a la vivienda habitual.

En el caso del IRPF las actuaciones se han centrado en las deducciones. Así, en el caso de la vivienda habitual se mantiene un conjunto muy heterogéneo de deducciones que se refieren al alquiler, adquisición, rehabilitación, reparación o mejora. Un total de once Comunidades Autónomas mantienen deducciones regionales por alquiler. Por adquisición se mantienen deducciones para determinados colectivos en ocho regiones (jóvenes, discapacitados, familias numerosas y víctimas del terrorismo). Algunas regiones otorgan deducciones adicionales en función del tipo de vivienda (de protección oficial o, cuando se perciben ayudas públicas para su adquisición, viviendas rurales) e incluso tres (Canarias, Madrid y Comunidad Valenciana) tienen deducciones por la variación del euríbor en los préstamos hipotecarios.

Un número mayor de Comunidades presentan deducciones por inversión en instalaciones medioambientales, obras de reparación y mejora o en obras de adecuación de la vivienda habitual por razón de discapacidad o de adecuación a la inspección técnica de construcciones.

En el ISD el uso de capacidad normativa se ha centrado en instaurar beneficios fiscales relacionados con la transmisión de la vivienda habitual del causante en adquisiciones mortis causa. Así, la mayoría de las Comunidades Autónomas han establecido mejoras de la reducción estatal por la transmisión de la vivienda habitual del causante mediante la disminución del periodo mínimo de permanencia exigido, la elevación del porcentaje de reducción o la modificación o supresión del límite máximo fijado por la norma estatal, y dos (Canarias y Extremadura) regulan, además, la posibilidad de aplicar sus reducciones propias, que son incompatibles con la reducción estatal.

En las transmisiones intervivos entre parientes próximos, alguna región ha establecido bonificaciones o deducciones en la cuota por cantidades donadas a descendientes para la adquisición de la vivienda habitual.

En el TPO, aunque prácticamente todas las Comunidades Autónomas han incrementado el tipo de gravamen general aplicable a las transmisiones de bienes inmuebles, así como en la constitución o cesión de derechos reales sobre ellos, también se han establecido

bonificaciones fiscales. En los últimos ejercicios se han elevado en algunas regiones los tipos generales con escalas variables según el valor del inmueble de hasta el 11%, aplicando tipos más bajos con una gran heterogeneidad, en función de que se trate de la adquisición de la vivienda habitual por determinados colectivos, como jóvenes, discapacitados o familias numerosas; o de adquisición de viviendas protegidas o para los supuestos en que, siendo posible la renuncia a la exención de IVA, el obligado tributario opte por tributar en TPO. También varias Comunidades Autónomas mantienen tipos reducidos o bonificaciones aplicables a la segunda o ulterior transmisión de una vivienda a entidades del sector inmobiliario, siempre que se destine al arrendamiento para vivienda habitual o la incorpore a su activo circulante con la finalidad de venderla, y tres mantienen tipos reducidos para la tributación de los inmuebles incluidos en la transmisión global de un patrimonio empresarial.

Hay otros beneficios fiscales puntuales relacionados con la adquisición de viviendas cuyo valor no supere un determinado límite, o viviendas situadas en municipios rurales o con problemas de despoblación, o viviendas que vayan a ser objeto de inmediata rehabilitación o, como el caso de Cataluña, por transmisiones de la vivienda habitual efectuadas por personas físicas a favor de la entidad financiera acreedora por no poder hacer frente al pago de los préstamos o créditos concedidos para su adquisición.

También algunas Comunidades Autónomas aplican beneficios fiscales relacionados con la adquisición de inmuebles distintos de la vivienda, como las transmisiones de inmuebles destinados a ser la sede social o centro de trabajo de una sociedad mercantil o destinados a estar afectos a una actividad empresarial o profesional, las transmisiones de explotaciones agrarias y determinadas fincas rústicas o las transmisiones de terrenos para la construcción de parques empresariales.

En el AJD, la elevación del tipo general aplicado ha contado con excepciones diversas. Algunas regiones tienen establecidos tipos de gravamen reducidos u otros beneficios fiscales aplicables a los documentos que formalizan la adquisición de la vivienda habitual, así como la constitución o modificación de préstamos hipotecarios destinados a su financiación, en algunos casos con la exigencia de que el valor real de la vivienda no exceda de determinada cantidad. La mayoría han establecido tipos reducidos o beneficios fiscales aplicables a las escrituras que formalizan adquisiciones y préstamos hipotecarios de viviendas protegidas.

Otras se han centrado en adquisiciones y préstamos hipotecarios de la vivienda habitual por distintos colectivos (jóvenes, familias numerosas o discapacitados). Más específicas son las medidas fiscales aplicadas a los documentos que formalicen promesas y opciones de compra incluidas en contratos de arrendamiento de vivienda habitual, escrituras públicas que formalicen la declaración de obra nueva o la división horizontal de edificios destinados a viviendas de alquiler, escrituras y actas notariales que documenten la transmisión de una vivienda a una entidad del sector inmobiliario, siempre que se destine al arrendamiento para vivienda habitual o transmisión de viviendas situadas en municipios rurales, con problemas de despoblación o alta dispersión de población.

Igualmente, algunas regiones han establecido beneficios fiscales aplicables a los documentos que formalicen la modificación de determinadas condiciones financieras de los créditos y préstamos hipotecarios.

Estas diferencias regionales en el uso de la capacidad normativa introducen necesariamente una mayor complejidad en la legislación fiscal y una diferenciación fiscal que, en el caso de afectar únicamente a los potenciales beneficiarios, no es necesariamente negativa. Sin embargo, puede introducir en algunos casos distorsiones en la oferta y demanda inmobiliaria territorial en un mercado especialmente interconectado y afectado por un sistema impositivo múltiple. En estos casos, una mayor coordinación entre los distintos niveles de gobierno facilitaría la adopción de medidas fiscales más adecuadas y una mayor transparencia del sector.

#### C.21. EVOLUCIÓN REGIONAL DEL ITP y AJD

Miles de euros y %	2007	2011	2008	2009	2010	2011	2007-11
Cataluña	3.183.670	1.175.668	-46,4%	-20,0%	-2,3%	-11,8%	-63,1%
Galicia	616.160	251.037	-35,1%	-20,9%	-9,1%	-12,7%	-59,3%
Andalucía	2.994.952	1.038.020	-42,5%	-25,1%	0,3%	-19,6%	-65,3%
Principado de Asturias	290.571	115.961	-36,7%	-30,6%	7,2%	-15,1%	-60,1%
Cantabria	241.140	86.364	-44,2%	31,9%	-36,7%	-23,2%	-64,2%
La Rioja	120.244	54.022	-37,8%	-21,8%	-7,7%	0,0%	-55,1%
Región de Murcia	649.968	183.008	-44,0%	-22,5%	-16,2%	-22,6%	-71,8%
C. Valenciana	2.145.024	691.229	-47,0%	-14,6%	-11,4%	-19,6%	-67,8%
Aragón	456.163	162.534	-38,9%	-10,9%	-17,4%	-20,8%	-64,4%

Castilla-La Mancha	711.604	238.881	-34,6%	-24,1%	-11,5%	-23,6%	-66,4%
Canarias	552.256	197.833	-39,6%	-22,2%	-1,9%	-22,3%	-64,2%
Extremadura	197.691	94.139	-28,6%	-14,3%	-9,6%	-13,9%	-52,4%
Illes Balears	615.484	235.955	-36,8%	-29,1%	3,7%	-17,5%	-61,7%
Madrid	2.993.643	1.046.813	-40,7%	-20,5%	1,3%	-26,8%	-65,0%
Castilla y León	677.318	257.762	-36,4%	-21,8%	-0,7%	-23,0%	-61,9%
Total régimen común	16.445.888	5.829.226	-42,0%	-20,4%	-4,6%	-19,5%	-64,6%

Fuente: Ministerio de Hacienda y Administraciones. Públicas y elaboración propia

Por otro lado, la evolución recaudatoria tan negativa de los impuestos regionales directamente asociados a la actividad inmobiliaria y su financiación contribuirá también a racionalizar las medidas adoptadas.

En el ámbito de la administración local la incidencia del sector inmobiliario en el sistema tributario municipal es muy amplia, afectando también a ingresos patrimoniales derivados de la gestión del uso del suelo. El análisis de la actuación efectiva de las distintas localidades ha de centrarse necesariamente en los impuestos municipales vinculados directamente con la actividad inmobiliaria, como es el caso del IBI y de los dos impuestos susceptibles de establecimiento: el IIVTNU y el ICIO <sup>1</sup>. En el ámbito de estos impuestos, los Ayuntamientos tienen capacidad para modificar tipos, porcentajes y coeficientes con ciertas

<sup>1</sup> En el IBI urbano y en el IIVTNU el valor catastral y su revisión, tanto por procedimientos de valoración colectiva de carácter general como por la actualización llevada a cabo en las LPGE mediante el establecimiento de coeficientes, constituye un punto de referencia esencial para determinar la base imponible. Por excepción, en aquellos municipios en los que entren en vigor nuevos valores catastrales resultantes de procedimientos de valoración colectiva de carácter general, los Ayuntamientos pueden establecer, durante un periodo máximo de seis años, tipos de gravamen reducidos que no pueden ser inferiores al 0,1%. Con carácter general, el margen municipal para diferenciarse fiscalmente se localiza sobre todo en la determinación de los tipos impositivos dentro de un intervalo (de 0,4% a 1,1%).

En el IIVTNU la base imponible, constituida por el incremento del valor de los terrenos, puesto de manifiesto en el momento del devengo y experimentado a lo largo de un periodo máximo de veinte años, se obtiene a partir de su valor en el IBI, con un margen en la aplicación de reducción por revisión catastral (del 40% al 60%). Sobre el valor del terreno en el momento del devengo, se aplica el porcentaje anual que determine cada Ayuntamiento, con límites máximos por períodos. Dentro de estos límites, los Ayuntamientos pueden fijar un tipo de reducción distinto para cada uno de los cinco primeros años de efectividad de los nuevos valores catastrales. La cuota íntegra del impuesto es la resultante de aplicar a la base imponible el tipo de gravamen fijado por cada Ayuntamiento, sin que dicho tipo pueda exceder el 30%.

En el ICIO, cuyo hecho imponible está constituido por la realización de cualquier construcción, instalación u obra, la determinación efectiva de la base imponible —que está constituida por el coste real de ejecución material y efectivo de la construcción, instalación u obra— constituye un elemento de diferenciación fiscal, además de la elección del tipo de gravamen, que, en ningún caso, puede ser superior al 4%.

limitaciones, lo que posibilita que cada Corporación Municipal actúe sobre la presión fiscal que sus ciudadanos deben soportar. De hecho, este ejercicio de capacidad normativa ha provocado variaciones significativas en la presión y esfuerzo fiscal aplicado por los municipios.

El principal impuesto local no se ha visto afectado especialmente por la crisis, ya que tanto el número de unidades gravadas (número de recibos) como la base imponible actualizada a través del Catastro y la cuota líquida se han incrementado desde la crisis, aunque se observa ya una cierta desaceleración en los últimos años. Este aumento de la recaudación no sólo se debe a la revalorización de la base imponible por la revisión catastral, ya que la mayor parte de los Ayuntamientos han optado por situar sus tipos impositivos por encima de la referencia y sólo un pequeño número se sitúa en unos niveles inferiores.

#### C.22. EVOLUCIÓN DE LAS MAGNITUDES FISCALES ASOCIADAS AL IBI

IBI miles euros	Recibos	Base imponible	Base liquidable	Cuota íntegra	Cuota líquida
2007	31.641.353	1.373.474.679	1.113.425.079	7.471.530	7.132.514
2008	32.790.685	1.573.664.777	1.230.987.744	8.284.119	7.863.868
2009	34.055.497	1.769.577.185	1.362.590.990	9.440.533	9.021.046
2010	35.111.153	1.913.133.560	1.507.683.725	10.044.336	9.498.135
2011	35.960.102	1.976.834.129	1.624.529.605	10.700.692	10.219.993
Índice 2007-11	114	144	146	143	143
2008/07	3,6%	14,6%	10,6%	10,9%	10,3%
2009/08	3,9%	12,4%	10,7%	14,0%	14,7%
2010/09	3,1%	8,1%	10,6%	6,4%	5,3%
2011/10	2,4%	3,3%	7,8%	6,5%	7,6%

Fuente: Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y elaboración propia

#### C.23. DIFERENCIAS REGIONALES EN LA FIJACIÓN DE TIPOS IMPOSITIVOS EN EL IBI

	Nº municipios 2010			Tipos medios ponderados		
	Referencia	Superior	Inferior	2010	2011	2012
Andalucía	112	653	5	0,7151	0,6987	0,7028
Aragón	163	566	2	0,6180	0,6234	0,6419
Asturias	6	70	2	0,6780	0,6879	0,6983
Baleares	2	63	2	0,6556	0,6509	0,6698
Canarias	16	72	0	0,5759	0,5671	0,5677

Cantabria	27	74	1	0,5656	0,5655	0,5744
Castilla y León	674	1.563	11	0,5847	0,5861	0,5916
Castilla-La Mancha	205	703	11	0,5925	0,5865	0,5981
Cataluña	59	880	7	0,7430	0,7388	0,7502
Comunidad Valenciana	23	518	1	0,8015	0,7919	0,8012
Extremadura	42	340	3	0,6763	0,6760	0,6789
Galicia	117	195	3	0,5354	0,5331	0,5432
Madrid	20	149	10	0,5533	0,5500	0,5508
Murcia	2	43	0	0,6832	0,6788	0,6976
Rioja	50	124	0	0,5891	0,5883	0,5890
Ceuta	0	1	0	0,5800	0,6100	0,6400
Melilla	0	1	0	1,0000	1,0000	1,0000
Total	1.518	6.015	58	0,6648	0,6587	

Fuente: Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y elaboración propia

Las diferencias regionales en la aplicación de la capacidad normativa municipal en los impuestos voluntarios son importantes, y su progresiva implantación por un mayor número de municipios y la elevación de los tipos impositivos está parcialmente compensando la caída de las transacciones realizadas y la actividad constructora. En el IIVTNU las posibilidades de diferenciación fiscal son más elevadas y se centran más en las plusvalías a corto plazo (de uno a cinco años), aunque la bajada continuada en los precios reales puede poner en cuestión la fórmula de su cálculo. En el ICIO, las diferencias de tipos no son tan significativas, aunque la discrecionalidad municipal efectiva en la determinación de la base imponible es muy amplia.

#### C.24. DIFERENCIAS REGIONALES EN EL EJERCICIO NORMATIVO EN IVTNU E ICIO

2010 De 1 a 5 años	% aplicado	Tipo impositivo	% reducción	Tipo ICIO
Andalucía	3,28	27,48	48,44	3,43
Aragón	3,51	28,21	52,01	3,53
Asturias	3,50	29,18	49,82	3,78
Baleares	3,23	25,77	52,77	3,54
Canarias	3,10	27,49	49,70	3,29
Cantabria	3,13	24,19	53,74	3,60
Castilla y León	3,32	25,71	50,73	3,11
Castilla-La Mancha	2,86	24,40	51,91	3,17



Cataluña	3,42	27,64	46,71	3,54
Comunidad Valenciana	3,15	27,56	48,68	
Extremadura	2,96	24,82	46,68	3,13
Galicia	2,95	23,76	53,56	2,88
Madrid	3,49	27,91	46,82	3,92
Murcia	3,35	28,25	49,20	3,74
Rioja	3,50	28,07	46,62	3,09
Ceuta	2,90	27,00	0,00	3,30
Melilla	2,70	29,00	40,00	0,00
Total	3,28	27,13	48,74	3,47

Fuente: Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y elaboración propia

Al margen de las diferencias a la hora de la determinación de los tipos impositivos aplicables en los impuestos locales, la mayor complejidad para la actividad inmobiliaria está asociada a los criterios adoptados en cada municipio para el diseño de tasas y exacciones urbanísticas locales. En este caso, la mayor coordinación en el ámbito provincial o regional sería deseable para mejorar los costes de transacción y transparencia en la actividad inmobiliaria.

### 2.3 CONCLUSIONES

Del análisis efectuado se desprende la pérdida de importancia relativa del sector en la economía española como consecuencia de la crisis económica, que ha incidido de forma específica sobre sus principales magnitudes. Estos problemas han tenido una influencia fuertemente negativa en la recaudación fiscal asociada a la actividad inmobiliaria en nuestro país, que repercute especialmente en la hacienda autonómica y local.

El diseño fiscal del ciclo de la actividad inmobiliaria en una hacienda multijurisdiccional como la nuestra requiere de una aproximación integral que justifique una distribución vertical más adecuada de los hechos imponible asociados tanto a la regulación urbanística y la actividad constructora como a la comercialización, financiación, adquisición, disfrute y transmisión de bienes inmuebles. En este sentido, el contar con elementos técnicos de valoración similares en un conjunto tan variado y complejo de impuestos asociados a los bienes inmuebles ayudaría a mejorar un diseño de su fiscalidad más eficiente.

Por otro lado, las diferencias regionales y locales en el uso de la capacidad normativa de los impuestos que recaen sobre el sector introducen necesariamente una mayor complejidad en la legislación fiscal y una diferenciación que, en el caso de afectar únicamente a los potenciales beneficiarios, no es necesariamente negativa. Sin embargo, puede introducir en algunos casos distorsiones en la oferta y demanda inmobiliaria territorial en un mercado especialmente interconectado y afectado por un sistema impositivo múltiple. En estos casos, una mayor coordinación entre los distintos niveles de gobierno facilitaría la adopción de medidas fiscales más adecuadas y una mayor transparencia de la actividad inmobiliaria.

### **3 ANÁLISIS TÉCNICO-TRIBUTARIO**

#### **3.1 FISCALIDAD DIRECTA**

##### *3.1.1 IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS*

##### **3.1.1.1 Tratamiento fiscal del arrendamiento de vivienda en el IRPF: la técnica tributaria como posible factor de impulso del mercado de alquiler en España**

Para poder evaluar la idoneidad del vigente tratamiento fiscal del arrendamiento de vivienda es importante distinguir según esté destinado al arrendador o al arrendatario. Esta necesaria diferenciación deriva de que los objetivos que deben perseguir las medidas fiscales son completamente diferentes en ambos casos y, en consecuencia, los criterios para enjuiciar su eficacia y su adecuación han de ser también distintos.

##### **a) Los estímulos fiscales al arrendatario**

La protección fiscal del arrendatario está dirigida a modular la tributación en función de su capacidad económica y a garantizar su acceso a la vivienda. Desde esta perspectiva, la actual deducción en la cuota en el IRPF destinada a contribuyentes con una base imponible inferior a 24.107,20 euros traslada al ámbito impositivo de una forma adecuada la menor capacidad económica del arrendatario (art. 68.7 de la Ley del IRPF).

En consecuencia, **no se considera necesaria la modificación de la regulación jurídica de la vigente deducción por alquiler de vivienda habitual, excepto en relación con el nivel de rentas exigible al arrendatario** para poder disfrutar de la deducción. Este beneficio fiscal excluye de su aplicación a sujetos con una base imponible superior a

24.107,20 euros, lo que resulta demasiado restrictivo. Hay que pensar que, con la regulación actual, para que un arrendatario disfrute de la base máxima de la deducción (9.040 euros) debe destinar más del 50% de su base imponible al alquiler. Por ello, es recomendable elevar el límite máximo de base imponible que da derecho a la deducción como mínimo hasta 28.381,43 euros, que es, según el Observatorio Joven de Vivienda en España, el nivel mínimo de ingresos necesarios para adquirir una vivienda.

Al margen de esta deducción podría plantearse como medida fiscal complementaria de apoyo al arrendatario la **imputación de las ayudas públicas al pago del alquiler en diversos periodos impositivos**, siguiendo el mismo régimen de imputación temporal que las ayudas incluidas en los planes estatales para el acceso por primera vez a la vivienda en propiedad (art. 14.2.i de la Ley del IRPF).

#### **b) Los estímulos fiscales al arrendador**

El estímulo del alquiler debe centrarse en la protección del arrendador, pues los condicionantes que dan lugar a un mercado del alquiler fuerte residen en él. En este punto, también es necesario diferenciar entre el arrendador persona física y el arrendador persona jurídica, pues los problemas que se encuentran para poner sus inmuebles en alquiler son radicalmente distintos.

##### **b.1. Arrendador persona física:**

El arrendador persona física requiere de garantías procesales y civiles que le den seguridad jurídica y le protejan de arrendatarios morosos o incumplidores. Por ello, los incentivos para que los propietarios personas físicas alquilen sus inmuebles deben establecerse en aquellos ámbitos. En consecuencia, **no es conveniente el establecimiento de nuevos beneficios fiscales para estos contribuyentes al margen de la ya establecida reducción en la base imponible** para los contribuyentes del IRPF que obtengan rendimientos de capital inmobiliario.

Esta reducción, regulada en el art. 23.2.1º de la Ley del IRPF, debe ser objeto de las siguientes **correcciones técnicas**:

- Eliminar la imposibilidad de aplicar la reducción respecto de rendimientos no declarados por el contribuyente y descubiertos por la Administración. La redacción actual de la norma —que limita la reducción a los rendimientos de capital inmobiliario declarados por el sujeto— supone una sanción encubierta injustificada.
- Eliminar la aplicación de la reducción a los rendimientos negativos. La redacción actual de la norma —que aplica la reducción del 60% también a los rendimientos negativos— provoca una mayor base imponible cuando los gastos deducibles son superiores a los ingresos derivados del alquiler. Esto es incongruente con el espíritu de la norma, pues supone un aumento de la renta computable.
- Ampliar la reducción a los alquileres que se integran dentro de una actividad empresarial y que, en consecuencia, tributan como rendimiento de actividades económicas. Como se verá en un epígrafe posterior, no tiene sentido la diferente tributación del alquiler dependiendo de su calificación como rendimiento de capital inmobiliario o como rendimiento de actividades económicas, especialmente teniendo en cuenta el discutible criterio de delimitación entre ambas.
- Extender la reducción a los arrendamientos realizados a favor de sociedades públicas de arrendamiento y de las sociedades de arrendamiento de vivienda. Con el sistema actual se perjudica al arrendamiento a través de este tipo de sociedades, ya que la reducción sólo es aplicable si la sociedad actúa como mera intermediaria, pero no si actúa directamente como arrendadora.

#### b.2 **El arrendador persona jurídica:**

Las sociedades dedicadas a la promoción, construcción y alquiler de vivienda se encuentran con graves problemas de financiación que justifican un régimen de ayudas directas o una tributación beneficiada. Estos regímenes fiscales se encuentran en el IS, a cuyo estudio hay que remitirse.

### **3.1.1.2 Tratamiento fiscal de la inversión en vivienda habitual como incentivo a la adquisición de vivienda en el IRPF**

La primera cuestión que hay que plantearse es la conveniencia de la propia existencia de la deducción. Para ello es necesario determinar su finalidad, esto es, el objeto de protección de la medida. Desde esta perspectiva, el mantenimiento de la deducción por vivienda habitual se puede justificar tanto por la necesidad de tener en cuenta la menor capacidad económica que demuestra el adquirente de una vivienda habitual (motivo estructural) como por la necesidad de estimular el mercado inmobiliario (motivo coyuntural), incentivando la compra de inmuebles de forma que se reduzca el *stock* que está lastrando gran parte de la economía nacional.

Como razonaremos a continuación, el criterio ha de ser diferente según nos encontremos en condiciones normales de mercado o en una situación de parálisis inmobiliaria como la actual.

- a) **En condiciones normales de mercado**, la deducción por adquisición de vivienda sólo se justifica en la protección de la capacidad económica y en la garantía del derecho a acceder a una vivienda digna. Por ello, **debería limitar su ámbito subjetivo de beneficiarios a un determinado nivel de rentas, de forma que se equiparase a la deducción por alquiler de vivienda.**

En concreto, la deducción por adquisición de vivienda debería configurarse de una forma similar a la deducción por alquiler, con los siguientes rasgos:

- Su ámbito subjetivo debería restringirse a los contribuyentes con un bajo nivel de rentas, como ocurre con la deducción por alquiler de vivienda.
- Sólo los inmuebles destinados a vivienda habitual deben dar derecho a esta deducción, teniendo en cuenta su finalidad constitucional de garantizar el acceso a la vivienda.
- La base de la deducción no debería condicionarse a los importes financiados como en la actualidad, sino al valor de mercado con independencia de la cantidad que se financie.

La base de la deducción debería ser el valor de mercado del inmueble, tal y como se encontraba regulado en Alemania desde 1996 hasta 2005. En este país, el beneficio consistía en una subvención del 5% (a partir de 2004: 1%) por año sobre la base de los costes de la adquisición/producción de la vivienda (incluso el suelo) durante un periodo de 8 años.

De esta forma, los contribuyentes cuyo nivel de rentas les impidiese acceder a la vivienda tendrían derecho a una deducción sobre la cuota de su IRPF durante una serie de años, que consistiría en la aplicación de un porcentaje sobre el valor de mercado de la vivienda. La determinación del valor de mercado no daría lugar a una mayor inseguridad jurídica que la existente en el seno del ITP y AJD.

b) Sin embargo, **las condiciones actuales del mercado inmobiliario aconsejan el mantenimiento** de la deducción por adquisición de vivienda habitual en los términos establecidos en el art. 68.1 de la Ley del IRPF sin sufrir limitaciones en el ámbito subjetivo (limitándola a las rentas bajas) ni en el ámbito objetivo (restringiéndola a las viviendas habituales). Desde esta perspectiva, la configuración de la deducción debería responder a los siguientes parámetros:

- Debería tener un plazo determinado, de forma que sólo los adquirentes de vivienda hasta una fecha determinada disfrutaran del beneficio. Para conseguir que esta medida sea realmente eficaz, debe asegurarse la aplicación de la deducción a estos adquirentes de inmuebles durante todos los periodos impositivos posteriores en que el sujeto conserve la propiedad.
- Su ámbito objetivo debería extenderse a todos los inmuebles urbanos, aunque no fueran la vivienda habitual del adquirente. Esta medida ya se aprobó en 1985 (Decreto Boyer), aunque entonces se exigía que si la vivienda no era habitual fuera de nueva construcción.

**La Ley de Consolidación** elimina la deducción por adquisición de vivienda habitual a partir del 1 de enero de 2013. Al margen de las viviendas que puedan acogerse al régimen transitorio que la propia norma contempla, ninguna vivienda adquirida con anterioridad al 31 de diciembre de 2012 dará derecho a disfrutar a su propietario de ningún beneficio fiscal en el IRPF.

Como hemos explicado anteriormente, la deducción por adquisición de vivienda habitual debería mantenerse en todo caso para los contribuyentes con una base imponible inferior a 24.107,20 euros. De esta forma se equipararían los beneficios fiscales a favor de la compra y del alquiler, siendo neutral el régimen jurídico en relación con las distintas formas de acceso a la vivienda. Por otro lado, la situación coyuntural en la que se encuentra España aconseja prorrogar temporalmente la deducción para toda adquisición de inmueble, con independencia del nivel de rentas del comprador y del tipo de inmueble del que se trate.

En todo caso, debe garantizarse la continuidad en la aplicación de la deducción por parte de los obligados tributarios que adquirieron su vivienda con anterioridad al 1 de enero de 2013 a través del establecimiento del previsto régimen transitorio. En una época como en la que nos encontramos, en que se requiere el establecimiento de estímulos que incentiven la compra de vivienda, con el objetivo de reducir el *stock* inmobiliario y de esta forma ayudar a la economía española, la protección de la confianza de los inversores en la estabilidad del sistema tributario es un factor muy importante. Como es sabido, la seguridad jurídica constituye un elemento principal en la decisión de los inversores. En consecuencia, el mantenimiento de la deducción por adquisición de vivienda de los antiguos propietarios, que compraron confiando en la aplicación de un determinado beneficio fiscal, asentará la confianza de los nuevos posibles compradores.

### **3.1.1.3 Recomendaciones comunes a los beneficios fiscales aplicables a la adquisición y al alquiler de vivienda**

La compra y el alquiler de vivienda deben tener un régimen de ayudas públicas similar, de forma que dicho régimen no distorsione la decisión del ciudadano sobre la forma de acceso a la vivienda.

En realidad, la garantía del derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna no debe centrarse en el sistema tributario, sino en políticas activas de prestación por parte de los poderes públicos, como la construcción de un parque de viviendas públicas suficiente o el establecimiento de subvenciones directas a favor de los ciudadanos con rentas más bajas. Trasladando a este documento el clásico debate que intenta determinar si las ayudas públicas o los beneficios fiscales son más eficaces, consideramos que la protección del acceso a la vivienda debe configurarse a través de una política de prestación por parte de los poderes

públicos, por varios motivos, entre los que destaca (junto a su mayor transparencia) que son medidas accesibles para todos los ciudadanos con un bajo nivel de rentas, al contrario de lo que ocurre con las actuales deducciones en la cuota del IRPF a favor de propietarios y arrendatarios de la que sólo pueden beneficiarse los ciudadanos que tienen obligación de contribuir. La capacidad económica debe medirse y modularse a través de los tipos de gravamen. El establecimiento de deducciones que cumplan esa función no es eficaz (condiciona la decisión del ciudadano a favor de la compra y eleva el precio de la vivienda) ni equitativo (entre otras cosas, porque sólo disfrutará de este beneficio quien tenga obligación de contribuir).

En todo caso, si se considera conveniente la existencia de beneficios fiscales a favor de la compra o del alquiler, deben tener el mismo régimen jurídico en relación con los sujetos beneficiarios, con los inmuebles que dan derecho a la deducción y con la cuantificación del beneficio. Si la justificación de ambas deducciones es garantizar el acceso a la vivienda a todos los ciudadanos con independencia de su nivel de renta, deberían limitarse a los sujetos con más bajo nivel de ingresos y a los inmuebles que constituyan su vivienda habitual. Es decir, deberían tener la configuración de la deducción existente actualmente a favor del arrendatario regulada en el art. 68.7 de la Ley del IRPF, aunque con unas cantidades más elevadas que las vigentes, como hemos justificado anteriormente.

Hecha esta afirmación, creemos que las condiciones actuales del mercado aconsejan, de forma extraordinaria, mantener la deducción por adquisición de vivienda en los términos que establece el art. 68.1 de la Ley del IRPF de forma transitoria y exclusivamente para aquellas compras anteriores a una determinada fecha (por ejemplo, 1 de junio de 2013). Su eficacia en relación con la disminución del *stock* de vivienda se incrementaría si se ampliara el objeto que da derecho a la deducción a cualquier inmueble y no sólo a la vivienda.

Por último, hay un aspecto que el Derecho tributario debe mejorar en la regulación del incentivo fiscal a la vivienda: **la fiscalidad del arrendamiento con opción de compra**. Si el ordenamiento fiscal contempla unos beneficios tributarios para el arrendatario (art. 68.7 de la Ley del IRPF), debe pronunciarse acerca del arrendatario con opción a compra, tal y como ha hecho recientemente en el IVA, donde se ha equiparado el tipo de gravamen del alquiler con opción a compra al aplicable a la adquisición de vivienda.



Recordemos que si el contribuyente supera los límites de renta establecidos para la aplicación de la deducción por alquiler, cuando posteriormente ejercita la opción de compra de la vivienda pierde el derecho a deducir (por alquiler y por adquisición) las cantidades pagadas durante el arrendamiento e imputadas al precio de compra. Si bien es cierto que si se lleva a cabo la anunciada derogación de la deducción por adquisición de vivienda habitual este problema no se planteará en relación con las adquisiciones que se produzcan después de enero de 2013, debe darse una solución a los ciudadanos que formalizaron un contrato de alquiler con opción a compra antes de esa fecha. Podrían plantearse dos soluciones:

- a) Equiparar las cantidades satisfechas en concepto de alquiler con las pagadas por la compra en el momento en que se ejercita la opción de compra, y siempre que no se supere la base máxima de deducción por adquisición de vivienda habitual (9.040 euros).
- b) Permitir la aplicación de la deducción por adquisición de vivienda a las cantidades entregadas en concepto de alquiler siempre que la opción de compra se ejercite en el plazo pactado. Si la opción no se ejercitase, el contribuyente debería regularizar, de la misma manera que ocurre, por ejemplo, con las cantidades ingresadas en una cuenta vivienda que no se destina a la adquisición de una vivienda.

#### **3.1.1.4 Tratamiento de la rehabilitación de vivienda en el IRPF**

La protección fiscal de la rehabilitación responde a la importancia de este sector dentro de la economía (como generador de puestos de trabajo) y de la protección del medio ambiente (a través de la introducción en las construcciones de sistemas que eviten la contaminación de cualquier orden). En consecuencia, los beneficios fiscales a favor de la rehabilitación no deben ser justificados ni enjuiciados desde la perspectiva del principio de capacidad económica, sino de su eficacia para crear empleo y proteger el medio ambiente.

Actualmente, en el IRPF existen tres deducciones para contribuyentes que realicen obras de rehabilitación: la deducción por adquisición de vivienda habitual (art. 68.1 de la Ley del IRPF); la deducción por obras de mejora en la vivienda (de carácter temporal: disposición adicional 29 de la Ley del IRPF) y la deducción por obras de adecuación a una discapacidad (art. 68.1.4º de la Ley del IRPF).

Pues bien, dejando al margen la deducción por obras de adecuación a una discapacidad, **debe existir una deducción por rehabilitación de carácter permanente e independiente de la deducción por vivienda habitual.** En este sentido, debe configurarse una deducción por rehabilitación permanente en el tiempo que integre los conceptos recogidos dentro de la derogada deducción por adquisición, rehabilitación y mejora de la vivienda habitual.

No tiene sentido la coexistencia de dos deducciones, una integrada dentro de la deducción por adquisición de vivienda, con una aplicación casi nula, y otra creada con carácter temporal, por lo que deben reconducirse a una sola.

Y tampoco tiene sentido la inclusión de la adquisición y de la rehabilitación dentro de una misma deducción por inversión en vivienda habitual, que hasta ahora ha provocado la ineficacia de este beneficio fiscal en relación con la rehabilitación; la limitación de la base máxima de la deducción a 9.040 euros anuales tenía como consecuencia que el coste de adquisición de la vivienda agotara la deducción. Así, los ciudadanos que estuvieran satisfaciendo durante el periodo impositivo cantidades por adquisición de vivienda por un importe superior a 9.040 euros (como límite máximo de base de deducción) habrían agotado la deducción. Además, si se cumple la anunciada derogación de la deducción por vivienda habitual, ello significaría la desaparición de la deducción por rehabilitación.

Por ello, **sería mucho más eficaz desgajar la actual deducción por inversión en vivienda habitual en dos deducciones independientes.** De esta forma, los particulares que desearan rehabilitar disfrutarían de la deducción aunque invirtieran más de 9.040 euros en la compra de su vivienda.

Desde estas premisas, la deducción por rehabilitación debería mejorarse en los siguientes sentidos:

- Establecimiento de una **vigencia indefinida.**
- **Ampliación del ámbito de aplicación subjetivo.** No tiene sentido que las rentas medias/altas no se vean incentivadas por esta deducción, cuando son precisamente los agentes que pueden llevar a cabo un mayor número de rehabilitaciones.
- Mantenimiento de la deducción por rehabilitación para cualquier inmueble, **con independencia del carácter de vivienda habitual,** incluyendo, por supuesto, los casos

en que el inmueble se encuentra arrendado a un tercero, tal y como recoge la actual deducción por obras de mejora.

- **Ampliación de los supuestos de rehabilitación que dan lugar a la deducción.** Debería eliminarse la definición de rehabilitación contemplada en el art. 55.5 del RIRPF y el listado de actuaciones que dan derecho a la deducción por obras de mejora, y realizar una remisión a los conceptos de obras de rehabilitación, análogas y conexas contemplados para el IVA, en el art. 20.Uno.22º.B de la Ley del IVA. La definición contenida en el art. 55.5 del RIRPF abarca tanto las actuaciones integradas en el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación como las de reconstrucción estructural de la vivienda. Esta última expresión constituía una remisión por parte de la Ley del IRPF a la Ley del IVA, que contenía una definición de rehabilitación en este sentido estructural. Sin embargo, el RD-ley 6/2010 ha ampliado el concepto de rehabilitación estructural a efectos del IVA, por lo que dicha ampliación debería recogerse también a efectos del IRPF, con la finalidad de seguir manteniendo la coherencia conceptual entre los dos impuestos.
- **Ampliación del ámbito cualitativo de la deducción.** Por los motivos ya expuestos, no tiene sentido limitar la base de la deducción. **La base máxima de deducción por obras de rehabilitación debería cuantificarse, como mínimo, en la base ya admitida con carácter general, 9.015 euros.** Sin embargo, sería razonable elevarla a lo ya previsto para las obras de adecuación a la discapacidad: 12.020 euros, incluyendo por supuesto los gastos de financiación ajena que haya tenido que pagar el sujeto.

**Junto a la mejora de la deducción por rehabilitación, el incentivo a la rehabilitación podría llevarse a cabo en las siguientes medidas:**

- El establecimiento de una regla de imputación temporal más extensa que la prevista en el art. 14.2.g de la Ley del IRPF, que sólo completa la periodización en cuatro periodos impositivos de las ayudas públicas *“percibidas como compensación por los defectos estructurales de construcción de la vivienda habitual y destinadas a su reparación”*.
- La eliminación del límite existente para la deducción de los gastos de conservación y reparación en la determinación de los rendimientos de capital inmobiliario. Recordemos

que el art. 23.1.1º de la Ley del IRPF establece que el importe total a deducir de determinados gastos, entre los que se encuentran los de conservación y reparación del inmueble, “*no podrán exceder, para cada bien o derecho, de la cuantía de los rendimientos íntegros obtenidos. El exceso se podrá deducir en los cuatro años siguientes*”.

### **3.1.1.5 Clasificación de los rendimientos procedentes de la tenencia y explotación de bienes inmuebles: rendimientos de capital inmobiliario vs. rendimientos de actividades económicas**

La diferenciación que realiza la Ley del IRPF en la calificación de las rentas derivadas del arrendamiento de inmuebles según el arrendador disponga o no de una infraestructura determinada (art. 27.2: que en el desarrollo de la actividad cuente, al menos, con un local exclusivamente destinado a llevar a cabo la gestión de la actividad y que para la ordenación de aquélla se utilice, al menos, una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa) provoca **distorsiones injustificadas** que se reflejan en los siguientes puntos:

- El arrendador cuyas rentas tributan como rendimiento de capital inmobiliario disfruta de una reducción en la base imponible y sufre una limitación en los gastos deducibles.
- El arrendador cuyas rentas tributan como rendimiento de actividad económica no tiene derecho a la reducción, pero no sufre ninguna limitación en la aplicación de los gastos deducibles.

**Debería unificarse el régimen aplicable a los rendimientos derivados del alquiler con independencia de la calificación de la renta.** Es decir, debería aplicarse la reducción en la base imponible prevista para los rendimientos de capital inmobiliario o ampliarse la naturaleza deducible de los gastos. En todo caso, la diferenciación fiscal debería hacerse según el inmueble arrendado esté destinado a vivienda habitual o no, de forma que, por ejemplo, cuando se trate de la vivienda del inquilino, el propietario disfrute de una reducción aplicable al rendimiento obtenido.

### **3.1.1.6 Clasificación de los rendimientos procedentes de la transmisión de bienes inmuebles: ganancias patrimoniales vs. rendimientos de actividades económicas**

La tributación de la ganancia o pérdida obtenida con motivo de la transmisión de un bien inmueble que haya podido estar arrendado afecta exclusivamente al arrendador o propietario del citado inmueble y nunca al arrendatario, por lo que en este apartado únicamente se va a analizar la problemática que pueda existir en relación con la primera de estas dos figuras.

#### *3.1.1.6.1 Situación actual*

##### 3.1.1.6.1.1 Calificación del rendimiento procedente de la transmisión de un bien inmueble

De conformidad con lo previsto en el apartado 1 del artículo 33 de la Ley del IRPF, la transmisión de cualquier inmueble realizada por un contribuyente genera a los efectos de este impuesto una ganancia o pérdida patrimonial, por producirse simultáneamente y con motivo de dicha transmisión los dos elementos esenciales que configuran este tipo de rentas: la alteración en la composición del patrimonio del contribuyente y una variación en su valor.

Esta ganancia o pérdida patrimonial se incluye a efectos liquidativos dentro de las denominadas rentas del ahorro, es decir, se integran en la base imponible del ahorro, la cual tributa a una escala de gravamen diferente a la que se aplica a la base imponible general constituida por la mayoría de los rendimientos que un contribuyente obtiene (del trabajo, del capital inmobiliario o los derivados del ejercicio de actividades económicas). Dicha escala de gravamen oscila entre los tipos impositivos del 21 y el 27% para el ejercicio 2012. Al 21% tributan los primeros 6.000 €, al 27% el exceso sobre 24.000 €, sometiéndose a tributación del 25% los 18.000 € intermedios.

Esta circunstancia, tendente a su desaparición con el paso del tiempo, ha provocado no pocos debates sobre su aplicación, así como respecto de las reglas de afectación y desafectación a actividades empresariales que maneja el IRPF. Según estas reglas, se entiende producida la afectación a una actividad empresarial una vez han transcurrido tres años a contar desde la fecha material de afectación del bien o derecho. La desafectación, sin embargo, se entiende producida de forma inmediata; si bien, para la aplicación de coeficientes de abatimiento, la propia norma dispone que resultará necesario que hayan transcurrido más de tres años entre el momento de la desafectación efectiva del bien y la fecha de su transmisión, incluido el

supuesto en el que el motivo de la desafectación sea el cese en el ejercicio de la actividad. Por tanto, bajo estos parámetros y atendiendo a las diferentes consecuencias de tributación que pueden producirse, resulta evidente que la voluntad de los contribuyentes para justificar la afectación o desafectación de los bienes puede ser cambiante en la medida que la producción de un hecho u otro pueda beneficiarle desde la perspectiva de una inferior tributación en el IRPF.

Sin embargo, y aun teniendo en cuenta lo anteriormente señalado, en la normativa actual, la transmisión de un inmueble explotado en una actividad de arrendamiento (al que no le quepa la aplicación de los coeficientes de abatimiento) tiene el mismo régimen de tributación tanto si dicha explotación ha sido realizada bajo el manto del desarrollo de una actividad empresarial<sup>2</sup> (bienes afectos) como cuando esa situación no se manifiesta (en cuyo caso las rentas derivadas de su explotación habrán venido tributando como rendimientos del capital inmobiliario).

Es de destacar, por tanto, que la transmisión de un inmueble que ha sido explotado en arrendamiento como actividad empresarial, tratándose por ello de un bien afecto, no tributa como un mayor rendimiento de actividad, sino como una renta del ahorro, lo que supone que la ganancia patrimonial que pueda producirse no queda sometida a la progresividad del IRPF, evitándose así el sobregravamen que recaería sobre el rendimiento de la actividad con motivo de la obtención de un ingreso extraordinario.

Por otro lado, que ello sea así parece lógico en la medida que el rendimiento de una actividad económica tiene una naturaleza mixta, dado que para su obtención se utilizan los dos factores básicos de producción: trabajo y capital. Siendo la base imponible del ahorro aquella que pretende gravar las rentas que puedan originarse por la utilización y rendimiento que genera uno de esos dos factores, el capital, en un sistema de tributación dual como el que establece el IRPF, donde por un lado se gravan las rentas del capital y por el otro el resto de rentas que obtiene el contribuyente, se nos antoja del todo correcto que la tributación de los elementos

---

<sup>2</sup> Es decir, para cuando la actividad de arrendamiento es ejercida con una mínima estructura empresarial: persona empleada, a jornada completa, dedicada a la gestión de esa actividad y existencia de local exclusivamente dedicado al ejercicio de la actividad.

patrimoniales afectos al ejercicio de una actividad económica tributen en el IRPF como una renta derivada del ahorro.

Conviene por último precisar en este apartado que, con efectos 1 de enero de 2013, la Ley de Consolidación modifica la redacción del actual artículo 46 de la Ley del IRPF a los efectos de aumentar el gravamen sobre las rentas obtenidas de forma especulativa, de manera que, exclusivamente, integren las rentas del ahorro aquellas ganancias y pérdidas patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de transmisiones de elementos patrimoniales o de mejoras realizadas en ellos con más de un año de antelación a la fecha de transmisión.

#### 3.1.1.6.1.2 Determinación de la ganancia o pérdida patrimonial

El importe de esta ganancia o pérdida patrimonial se determina por diferencia entre los respectivos valores de transmisión y de adquisición.

El valor de adquisición está formado por la suma del importe real por el que la adquisición se haya efectuado y, en su caso, por el coste de las inversiones y mejoras que pudieran haber sido efectuadas en los bienes adquiridos; asimismo, formarán parte del valor de adquisición los gastos y tributos inherentes a la adquisición, excluidos los intereses, que hubieran sido satisfechos por los adquirentes. Este valor se minorará, en su caso, en el importe de las amortizaciones practicadas sobre el inmueble.

Este valor de adquisición, en el caso de bienes inmuebles, se actualiza (en el intento de corregir así la inflación habida) mediante la aplicación de los coeficientes que se establecen al efecto en la correspondiente LPGE relativa al año de la transmisión, si bien cabe señalar que a los inmuebles no afectos se les aplican los coeficientes que LPGE aprueba para el propio IRPF, mientras que a los bienes afectos al ejercicio de una actividad económica se les aplica los coeficientes que se aprueban para el IS por esa misma Ley.

Los citados coeficientes se aplican sobre los importes relativos a la adquisición e inversiones y mejoras atendiendo al año en que se hayan satisfecho, así como sobre amortizaciones atendiendo al año al que correspondan.

Por valor de transmisión se entiende el importe real por el que la enajenación se haya efectuado, siempre que tal importe no resulte inferior al normal de mercado, en cuyo caso

prevalecerá este último. De este valor se deducirán los gastos y tributos que resulten imputables y hayan sido soportados por el transmitente.

Por otro lado, cuando la adquisición o la transmisión hubiera sido a título lucrativo se aplicarán las reglas anteriormente analizadas, si bien tomando por importe real de los valores respectivos aquellos que resulten de la aplicación de las normas del ISD, sin que pueda exceder del valor de mercado.

#### 3.1.1.6.1.3 Otras ganancias o pérdidas patrimoniales que pueden afectar a la tributación de inmuebles que se encuentren arrendados.

El diferente tratamiento que se da a los inmuebles arrendados según estén afectos o no al ejercicio de actividades empresariales también provoca diferencias en la tributación de cierto tipo de rentas que puedan producirse en la relación arrendaticia. Así, por ejemplo, una indemnización percibida por un arrendador con motivo del incumplimiento de un contrato o su rescisión anticipada tributa para el caso de los bienes no afectos como un mayor rendimiento del capital inmobiliario. El mismo tratamiento recibe la cuantía percibida por el arrendador procedente del arrendatario correspondiente a la parte que legalmente le corresponde en el precio de la cesión de un derecho de traspaso obtenido por este último<sup>3</sup>. Por el contrario, para los mismos supuestos, en el caso en que los bienes se consideren afectos al ejercicio de una actividad económica, dichas rentas tributarán como ganancias o pérdidas patrimoniales y, por ello, como rentas del ahorro.

Un tercer supuesto es el que puede derivar de la percepción de indemnizaciones con motivo de la compensación de daños en los inmuebles objeto de arrendamiento. En este caso, estén o no afectos los bienes, la tributación es la misma en ambos casos, quedando gravada como renta del ahorro la diferencia entre el importe percibido y el importe de la pérdida producida, en concepto de ganancia o pérdida patrimonial.

---

<sup>3</sup> Sin embargo, debe señalarse que, si bien en el caso de inmuebles arrendados no afectos este tipo de percepciones se integran en la base imponible general, tributando por ello con progresividad en el impuesto, la citada integración no se produce por el importe de la totalidad de la renta obtenida, sino que son objeto de reducción del 40% con motivo de la irregularidad de su percepción.



#### 3.1.1.6.1.4 Exenciones previstas en la tributación de las ganancias derivadas de la transmisión de inmuebles, cuando dicho inmueble constituya la vivienda habitual del contribuyente

Dos son las exenciones previstas en la Ley del IRPF que afectan a la tributación de las ganancias patrimoniales originadas con motivo de la transmisión de inmuebles, y ambas están referidas al supuesto de que el inmueble enajenado tenga la condición de vivienda habitual del contribuyente en el momento de la transmisión:

- la exención por reinversión en nueva vivienda habitual, y
- la exención aplicable a aquellos contribuyentes mayores de 65 años que la transmitan (sin necesidad en este caso de que exista ningún tipo de reinversión)<sup>4</sup>.

La existencia y mantenimiento de estas dos exenciones resulta ampliamente aceptada tanto por la doctrina como por la opinión pública, en general. No puede ser de otra manera, pues se corresponden con dos situaciones que, en caso de no estar previstas por la normativa, conllevarían importantes consecuencias para los contribuyentes. En el primer caso, porque no sólo se vulneraría el derecho al acceso a la vivienda, protegido constitucionalmente, sino que también mermaría el derecho a poder acceder a una nueva propiedad que siguiese constituyendo la residencia habitual del contribuyente. En el segundo, porque el beneficio consistente en liberar de tributación la transmisión de la vivienda habitual efectuada por un mayor de 65 años, permitiendo que el contribuyente pueda reconvertir, en caso de necesidad, su ahorro materializado en la vivienda habitual en la cobertura de otras necesidades requeridas por la vejez sin coste fiscal alguno, nos parece del todo deseable e imprescindible, en la medida que con la prolongación de la esperanza de vida de la población van apareciendo circunstancias que pueden hacer necesaria dicha venta para sobrevivir en condiciones distintas.

##### *3.1.1.6.1.4.1 Exención por reinversión de la vivienda habitual*

El artículo 38 de la Ley del IRPF establece la exención por reinversión de las ganancias patrimoniales que se ponen de manifiesto en la transmisión de la vivienda habitual del

---

<sup>4</sup> También resulta aplicable esta exención a la transmisión realizada por personas en situación de dependencia grave o de gran dependencia.

contribuyente cuando el importe total obtenido se reinvierte en la adquisición de una nueva vivienda habitual. Asimismo, dicho artículo precisa que, en aquellos casos en los que el contribuyente haya utilizado financiación ajena para adquirir la vivienda transmitida, se considerará como importe total obtenido, a efectos de determinar el importe a reinvertir, el resultante de minorar el valor de transmisión en el principal del préstamo que se encuentre pendiente de amortizar en el momento de la transmisión.

La reinversión del importe obtenido en la enajenación deberá efectuarse, de una sola vez o sucesivamente, en un período no superior a dos años.

Por otro lado, se permite que el goce de este beneficio fiscal sea parcial para aquellos casos en los que el importe reinvertido no coincida con la totalidad del precio de venta obtenido.

El requisito de la calificación como habitual, para aplicar la exención, ha de concurrir en ambas viviendas: en la que se transmite y en la que se adquiere.

#### *3.1.1.6.1.4.2 Exención en la transmisión de vivienda habitual efectuada por contribuyente mayor de 65 años*

El apartado 4.b) del artículo 33 de la Ley del IRPF determina la exención en el IRPF de las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de la transmisión de la vivienda habitual efectuada por mayores de 65 años o por personas en situación de dependencia grave o de gran dependencia de conformidad con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Como hemos expuesto anteriormente, la aplicación de esta exención no se subordina a la reinversión en nueva vivienda habitual ni tampoco a ningún otro tipo de necesaria reinversión.

#### *3.1.1.6.2 Situación actual y posible ampliación de supuestos de exención a otros casos, por ejemplo, en los supuestos de transmisión de viviendas para adquirir otras que se vayan a dedicar al arrendamiento*

Como ya se ha señalado en el apartado 1.1.1 anterior, al analizar el tratamiento fiscal de los rendimientos procedentes de la tenencia y explotación de inmuebles, el estímulo del alquiler debe centrarse en la protección de la figura del arrendador, que es el agente principal en este caso.

También se ha comentado que la mayoría de analistas expertos de este mercado coinciden en considerar que los verdaderos estímulos que necesitan los arrendadores pasan por la obtención de garantías procesales y civiles que les proporcionen seguridad jurídica y les protejan de los arrendatarios morosos o incumplidores. Dichos analistas se muestran mucho más escépticos respecto del resultado que se obtiene mediante incentivos proporcionados a través de la introducción de medidas fiscales.

Con independencia de lo anterior, lo que sí es cierto es que en los últimos años nuestra fiscalidad ha intentado estimular el mercado del arrendamiento de viviendas a través de la incorporación de reducciones que minoren la tributación de los rendimientos netos obtenidos, especialmente cuando éstos no se obtienen en el ejercicio de una actividad empresarial; sin embargo, en ningún momento han existido medidas que hayan afectado a la tributación de las ganancias patrimoniales que puedan derivar de la transmisión de inmuebles arrendados.

Efectivamente, en la actualidad, un arrendador persona física que no ejerza la actividad de arrendamiento bajo el paraguas del ejercicio de una actividad empresarial puede deducir la mayoría de los gastos necesarios para llevar a cabo la actividad (viéndose limitada exclusivamente la deducibilidad de los gastos de reparación y conservación e intereses), disfruta de reducciones en el rendimiento neto a incorporar en la base imponible que pueden alcanzar hasta el 100% en el caso de arrendar a jóvenes menores de 30 años (con carácter general se aplica el 60% de reducción) y, por último, no tributa por la mera propiedad del inmueble mediante el régimen de imputación de rentas. Sin embargo, creemos que aún existe algún margen, si bien extremadamente mediatizado por las consecuencias de la crisis económica actual sobre la recaudación del IRPF, para establecer algún incentivo que pueda favorecer la ampliación del mercado de alquiler.

Del análisis efectuado sobre la tributación de las ganancias y pérdidas patrimoniales, hemos podido comprobar que pocas son las diferencias existentes en su tributación según vengan o no de la transmisión de bienes inmuebles afectos, y pequeña la incidencia en la tributación, a excepción del caso en el que sí puedan aplicarse coeficientes reductores. Partiendo de la base de la transitoriedad de la aplicación de coeficientes de abatimiento, y prescindiendo de ella en esta valoración general, entendemos que la tributación de la transmisión de inmuebles, en donde la única diferencia entre la tributación de un bien afecto a otro que no lo está pasa por

la utilización de coeficientes de actualización distintos de valor de adquisición y amortizaciones, no necesita de modificación legislativa alguna.

Sin embargo, en una economía como la española, en la que —como ya hemos explicitado— se necesita reformar con carácter de urgencia el mercado de alquiler y en donde existe la convicción política de que resulta necesario seguir incentivándolo, una posible medida para conseguir el mencionado objetivo podría ser el establecimiento de una exención total o parcial en la ganancia patrimonial obtenida en la transmisión de un inmueble, en la medida que el importe obtenido por su enajenación fuere íntegramente reinvertido en la adquisición de otro inmueble que se destinara al ejercicio de la actividad de arrendamiento y, en particular, podría promoverse dicha exención para el supuesto en el que el inmueble sobre el que recae la reinversión fuera una vivienda.

Esta exención, que sin ninguna duda tendría impacto negativo en la recaudación del IRPF, podría producir, sin embargo, sinergias positivas en el mercado inmobiliario en general. Por un lado, podría favorecer la reconversión o renovación de este mercado, aumentar el número de viviendas a incorporar al parque de inmuebles en alquiler, favorecer las adquisiciones de inmuebles de las empresas inmobiliarias y entidades financieras —actualmente necesitadas de reducir sus *stocks* en dicho tipo de activos—, sin que se pudiera predicar de esta medida fiscal que favoreciese prácticas especulativas, pues sin ninguna duda debería condicionarse la consolidación del derecho a la exención al mantenimiento de la reinversión del inmueble dedicado al alquiler durante un determinado plazo de tiempo.

Por otro lado, esta medida debería implementarse sin distinción alguna entre el tratamiento de los inmuebles que estuviesen explotados a través de una estructura empresarial de aquellos que estuviesen arrendados simplemente y, por ello, vinieran tributando en el IRPF como rendimientos del capital inmobiliario, pues este incentivo debería plantearse con independencia de cuál fuera la finalidad que conduce a los arrendadores a explotar los inmuebles arrendados bajo una u otra modalidad (planificación familiar, consecución de ventajas fiscales en otros tributos —IP, ISD—, etc.).

Tampoco consideramos que esta propuesta deba tratarse como una medida temporal semejante a la introducida, por ejemplo, a través del RD-ley 18/2012, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero, y por la que se

consideraran exentas en un 50% las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de la posterior transmisión de inmuebles urbanos que hayan sido adquiridos a título oneroso a partir de la entrada en vigor del citado RD-ley y hasta el 31 de diciembre de 2012, medida de la que, por cierto, se desconoce el impacto que pueda llegar a representar a medio y largo plazo. En nuestro caso la medida propuesta entendemos que debe plantearse con vocación de permanencia en el IRPF.

Así pues, no consideramos descabellado que se amplíe el ámbito de las exenciones por reinversión más allá de las existentes (y que afectan exclusivamente a la vivienda habitual) y plantear la posibilidad de practicar la exención de la ganancia patrimonial generada en la transmisión de cualquier inmueble (se halle o no arrendado en el momento de la transmisión) siempre y cuando el importe obtenido en la venta sea reinvertido en la adquisición de un nuevo inmueble, que se trate de una vivienda y se arriende posteriormente durante un plazo de tiempo relativamente largo (entre 5 y 10 años), so pena de perder el derecho a la exención practicada.

Si bien esta exención resulta a toda luz contraria al principio de capacidad económica, creemos que encuentra su fundamentación tanto en la mejora que puede producirse en el parque de viviendas de alquiler como, coyunturalmente, como mecanismo de ayuda para reducir los altísimos *stocks* de viviendas para la venta existentes en nuestro país con motivo de la crisis económica.

### **3.1.1.7 Las rentas inmobiliarias: ¿por qué no rentas que forman parte de la base imponible del ahorro?**

#### *3.1.1.7.1 El sistema dual como mecanismo de tributación de las rentas en el IRPF*

La Ley del IRPF consolidó definitivamente el tratamiento dual y diferenciado de las diferentes tipologías de renta obtenidas por un contribuyente, separando la tributación de las denominadas rentas del ahorro y sometiéndolas a un tipo fijo de gravamen.

La consolidación de este sistema dual, tal y como advertía la propia exposición de motivos de la citada norma, se fundamentaba en “razones de equidad y crecimiento” que aconsejaban el otorgamiento de “*un tratamiento neutral a las rentas derivadas del ahorro, eliminando las*

*diferencias no justificadas existentes actualmente entre los distintos instrumentos en los que se materializa”.*

Esta pretensión no significaba, ni mucho menos, un objetivo nuevo para el legislador. En ese sentido, y con mayor o menor fortuna, muchos habían sido los intentos por paliar las diferencias que, desde 1978 y de una forma progresiva, se apreciaron en el régimen jurídico-tributario de las rentas generadas por las inversiones de los ahorradores en función de la calificación que en cada caso hubiera de dárseles, fundamentalmente como rendimientos del capital mobiliario o como incrementos de patrimonio. En efecto, lejos queda ya la concepción que inspiró la configuración del IRPF de 1978 como un impuesto unitario, de corte eminentemente sintético en el que todas las rentas, independientemente de su origen y naturaleza, se integraban en su base imponible, recibiendo un trato equitativo y compensándose entre sí de forma ilimitada.

De forma progresiva y por diferentes razones, el legislador ha ido percibiendo la necesidad de introducir correcciones en la linealidad del sistema, que si bien en un primer momento estuvieron presididas por la intención de paliar el agravio comparativo que en la práctica soportaban las rentas del trabajo frente a las del capital, pronto tomaron como protagonistas a las rentas generadas a partir de inversiones de capital.

En ese contexto, uno de los principales problemas que el legislador tuvo que afrontar se planteó en torno a la delimitación que debía realizarse entre dos categorías de rentas que, a pesar de generarse ambas a partir de la inversión del ahorro, se han visto sometidas a un tratamiento fiscal cada vez más diferenciado: los rendimientos del capital y las ganancias patrimoniales.

Ciertamente, son varios los aspectos que tradicionalmente han servido para diferenciar el trato que a efectos tributarios se ha dispensado a las dos categorías de rentas mencionadas. Así, en primer lugar, puede aludirse a la función que las retenciones desempeñan para la Administración al lograr, no sólo una recaudación anticipada del IRPF, sino también un mayor y más efectivo grado de información sobre los rendimientos que se ven afectados por aquéllas. Como es sabido, todo ello convierte a dicho mecanismo en un importante instrumento de control y lucha contra el fraude que, en términos generales, siempre ha

acompañado a los rendimientos del capital mobiliario y al margen del cual se han situado las ganancias patrimoniales.

En segundo lugar, cabe recordar también el tratamiento especial que las plusvalías recibieron con el objeto de paliar los negativos efectos que la inflación pudiera ejercer sobre ellas. Ese fue precisamente el objetivo de la LPGE para 1991 cuando introdujo una serie de coeficientes con los que se trataba de actualizar el valor de adquisición de los bienes de tal forma que, en el momento de su transmisión, la diferencia entre el precio de compra y el de venta reflejasen una ganancia real y no puramente nominal como consecuencia del aumento generalizado de los precios. Sin embargo, y por el contrario, ninguna medida similar a las comentadas se arbitró respecto de determinadas categorías de rendimientos del capital mobiliario que, sobre todo a partir de 1985, también pudieron acusar los negativos efectos de la inflación, toda vez que entonces algunas de las rentas que antes de esa fecha se calificaban como incrementos patrimoniales pasaron a calificarse como rendimientos del capital mobiliario.

Desde otro punto de vista, la aplicación del criterio de la realización como elemento determinante para gravar las ganancias patrimoniales fue también considerada como una ventaja de esta categoría de rentas frente a los rendimientos del capital mobiliario, ya que ello podía ser interpretado como la posibilidad que los perceptores de aquéllas tenían para diferir el pago del impuesto de un modo discrecional, extremo que, sin embargo, está vetado para los sujetos que obtienen rendimientos del capital mobiliario.

Por último, cabe también recordar cómo la introducción por medio del RD-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, de un tipo de gravamen proporcional situado, con carácter general, en un 20%, desplazó a las ganancias y pérdidas patrimoniales al margen de la progresividad del IRPF, permitiendo que sus perceptores pudieran rebajar sustancialmente la tributación de aquéllas sin necesidad de rebasar un dilatado horizonte temporal, posibilidad vetada a los sujetos que obtenían rendimientos del capital mobiliario.

Pues bien, teniendo en cuenta aspectos como los anteriores, lo cierto es que las medidas que se adoptaron en diferentes momentos para paliar las aludidas diferencias de trato provocaron la proliferación de complejas y sofisticadas operaciones financieras que se fueron introduciendo en el mercado con la única finalidad de que los contribuyentes pudieran

reconducir la calificación de sus rentas desde el ámbito de los rendimientos del capital al de los incrementos de patrimonio, generalmente objeto de un mejor trato fiscal. Con la intención de paliar este tipo de conductas, el legislador reaccionó en la mayor parte de las ocasiones ensanchando progresivamente el ámbito de los rendimientos del capital mobiliario a costa del que antes era propio de los incrementos de patrimonio, para lo cual se adoptaron una serie de medidas que mayoritariamente han pasado por la modificación de la calificación jurídico-tributaria de las rentas.

Pues bien, frente a todos estos problemas que se iban manifestando, la Ley del IRPF apuesta definitivamente por la neutralidad en relación con el ahorro, pero introduciendo para ello una serie de medidas que relegan a un segundo plano el interés de los contribuyentes y del propio legislador por alterar, en muchos casos de forma artificiosa, la calificación que en cada supuesto habrá de otorgarse a las rentas generadas por las diferentes formas de invertir el ahorro.

En ese sentido, y partiendo de la base de que ninguna fuente financiera debe ser preferible a otra por razón de las normas tributarias aplicables, el legislador introduce un tratamiento fiscal más homogéneo para la mayor parte de los rendimientos del capital mobiliario, así como para las ganancias y pérdidas patrimoniales generadas por la transmisión de elementos patrimoniales, incluyéndolas a todas bajo la denominación de “renta del ahorro”. Así, de esta manera, se delimitan incluyendo entre ellas los rendimientos derivados de la inversión de capitales propios en el capital social de entidades, los rendimientos derivados de la cesión de capitales a terceros, las rentas derivadas de determinados seguros de vida y capitalización, y, finalmente, las ganancias y pérdidas patrimoniales derivadas de la transmisión de elementos patrimoniales.

#### *3.1.1.7.2 La definición de las rentas del ahorro*

Es por todos conocido que, con la adopción de este sistema dual, el legislador español se intentó situar en la línea de las reformas fiscales emprendidas a principios de los años 90 por países del norte de Europa que, como, Noruega, Suecia o Finlandia, optaron por sustituir la idea de los impuestos globales sobre la renta —comprensivos de todos los tipos de rentas, con independencia de la fuente de la que derivan—, por la de una visible diferenciación entre el tratamiento jurídico-tributario otorgado a las rentas del capital y el que resulta aplicable al



resto de las categorías de rendimientos sometidos a gravamen en aquellos impuestos que recaen sobre la renta de las personas físicas. En la misma línea, otros países de la Unión Europea optaron más tarde por seguir también la iniciativa de aquellos lugares en los que la imposición sobre la renta se había transformado para dar entrada a las distintas variantes que pueden incluirse bajo el que puede denominarse “sistema dual de imposición sobre la renta”.

El modelo que podríamos denominar “estándar” de dicho sistema de imposición aplicado por todos estos países pasaba principalmente por los siguientes aspectos:

- a) Separar las rentas sometidas en dos grupos o bases: rentas laborales y rentas del capital.
- b) Aplicar a estas bases tratamientos diferenciados, con un tipo fijo para las rentas del capital y variable para las rentas laborales, siendo el tipo marginal máximo mayor que el aplicado a las rentas del capital.
- c) Hacer coincidir el tipo marginal mínimo del impuesto progresivo con el tipo proporcional aplicable a las rentas del ahorro, y ambos a la vez con el tipo fijo del IS.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, y reparando en las líneas básicas por las que ha discurrido la reforma del IRPF en nuestro país, podríamos concluir que, si bien en un primer momento y en términos generales este esquema puede haber servido de inspiración al legislador español para idear la reforma, existen algunos aspectos que obligan a matizar las diferencias que entre ambos modelos pueden constatarse.

En ese sentido, dos son las cuestiones diferenciales que cabe apreciar entre el régimen establecido en España y las pautas a las que se ajusta el modelo teórico de sistema dual de imposición, ya que en el caso español ni el gravamen proporcional afecta a todas las rentas del capital, ni previsiblemente parece que vaya a producirse la aludida coincidencia entre los tipos de gravamen que hemos expuesto anteriormente.

Desde ese punto de vista, la primera de las cuestiones apuntadas obliga a realizar una precisión conceptual para diferenciar lo que han entendido los países que aplican el modelo dual por “renta del capital”, respecto de lo que el legislador español considera que es la “renta del ahorro”. En ese orden de cosas, ya hemos apuntado anteriormente qué rentas ha incluido el legislador bajo la expresión “renta del ahorro”, al margen de la cual se sitúan otras manifestaciones de renta cuya producción también está directamente relacionada con una

inversión de capital, tales como los rendimientos del capital inmobiliario, las rentas calificadas en el art. 25.4 de la Ley del IRPF como “otros rendimientos del capital mobiliario” o las rentas empresariales o profesionales que, como es sabido, son normalmente fruto de la conjunción de dos factores de producción, esto es, el trabajo y el capital.

Así las cosas, el modelo adoptado por el legislador español difiere de los sistemas duales implantados en otros países europeos donde, aunque con diferencias entre ellos, el gravamen proporcional se hace recaer sobre la práctica totalidad de las rentas en cuya generación participa el capital como factor de producción, pudiendo constatarse en términos generales que la progresividad del impuesto se reserva para los salarios, pensiones, rentas en especie y rentas del trabajo imputables a las actividades económicas.

Sobre este particular, y a los efectos que aquí interesan, destaca la exclusión de los rendimientos del capital inmobiliario del concepto de “renta del ahorro”, extremo que se traduce en un perjuicio al ahorro inmobiliario difícil de justificar desde el punto de vista de la neutralidad.

Esa misma crítica puede realizarse respecto del gravamen al que se someten las rentas de actividades económicas, las cuales, como hemos apuntado, se caracterizan por presentar una naturaleza mixta, de forma que en su generación no sólo influye el trabajo, sino también el capital. Por ese motivo, si la renta que en cada caso pueda atribuirse a ese último factor de producción no se grava como renta del ahorro, separadamente de la renta que quepa considerar generada por el trabajo, el logro de la pretendida neutralidad impositiva debería cuestionarse.

Ahora bien, cabe decir que si bien desde un punto de vista teórico resulta sencillo defender que las rentas atribuibles al factor capital, producidas en la realización de actividades económicas, deberían tributar como rentas del ahorro, luego la práctica pone de manifiesto la dificultad que entraña el deslinde entre las rentas del trabajo y las del capital dentro de la renta derivada del ejercicio de una actividad. Seguramente, sea esta dificultad de deslinde el motivo fundamental por el cual el tratamiento fiscal de dichas rentas no tiene cabida dentro de las denominadas rentas del ahorro en los diferentes modelos de imposición dual actualmente en vigor.

Sin embargo, el legislador fiscal español, entendemos que deliberadamente, ha limitado la inclusión de determinadas rentas como las del capital inmobiliario en el concepto de rentas del ahorro, limitándose —como ya hemos señalado anteriormente— a incluir dentro del concepto aquellas rentas derivadas de la cesión de capitales, con carácter general, y las ganancias y pérdidas derivadas de la transmisión de elementos patrimoniales, seguramente con el exclusivo afán de acabar de una vez con los problemas que el tratamiento de estos dos tipos de renta había generado históricamente y a los cuales nos hemos referido con anterioridad.

Llegados a este punto, consideramos necesario retomar la posibilidad de inclusión en el gravamen del ahorro de los rendimientos del capital inmobiliario, pues en este caso no cabe duda alguna de que se trata de un rendimiento derivado exclusivamente del factor capital, por lo que su tributación consecuente con esta definición no debería ser otra que la de renta del ahorro.

Así pues, en aras del razonamiento básico por el que se defiende la existencia del sistema dual de tributación, parece razonable defender que los rendimientos netos derivados de la actividad de arrendamiento de inmuebles, como rendimientos que constituyen manifestación exclusiva derivada de la utilización del factor capital, deberían tributar a los tipos impositivos fijos que someten a gravamen las rentas del ahorro.

### *3.1.2 IMPUESTOS PATRIMONIALES: EL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES Y EL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO*

#### **3.1.2.1 Tratamiento fiscal de la tenencia y la transmisión lucrativa de bienes inmuebles: el caso de la llamada empresa familiar. Ventajas e inconvenientes**

##### *3.1.2.1.1 La empresa familiar y sus ventajas fiscales*

El concepto de empresa familiar no se define en el ordenamiento jurídico-tributario positivo, aunque es frecuente encontrarse con argumentaciones que defienden que esta modalidad de empresa debe ser objeto de especial protección. Lo único que caracteriza a la empresa familiar es el consistir un conjunto de activos y medios de producción cuyos propietarios son personas ligadas entre sí por vínculos familiares. Pero este dato (la pertenencia de los medios de producción a un núcleo familiar) no tiene la suficiente relevancia para hacer a este tipo de

empresas acreedoras de un tratamiento fiscal ventajoso. Es más, se suele criticar que, frente a las medidas de apoyo a la pequeña empresa (entidades de reducida dimensión) o microempresas, que se definen como núcleos empresariales con un volumen reducido de operaciones, activos de escaso valor o pocos trabajadores, la empresa familiar puede ser una gran empresa o un centro empresarial de gran capacidad económica, por lo que no se explica que se le tenga que reconocer sistemáticamente un tratamiento fiscal ventajoso.

En cualquier caso, la protección fiscal de la empresa familiar sólo tiene sentido en el ámbito de su transmisión intergeneracional, tanto *inter vivos* como *mortis causa*. Se trata de evitar que una excesiva carga fiscal ponga en peligro la supervivencia de la empresa cuando el empresario fallece o deja la actividad. Es más, facilitar la viabilidad económica de la empresa para el empresario de otra generación que va a continuar la actividad supone una clara medida de *business angel* o apoyo temprano a los emprendedores, aunque se trate de emprendedores que suceden a otro empresario con el que tienen lazos familiares.

Sabido es también que en nuestro ordenamiento jurídico el precepto que mejor encarna la protección de la transmisión intergeneracional de la empresa es el artículo 20 de la Ley del ISD, que reconoce el derecho a una reducción del 95% de la base imponible del impuesto para las transmisiones *mortis causa*, y cuando se cumplan ciertos requisitos, para las que tengan lugar por actos *inter vivos*, en los casos en los que en la base imponible que corresponda a los cónyuges, descendientes o adoptados de la persona fallecida, estuviese incluido el valor de una empresa individual, de un negocio profesional o participaciones en entidades, a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4 de la Ley del IP, o el valor de derechos de usufructo sobre ellos, o de derechos económicos derivados de la extinción de dicho usufructo. Todo ello, siempre que la adquisición se mantenga, durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciera el adquirente dentro de ese plazo.

Este precepto ha sido “mejorado” por las Comunidades Autónomas, lo que ha generado un grave problema, porque a los no residentes sujetos al ISD por obligación real se les aplica la normativa del Estado que no contempla esas ventajas. Cuando el no residente reside en otro Estado de la Unión Europea el riesgo de una discriminación contraria al Derecho europeo es más que evidente. Así se han pronunciado dos dictámenes motivados (5 de mayo de 2010 y

16 de febrero de 2011). Por su parte, la interposición por la Comisión Europea de la demanda contra España ante el TJUE de 27 de octubre de 2011, ha puesto de manifiesto que esta situación puede atentar contra la libre circulación de personas y capitales en la UE, y esa es la razón por la que insta a nuestro país a modificar la normativa para eliminar este agravio. Será necesario articular, por tanto, de una u otra manera una vinculación de los no residentes con alguna Comunidad Autónoma.

Fuera de eso, en un informe como el presente, que tiene como objeto el tratamiento fiscal de los inmuebles, la cuestión clave es determinar cómo esas ventajas fiscales se transmiten a los bienes integrantes del patrimonio de la empresa familiar. Y, por tanto, ello requiere clarificar qué criterios hay que seguir para entender que un inmueble pertenece al patrimonio de una empresa.

#### *3.1.2.1.2 Criterios para determinar la pertenencia de un inmueble a una empresa familiar.*

##### *Crítica*

La Ley del ISD se remite, a la hora de disciplinar esta bonificación, a las disposiciones relativas al IP. Así, el artículo 4.Ocho.dos de la Ley del IP dispone que, para determinar si existe actividad económica o si un elemento patrimonial se encuentra afecto a ella, se estará a lo establecido en la Ley del IRPF. Este criterio es el que se tiene en cuenta, incluso cuando se trate de personas jurídicas o sociedades. Hay, por tanto, una remisión a los criterios empleados en el artículo 27 de la Ley del IRPF, relativas al carácter empresarial de los rendimientos derivados del arrendamiento de inmuebles, que hace referencia a la existencia de un local propio destinado al ejercicio de la actividad y de una persona contratada. Se trata de criterios que afectan a la forma en que se ejerce la titularidad de la actividad en relación con el tipo de elementos patrimoniales que incluye su activo.

Que este sea el criterio único y exclusivo para determinar cuándo nos encontramos ante una actividad empresarial resulta criticable. Se trata de un criterio *funcional*, según el cual, la mera titularidad de un inmueble no supone, por sí misma, que estemos ante una actividad económica, siendo irrelevante que su titular sea una persona física o una persona jurídica o sociedad mercantil. No resulta trascendental, tampoco, la inclusión del bien en la contabilidad, que es uno de los criterios que se tienen en cuenta a efectos de la calificación de un activo como empresarial en el IVA.

Recordemos que en el IVA, la ley reguladora no contiene unas reglas de afectación en términos semejantes a los contenidos en el artículo 27 de la Ley del IRPF. Así, el artículo 95, 1 de la Ley del IVA dice que un bien estará destinado a la actividad empresarial o profesional cuando el mismo “vaya a utilizarse previsiblemente, de acuerdo con criterios fundados, en el desarrollo de la actividad empresarial o profesional”. Es decir a partir de la existencia de una intención, acreditada por elementos objetivos, de utilizar tal bien en actividades empresariales o profesionales. Ello supone que en el IVA no es necesario que la afectación sea inmediata y, en cierta medida, que tal afectación se presume. Esto es, y como reconoció la sentencia *Lennartz* del TJUE de 11 de julio de 1991 (Asunto C-97/90), los bienes estarán afectos tanto cuando se usan efectivamente y de forma inmediata en la actividad como cuando los mismos se adquieren con la intención de proceder a dicho uso, aunque el mismo se demore en el tiempo.

Además, los criterios para entender que el bien se destina a una actividad empresarial son los previstos en el artículo 27.2 del RIVA (contestación de la DGT a consulta V1499-07, de 5 de julio de 2007). Dicho precepto contiene una lista ejemplificativa de los elementos de prueba que, de forma particular, permiten acreditar que la adquisición de bienes o servicios se realiza con la intención de destinarlos al desarrollo de una actividad empresarial o profesional, refiriendo, entre otros, los siguientes:

- a) La naturaleza de los bienes y servicios adquiridos o importados, que habrá de estar en consonancia con la índole de la actividad que se tiene intención de desarrollar.
- b) El período transcurrido entre la adquisición o importación de dichos bienes y servicios y su utilización efectiva para la realización de las entregas de bienes o prestaciones de servicios que constituyan el objeto de la actividad empresarial o profesional.
- c) El cumplimiento de las obligaciones formales registrales y contables exigidas por la normativa reguladora del impuesto, por el Código de Comercio o por cualquier otra norma que resulte de aplicación a quienes tienen la condición de empresarios o profesionales.

- d) Disponer de o haber solicitado las autorizaciones, permisos o licencias administrativas que fuesen necesarias para el desarrollo de la actividad que se tiene intención de realizar.
- e) Haber presentado declaraciones tributarias correspondientes a tributos distintos del IVA y relativas a la referida actividad empresarial o profesional.

Pero estos no son los criterios que se siguen cuando se aplica la regla de local y persona contratada. Según esta regla, sólo hay actividad económica cuando el inmueble se explota efectivamente con ciertos elementos objetivos mínimos, que permiten denotar una cierta organización. Se trata, simplemente, de desactivar preventivamente la posibilidad de convertir una actividad no empresarial en empresarial a partir de la mera interposición de una sociedad mercantil.

Este criterio plantea, a nuestro juicio, varios problemas, que se pueden reducir a dos:

En primer lugar, el precepto viene suscitando una gran conflictividad. Como es sabido, la doctrina administrativa y la jurisprudencia han tenido que aclarar muchas cuestiones polémicas relativas a esta exigencia de *local y persona contratada*. Así, y sin ánimo de exhaustividad, se ha tenido que concretar si se puede considerar local exclusivamente destinado a la actividad una habitación separada y cerrada con su propia puerta dentro de un inmueble que se destina a vivienda del arrendador, o si es persona contratada el gerente que es, al mismo tiempo, administrador y socio, cuestión ésta a la que se ha referido la desafortunada aportación de la sentencia *Mahou* del TS de 13 de noviembre de 2008.

En segundo lugar, el precepto ha servido para que, implícitamente, se entendiese que sólo es actividad empresarial respecto a los inmuebles el arrendamiento y no la mera tenencia, lo que, por otra parte, lleva a entender como no justificada desde el punto de vista económico la interposición de una sociedad para atribuirle la titularidad de bienes inmuebles. Una sociedad de este tipo suele ser considerada, de forma casi automática, *instrumental*, e, incluso, con cierta frecuencia, una sociedad *artificial por naturaleza*, cuando no simulada. Esta teoría se ha visto reforzada por la doctrina que niega que a las entidades cuyo objeto es la tenencia de inmuebles les resulten aplicables los incentivos previstos para las entidades de reducida dimensión, como, por ejemplo, el TEAC, que señaló en la resolución de 29 de enero de 2009,

que una sociedad patrimonial no es “una empresa”, “entendida ésta conforme a la interpretación usual, como la organización de un conjunto de medios materiales y personales para la realización de una auténtica actividad económica para intervenir de forma efectiva en la distribución de bienes o servicios en el mercado”, ya que una sociedad patrimonial “sólo obtiene ingresos derivados de la mera titularidad o tenencia de elementos patrimoniales aislados, no afectos ni relacionados a una auténtica actividad económica, de carácter empresarial”. La afirmación de que la mera tenencia de bienes no es actividad mercantil se confirma en la resolución del propio TEAC de 30 de mayo de 2012. Esto es, la condición de empresarial de un bien plantea problemas que van mucho más allá de la simple concurrencia de un local y de una persona contratada.

#### 3.1.2.1.3 Recomendaciones y conclusiones

Con base en las cuestiones expuestas, deberían clarificarse los criterios que se siguen para atribuir los bienes inmuebles al activo de una empresa, relativizando el criterio único que se está aplicando para los arrendamientos de inmuebles de *local fijo* y *persona contratada*.

En tal sentido, la solución podría pasar por optar por un criterio semejante al previsto en el IRPF, y, en concreto, en el artículo 29 de la Ley del IRPF. Recordemos que este precepto, en su número 1.c), califica como afecto cualquier elemento patrimonial “necesario para el respectivo rendimiento”. Al tiempo, se excluyen expresamente los activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad y de la cesión de capitales a terceros, de manera que si la ley excluye de la condición de afectos a los activos mobiliarios, parece, *a sensu contrario*, que se está mostrando proclive a la calificación como afectos de los inmobiliarios, siempre que éstos sean *necesarios*.

La necesidad del activo, igual que la necesidad de un gasto a efectos de su deducibilidad, es un concepto indeterminado que ha de ser apreciado en cada caso (así lo señala para el gasto necesario la sentencia del TSJ de Madrid, de 23 diciembre 1993). La sentencia del TC 180/96, de 12 de noviembre, al referirse a los conceptos jurídicos indeterminados, señala que “han de ser dotados de contenido concreto en cada caso, mediante la aplicación a sus circunstancias específicas de los factores objetivos y subjetivos que sean congruentes con su enunciado genérico”. Habrá que acreditar, por tanto, a través de los medios de prueba admitidos en Derecho, y en el marco de la libertad probatoria, la necesidad del inmueble en la actividad



empresarial, sin supeditar dicha acreditación a la concurrencia de las circunstancias de local y persona contratada.

La necesidad está directamente vinculada con el destino del bien. Debería bastar, para considerar a un inmueble como afecto, que se probase, a través de la constatación de datos objetivos, la intención del sujeto de destinarlo a una actividad económica, siguiendo en esto el criterio que se mantiene respecto al IVA.

Pero al margen de la necesidad de los activos, la afectación es una decisión de destinar un bien a una actividad empresarial y profesional, y eso es lo que deberá acreditarse con todos los medios de prueba admitidos en Derecho, tanto de prueba directa como indiciaria. Y la prueba admitida en cada caso dependerá de lo que se quiera acreditar. Por ejemplo, si se pretende probar la afectación de un inmueble a la actividad de arrendamiento, se podrán aportar los medios que acrediten que el inmueble se está ofreciendo en el mercado con este fin o el propio contrato de arrendamiento.

En este punto, es fundamental el papel de la contabilidad como prueba de la afectación del inmueble a la actividad empresarial. Recordemos que la polémica sobre el valor probatorio de los asientos contables no tiene la misma dimensión cuando se trata de acreditar operaciones que cuando se trata de probar titularidades de bienes. Los libros contables acreditan hechos (como la existencia y afectación de un bien a la empresa) y modificaciones de carácter patrimonial. Tales anotaciones contables son, en puridad, declaraciones del empresario y, al margen de que se les atribuya la presunción de certeza propia de las declaraciones, son una prueba más de su calificación, que podrá ser apreciada conforme a las reglas generales del Derecho, como dice el artículo 31 del Código de Comercio. Pero en el caso de operaciones, los asientos contables no acreditan su realidad, y habrá que acudir a otros medios de prueba, como ha dicho el TS con relación a los gastos deducibles en las sentencias 27 de febrero y 14 de diciembre de 1989. Pero, respecto a la pertenencia a la empresa de un bien inmueble, tendrán una importancia crucial los que podemos denominar *medios de prueba fehacientes*, por lo que la función probatoria de la contabilidad adquiere un trascendental relieve. Respecto a la afectación, la contabilidad debe ser un medio de prueba con plena efectividad jurídica, aunque deba ser objeto de valoración a través de una apreciación conjunta con otros medios probatorios.

Por tanto, somos partidarios de un criterio mucho más flexible para determinar cuándo un bien inmueble pertenece al patrimonio empresarial, basado en la necesidad del bien para realizar la actividad que constituye el objeto de la empresa, a partir de una libertad probatoria y de la apreciación conjunta de todos los medios de prueba, dando especial relevancia a la contabilidad.

### **3.1.2.2 Posible conveniencia y eficacia de una exención para la puesta de inmuebles en alquiler en el marco del IP**

En primer lugar, conviene señalar que el IP se ha recuperado después de que durante tres años (de 2008 a 2010) la totalidad de los contribuyentes no tuvieran obligación de tributar por él. Sin embargo, este impuesto tremendamente criticado por las distorsiones económicas que producía ha sido nuevamente instaurado, previsiblemente sólo para los ejercicios 2011 y 2012, a los efectos de aumentar la recaudación de las tan necesitadas arcas del Estado, en estos momentos de galopante crisis económica.

El IP, fue establecido por la Ley 50/77 con el objeto de cumplir con una serie de funciones. Así, la exposición de motivos de dicha norma mencionaba entre otras las de (i) complementariedad, para gravar los niveles más altos de renta; (ii) gravamen de una capacidad tributaria adicional existente en las personas con mayor patrimonio; (iii) incentivo a la mayor utilización del factor capital (ya que tributaba de igual forma la riqueza productiva que la improductiva); (iv) redistributiva (la cual se intentó acentuar con la ley 19/91 mediante el aumento de tipos impositivos y, por tanto, a través de una mayor participación en el total de la recaudación impositiva), y (v) como función de control del IRPF.

A lo largo de los años de vigencia de este impuesto se ha podido comprobar que el cumplimiento de las finalidades para las que había sido creado distaba mucho del deseado: el impuesto no conseguía ese pretendido mayor gravamen de las personas con mayor patrimonio, dejando con ello de ser complementario al IRPF. Por la forma que tiene de valorar los diferentes bienes (prescindiendo del valor real de mercado), en muchos supuestos, lejos de incentivar, lo que hacía era desincentivar la mayor utilización del factor capital; tampoco parecía determinante la función de control que tenía encomendada, la cual podía ser ejercida de forma más eficiente a través de la utilización de otras figuras impositivas; quedando exclusivamente la faceta redistributiva, que era más bien poca si tenemos en cuenta

su escaso poder recaudatorio. Todos estos motivos —junto con otros como la sobreimposición sobre determinados bienes y derechos y los efectos claramente confiscatorios que en algunos casos se llegaban a producir— condujeron a su desaparición en 2007. Sin embargo, como hemos señalado, la actual situación económica ha provocado su recuperación con fines exclusivamente recaudatorios para los años 2011 y 2012.

Estando plenamente vigente el IP, aunque presumiblemente con carácter temporal, conviene hacer aquí, por tanto, algunas reflexiones sobre su aplicación en referencia a aquellos inmuebles que se encuentran arrendados y sobre la tributación a la que están sometidos.

#### *3.1.2.2.1 Tratamiento de los bienes inmuebles arrendados en el IP*

El IP efectúa un tratamiento fiscal distinto a los bienes inmuebles arrendados según sean explotados a través de una organización empresarial —y, por tanto, los rendimientos que de ellos derivan tributen en el IRPF como rendimientos de actividad económica—, o según sean explotados al margen de dicha organización, obteniéndose entonces en el IRPF rendimientos de capital inmobiliario.

En particular, los bienes inmuebles arrendados que se hallan afectos a una explotación económica que tenga el carácter de empresarial, sea ésta ejercida por una persona física o a través de una sociedad, podrán gozar, bajo el previo cumplimiento de determinados requisitos que posteriormente analizaremos, de la exención del IP, mientras que los que no se encuentren afectos al ejercicio de una actividad tributarán en el impuesto sin exclusión.

Resulta evidente que este distinto tratamiento tiene consecuencias prácticas importantes, pues son muchas las situaciones en las que personas físicas que, arrendadoras de un determinado número de inmuebles no demasiado elevado, buscan cumplir con las condiciones establecidas por la norma, al objeto de que la actividad de arrendamiento pueda calificarse como ejercicio de una actividad empresarial, con la exclusiva finalidad de tener acceso a la exención en el ISD. Si ello además se vincula a que la afectación de bienes inmuebles a la empresa familiar supone obtener importantes reducciones (del 95% del valor de los bienes afectos) en la tributación de las transmisiones lucrativas tanto *mortis causa* (sucesión) como *inter vivos* (donación) en el ISD, la magnitud del problema se agranda.

Derivados de esta tendencia o conducta llevada a cabo por los contribuyentes van surgiendo problemas que incrementan los litigios en esta materia. Se trata de problemas que afectan, entre otras cuestiones, a la acreditación de la afectación de los bienes inmuebles en el patrimonio empresarial, a los criterios de separación entre los inmuebles de uso personal o familiar de aquellos que se pueden considerar afectos al ejercicio de una actividad, a la discusión sobre si la estructura mínima exigida literalmente por la norma es condición suficiente para concluir sobre la existencia del desarrollo de una actividad empresarial o si adicionalmente debe exigirse —para que pueda predicarse la existencia de dicha actividad— que esa mínima estructura resulta realmente necesaria, es decir, manifieste una lógica correlación o proporcionalidad con los activos que son realmente explotados, con el volumen de las operaciones o, en su caso, con los demás parámetros económicos y financieros que se hallen relacionados con la explotación de los inmuebles. En muchas ocasiones incluso se apunta si tal vez debieran ser otras las variables a observar, o en su caso a adicionar a las existentes (por ejemplo, un número mínimo de inmuebles), al objeto de garantizar la seguridad jurídica de los contribuyentes para determinar cuándo —por la actividad de arrendamiento— realizan o no el ejercicio de una actividad empresarial.

#### 3.1.2.2.1.1 Bienes inmuebles arrendados al margen del ejercicio de una actividad empresarial

Los bienes inmuebles arrendados que no se hallan afectos al ejercicio de una actividad empresarial se integran en la base imponible del IP por el mayor valor de los tres siguientes: el valor de adquisición, el valor comprobado administrativamente o el valor catastral del inmueble. Respecto de dicha valoración no existe ninguna exención o reducción a practicar, salvo la establecida por la Ley de Arrendamientos Urbanos que contiene una regla especial de valoración para las viviendas y locales de negocio cuyo contrato de alquiler haya sido celebrado antes del 9 de mayo de 1985, y que resulta aplicable en la medida que dicho contrato subsista al tiempo del devengo del impuesto (31 de diciembre). En este supuesto, el inmueble puede ser valorado por la cuantía que resulte menor de entre las dos siguientes:

- la proporcionada por la aplicación de las reglas de valoración generales de la Ley del IP (expuesta anteriormente); y
- el resultado de capitalizar al 4% la renta anual devengada durante el año al que la declaración se refiere.

### 3.1.2.2.1.2 Bienes inmuebles arrendados a través del ejercicio de una actividad empresarial

En el IP, al objeto de incentivar la inversión en pequeñas y medianas empresas, se declaran exentos del impuesto los útiles de trabajo y las participaciones en entidades, siempre que reúnan los requisitos y condiciones que se mencionan seguidamente, los cuales han de referirse también al momento del devengo del impuesto.

- A) En particular, quedan exentos de tributación los bienes y derechos de las personas físicas necesarios para el desarrollo de su actividad empresarial o profesional. Para ello es preciso que la actividad constituya la principal fuente de renta del sujeto pasivo, y que éste la ejerza de modo habitual, personal y directo<sup>5</sup>.

También están exentos los bienes y derechos comunes a los dos miembros del matrimonio cuando se utilicen en el desarrollo de la actividad empresarial o profesional de cualquiera de los cónyuges, siempre que se cumplan los requisitos antes indicados.

En la aplicación de la exención ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

- a) Se consideran actividades empresariales o profesionales las que tengan naturaleza de actividad económica con arreglo a las normas del IRPF. En especial, en relación con el arrendamiento de inmuebles, cuando verifiquen las condiciones establecidas en el art. 27.2 de la Ley del IRPF. Hay que señalar que este precepto exige en su literalidad que se manifiesten dos requisitos, por un lado, tener una persona empleada a jornada completa dedicada a la gestión de la actividad de arrendamiento y, por otro, disponer de un local afecto exclusivamente al desarrollo de dicha explotación.
- b) Son bienes y derechos afectos aquellos que, con independencia de su titularidad (exclusiva del sujeto pasivo o compartida con el cónyuge), se utilicen para los fines de la actividad.
- c) La exención puede ser aplicada:

---

<sup>5</sup> Debemos destacar que esta exigencia hace que, por ejemplo, una persona jubilada que perciba una pensión de jubilación, aún siendo titular de la actividad y soportando su riesgo y ventura, no pueda gozar de esta exención, en la medida que el cobro de dicha pensión se muestra como incompatible con el ejercicio habitual, personal y directo de una actividad económica.

- Por el sujeto pasivo que ejerza la actividad con habitualidad y de forma personal y directa, y siempre que constituya su principal fuente de renta. Esta última condición se verifica cuando al menos el 50% de su base imponible del IRPF proceda de los rendimientos netos de dicha actividad.
- Por el cónyuge del sujeto pasivo, cuando los bienes afectos sean comunes a ambos.

A estos efectos, el valor de los bienes y derechos que se consideraran exentos se determina conforme a las normas generales aplicables a los inmuebles no afectos, pudiendo en su caso minorarse dicho valor en el importe de las deudas que recaigan sobre ellos.

Así pues, y en síntesis, para gozar de esta exención se necesita acreditar la existencia de una estructura mínima organizativa (personal y local, a la que nos hemos referido anteriormente), a la vez que debe quedar justificado por el contribuyente el ejercicio habitual, personal y directo de la actividad.

B) Gozan de exención la plena propiedad, la nuda propiedad y el derecho de usufructo vitalicio sobre las participaciones en entidades, con o sin cotización en mercados organizados, siempre que se cumplan cada uno de los requisitos indicados a continuación:

1) El sujeto pasivo titular, debe:

- a) Tener un porcentaje de participación igual o superior al 5% del capital<sup>6</sup>. Este porcentaje se eleva al 20% cuando se computa junto con su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado (grupo de parentesco), con independencia de que el parentesco lo sea por consanguinidad, afinidad o adopción.

---

<sup>6</sup> El grado de participación mínimo requerido ha de alcanzarse mediante participación directa en la entidad, impidiéndose que pueda cubrirse a través de participaciones indirectas.

- b) Ejercer efectivamente funciones de dirección<sup>7</sup> en la participada y percibir por ello una retribución que represente más de un 50% del total de sus rendimientos de trabajo y de actividades económicas, sin computar los rendimientos de la actividad empresarial cuyos bienes y derechos afectos disfruten de la exención del IP. Cuando la participación en la entidad es conjunta con alguna o algunas personas pertenecientes al grupo de parentesco, las funciones de dirección y sus remuneraciones derivadas deben de cumplirse al menos en una de las personas del citado grupo, sin perjuicio de que todas ellas tengan derecho a la exención.
  - c) Cuando un mismo titular participe en varias entidades, cumpliendo los restantes requisitos de la exención, el cómputo del porcentaje de participación ha de efectuarse de forma separada para cada una de ellas, sin incluirse en el cálculo del porcentaje de la retribución los rendimientos de las funciones de dirección en las otras entidades.
- 2) La entidad participada, sea o no societaria, no puede tener por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. Se entiende que una entidad gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario, y que, por lo tanto, no realiza una actividad económica, cuando durante más de 90 días del ejercicio social más de la mitad de su activo está constituido por valores o no está afecto a actividades económicas.

Conviene apuntar para este supuesto de exención que, por ejemplo, sin un fundamento legal que lo justifique, la DGT señala que la exención no resulta aplicable a los sujetos pasivos por obligación real, pero que, sin embargo, sí resulta aplicable a la titularidad por un sujeto pasivo por obligación personal de participaciones en sociedades en el extranjero.

Por lo que se refiere al importe de la exención aplicable al valor de las participaciones, este será el que derive del siguiente cálculo:

Valor de las participaciones (según normas del IP)  $\times$  [(valor de los activos afectos - deudas de la actividad) / valor del patrimonio neto de la entidad].

---

<sup>7</sup> Dentro de las funciones de dirección se incluyen los cargos de presidente, director general, gerente, administrador, director de departamento, consejero o miembro del consejo de administración u órgano equivalente, cuando impliquen una efectiva intervención en las decisiones de la entidad, resultando necesario que exista un vínculo directo entre la entidad participada y la persona que ejerce las funciones directivas manifestados mediante el oportuno contrato o nombramiento.

### *3.1.2.2 Sobre la posible conveniencia y eficacia de una exención para la puesta de inmuebles en alquiler*

No cabe ninguna duda de que el planteamiento general de distinguir entre la tributación de los bienes afectos al ejercicio de una actividad empresarial —concediéndoles la exención en el IP— de aquellos que no lo están se mueve en el marco de un propósito del todo necesario, consistente en rebajar la tributación que recae sobre el tejido productivo conformado por la pequeña y mediana empresa, fundamentalmente empresas familiares, embrión básico de la generación de empleo en nuestro país.

Sin embargo, por muchas condiciones, requisitos o circunstancias que deban cumplirse, mientras exista esta diferenciación de tratamiento no dejarán de proliferar las situaciones en las que las actividades de arrendamiento se enmascaren en la supuesta existencia de una estructura empresarial, o que se interpongan sociedades patrimoniales a la mera tenencia de bienes efectuada por particulares, y a través de las cuales se busque cumplir con los requisitos que permiten aplicar la exención, por lo que cabe preguntarse sobre la conveniencia y eficacia que podría tener la aplicación de una exención total o parcial en el impuesto que pudiese afectar a los bienes inmuebles que se hallen explotados en régimen de arrendamiento, con un carácter más objetivo que el que deriva de la situación actual.

El hecho de poder predicar una exención, total o parcial —en este caso, por ejemplo, aplicando un cierto porcentaje del valor total, o limitando el valor total de la exención que se puede llegar a alcanzar—, para los inmuebles que se encuentren arrendados en el momento del devengo del IP, con independencia de la afectación o no a una estructura empresarial, debería ser considerado por los siguientes argumentos:

- Porque en buena lógica no parece que deba ser la misma la tributación de un bien inmueble arrendado que aquella que deba corresponder a un bien inmueble ocioso, que simplemente está a disposición del propietario o que se encuentra sin utilización, pues la función económica que uno y otro suponen es muy distinta.



- Porque la aplicación de una exención a los bienes inmuebles arrendados favorecería la ampliación del mercado de inmuebles de alquiler, especialmente el referido a la vivienda, pues los locales, por naturaleza, siempre se adquieren para ser arrendados.
- Porque de esta manera podría evitarse la creación de estructuras organizativas ficticias en aquellos contribuyentes que tienen en arrendamiento un pequeño número de inmuebles. Desaparecerían así varias de las discusiones relativas a cuando debe considerarse la actividad de arrendamiento una actividad empresarial, como, por ejemplo, la necesidad de requerir la existencia de persona y local en casos que parece no resultar necesario por la falta de correlación de la estructura con el volumen de negocio que genera la explotación de estos bienes. En este supuesto, la afectación de los inmuebles y el derecho a su exención se acreditaría por la mera justificación documental del arrendamiento. Por otro lado, la experiencia demuestra que, cuando el montante de los bienes inmuebles en situación de arrendamiento es elevado, las discusiones sobre la necesidad de estructura se diluyen y aparecen estructuras empresariales necesarias, normalmente societarias, que sí constituyen a todas luces verdaderas actividades empresariales y que, por lo general, con la norma actual gozan de exención. Así pues, en la práctica constituiría una medida que beneficiaría a los patrimonios inmobiliarios con número de inmuebles no demasiado relevante, en la medida que dichos inmuebles sí estuvieran alquilados.
- Porque se simplificaría la tributación en el IP. Para este tipo de exención ya no resultaría necesario exigir el cumplimiento de requisitos adicionales, los cuales sí son solicitados, en buena lógica, para el caso de desarrollo de auténticas actividades empresariales; por ejemplo, que los rendimientos derivados del ejercicio de tales actividades deben suponer más de un 50% del total de las rentas que obtenga el contribuyente.
- Desde el punto de vista de la exención de las participaciones, simplemente se trataría de considerar en cualquier caso afectos al ejercicio de actividades empresariales cualesquiera inmuebles que figurasen en el activo de la entidad y se encontraran arrendados a fecha de devengo del impuesto.

- Esta medida, por otro lado, permitiría tender a una cierta convergencia, que nos parece necesaria, con otros impuestos, por ejemplo, el IVA. Este impuesto trata al arrendamiento como “actividad empresarial” en cualquier caso, sin distinguir o reclamar la existencia de una estructura organizativa más que puntualmente y a los efectos de limitar la aplicación para estas actividades de determinados beneficios fiscales, por ejemplo, el de impedir la aplicación del supuesto de no sujeción a la transmisión de una unidad económica autónoma (rama de actividad) cuando dicha transmisión pueda afectar a inmuebles arrendados.
- Porque se trata de una medida tendente a la protección del ahorro (versus estímulo de la inversión) cuando éste ha sido canalizado a través de la adquisición de bienes productivos como lo son los bienes inmuebles que se encuentran arrendados. Por otro lado, podría favorecer la simplicidad en la planificación familiar de muchos contribuyentes siempre y cuando esta medida fuera acompañada de modificaciones en el mismo sentido en el ISD.

Como argumentos contrarios a la instauración de esta medida, debemos mencionar no sólo que supondría un nuevo supuesto que atenta al principio de equidad de una manera muy clara, al dejarse de gravar la capacidad de pago adicional que la posesión del patrimonio supone, sino también que se vería ampliamente afectada la recaudación del impuesto, lo que en momentos como los actuales resulta difícil de aceptar. Sin embargo, tratándose del IP y con los déficits en el cumplimiento de los fines que este impuesto tenía inicialmente previstos, no parecen ser razones suficientes para negar de entrada la posibilidad de predicar la existencia de esta exención.

Alternativamente a la propuesta anterior cabrían todo tipo de posibilidades en referencia a la delimitación del alcance de la exención, es decir, para el caso de que el arrendamiento no constituyese una verdadera actividad empresarial: (i) ésta podría ser total o parcial (limitada a un valor máximo de los inmuebles arrendados), (ii) la exención podría predicarse no respecto a la totalidad de inmuebles alquilados, sino únicamente en referencia a los inmuebles destinados al arrendamiento como vivienda, en cuyo caso se trataría de una exención a determinar inmueble por inmueble, (iii) podría instrumentarse como una exención aplicable exclusivamente a los inmuebles arrendados como vivienda hasta un límite máximo de valor

exento, etc. Ahora bien, conviene señalar que todo lo que no fuera un tratamiento generalizado del goce de la exención volvería de nuevo a generar cierta complejidad en la aplicación del impuesto y presumiblemente unos resultados prácticos no deseados.

Finalmente, de manera adicional a las ideas que exponemos, no podemos terminar sin señalar que nos parece criticable que en la actualidad no se hayan previsto, como medidas complementarias a los diferentes estímulos al arrendamiento de vivienda introducidos en el IRPF, medidas como la reducción del 100% del rendimiento neto derivado del arrendamiento de viviendas a menores de 30 años, la exención en el IP para este tipo de inmuebles arrendados a jóvenes, o la exención plena, y no una diferente forma de valoración, para aquellos inmuebles que se encuentran arrendados en prórroga forzosa a unos precios muy bajos y en los que el gravamen en el IP atenta gravemente al principio de no confiscación constitucionalmente protegido, medidas éstas que deberían propugnarse con independencia de la existencia de un tratamiento de exención más homogéneo, como el que aquí se propone.

### *3.1.3 IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES*

#### **3.1.3.1 Tratamiento de la actividad inmobiliaria en el régimen general del IS**

La legislación del IS incluye, como es sabido, dos regímenes especiales que afectan específicamente a la actividad de explotación de inmuebles, como son el de las SOCIMI y el de las entidades de arrendamiento de viviendas.

No obstante, dichos regímenes no agotan, por su especificidad subjetiva, la problemática de la actividad inmobiliaria, siendo de interés para nuestro análisis los aspectos propios de la normativa general del impuesto que abordamos a continuación, con especial énfasis en aquellos que consideramos más relevantes o susceptibles de mejora.

##### *3.1.3.1.1 Venta y reinversión de inmovilizado*

El aspecto más relevante del tratamiento fiscal de la venta de inversiones inmobiliarias se concreta en el régimen de la deducción por reinversión contenido en el artículo 42 de la Ley del IS, que constituye, en cierto modo, a la vez, un mecanismo de tributación reducida de beneficios extraordinarios y un incentivo a la inversión, único incentivo a la inversión existente, por otra parte, en la actual normativa general del impuesto, una vez derogada la libertad de amortización.

La importancia de atender a esos dos objetivos que, de un modo u otro, han sido siempre contemplados en la legislación del IS (habitualmente en términos más favorables para el contribuyente que los actuales), exigiría un tratamiento operativo acorde con ellos, mediante unos parámetros coherentes y no controvertibles, pudiendo por otra parte plantearse, en particular, si dichos parámetros son un incentivo adecuado para la inversión inmobiliaria o, dicho de otra manera, si esa actividad es merecedora de un mejor tratamiento, más allá del estrecho ámbito de los regímenes específicos arriba mencionados.

El artículo 42 de la Ley del IS contempla la aplicación de una deducción del 12% (que conduce a una tributación a un tipo efectivo del 18%) para la venta de inmovilizado que sea objeto de reinversión, en los siguientes términos:

- Los elementos transmitidos deben ser *“los que hayan pertenecido al inmovilizado material, intangible o inversiones inmobiliarias afectos a actividades económicas que hubiesen estado en funcionamiento al menos un año dentro de los tres años anteriores a la transmisión”*.
- Los elementos objeto de la reinversión habrán de ser *“los pertenecientes al inmovilizado material, intangible o inversiones inmobiliarias afectos a actividades económicas cuya entrada en funcionamiento se realice dentro del plazo de reinversión”*.

Por consiguiente, el régimen es aplicable a las plusvalías obtenidas en la transmisión de ciertos inmuebles, y la reinversión puede ser igualmente materializada en bienes de esa naturaleza (aunque los elementos transmitidos fueran de otra distinta), lo que constituye un incentivo fiscal no despreciable a la inversión en inmuebles. No obstante, la aplicación práctica de este régimen a la inversión inmobiliaria plantea algunos aspectos dudosos, como son la naturaleza contable del elemento, el requisito de afectación y el cómputo de las fechas relevantes, dudas que convendría subsanar para hacer más operativo el incentivo fiscal.

La naturaleza contable de los elementos, en ambos casos, está específicamente señalada en la norma referida, que menciona el inmovilizado material, el intangible y las inversiones inmobiliarias (la nueva partida contable incorporada en el PGC). Los términos literales de la norma, y la doctrina de la DGT, nos conducen a identificar estas categorías contables en los precisos términos definidos por el PGC, debiendo advertirse que, en puridad, habrán de

prevalecer las pautas de la norma contable por encima de lo que la sociedad haya practicado en su contabilidad, si ésta no es correcta.

Pues bien, conforme al artículo 53.1 del Código de Comercio, la adscripción de los elementos patrimoniales, entre activo fijo o no corriente y activo circulante o corriente, “*se realizará en función de su afectación*”, estableciéndose que el activo corriente “*comprenderá los elementos del patrimonio que se espera vender, consumir o realizar en el transcurso del ciclo normal de explotación, así como, con carácter general, aquellas partidas cuyo vencimiento, enajenación o realización, se espera que se produzca en un plazo máximo de un año contado partir de la fecha de cierre de ejercicio*”.

En términos similares se expresan las Normas de Elaboración de las Cuentas Anuales del PGC, que especifican que “*a estos efectos se entiende por ciclo normal de explotación el periodo de tiempo que transcurre entre la adquisición de los activos que se incorporan al proceso productivo y la realización de los productos*”, y añaden que “*cuando el ciclo normal de explotación no resulte claramente identificable, se asumirá que es de un año*”. Nada impide, en todo caso, la contabilización como existencias de elementos con un ciclo de explotación identificable superior al año, como ocurre con la promoción inmobiliaria (así, las propias normas de valoración del PGC establecen la inclusión de gastos financieros como coste de producción en las “*existencias que necesiten un periodo de tiempo superior a un año para estar en condiciones de ser vendidas*”).

Por su parte, las Normas de Adaptación del Plan General de Contabilidad a las Empresas Inmobiliarias (aprobadas bajo el Plan General de Contabilidad anterior, pero vigentes en lo que no se opongan al PGC) desglosan las obras en curso de construcción “*de ciclo largo*” y estipulan que “*los terrenos solares y edificaciones que la empresa inmobiliaria decida destinar al arrendamiento o al uso propio figurarán en el epígrafe.... del activo del balance, inmovilizaciones materiales*”.

Por consiguiente, como primer criterio, la norma contable considera relevante la “*afectación*” del inmueble, entendiendo por afectación la decisión de destinarlo al uso propio o al arrendamiento. Ciertamente, esa “*decisión*” podría entrañar dudas sobre su prueba, que, sin embargo, en el asunto que nos ocupa, no deberían ser tan relevantes, dado que la norma exige

asimismo requisitos de “funcionamiento” que exigen, de por sí, la materialización de esa decisión.

En particular, los elementos transmitidos deben haber estado en funcionamiento (arrendados o destinados al uso propio) al menos un año dentro de los tres anteriores a la transmisión. Por su parte, los elementos en los que se reinvierte deben entrar en funcionamiento, esto es, arrendarse o utilizados en uso propio, dentro del plazo de reinversión. Por consiguiente, dado que la afectación debe producirse de hecho en unos plazos determinados, tal circunstancia debe ser clarificadora.

Bajo ese mismo enfoque temporal cabría analizar el caso de los “activos no corrientes mantenidos para la venta”, nueva categoría contable establecida por el PGC, que podría plantear ciertas dudas. Según la norma de registro y valoración séptima del PGC, la empresa recogerá en dicho epígrafe, básicamente, los activos disponibles para una venta inmediata, que se considere altamente probable en el plazo de un año. En estos casos, la reclasificación de un inmueble previamente clasificado como activo no corriente a esta nueva cuenta de activo no corriente determinaría su exclusión de las partidas de “*inmovilizado material*” e “*inversiones inmobiliarias*” exigidas para los elementos patrimoniales transmitidos. Sin embargo, por encima de esa contradicción del requisito literal, debe observarse que la propia norma exige sólo que “*hayan pertenecido*” a esas categorías contables, lo que unido al requisito del año dentro de los tres, permite concluir que la mera reclasificación en el último año después de, por ejemplo, dos años de uso en arrendamiento, no debe ser óbice para la aplicación de la deducción.

En definitiva, ese requisito de utilización efectiva en unos plazos determinados debería resolver las dudas en la interpretación de conceptos controvertidos como el de afectación o el de una mera “decisión”. No obstante, no está claro que esto sea así, en la medida en que puede interpretarse, y tal parece ser la doctrina administrativa, que el requisito de ser elementos “*afectos a actividades económicas*”, contenido en la norma tanto para el elemento transmitido como para el objeto de reinversión, implica unos requisitos que van más allá de esa utilización efectiva en unos plazos determinados. En ese sentido, se interpreta que el término “*afecto a actividad económica*”, no definido en la propia legislación del IS, debe entenderse en el sentido que se le atribuye, a otros efectos, en la Ley del IRPF. En particular, el artículo 29 de

la Ley del IRPF considera elementos patrimoniales afectos a una actividad económica, entre otros, “*los bienes inmuebles en los que se desarrolla la actividad del contribuyente*”, o también “*cualesquiera otros elementos patrimoniales que sean necesarios para la obtención de los respectivos rendimientos*”. Conforme a esta norma, la utilización efectiva (la obtención de rendimientos) debería ser suficiente. Sin embargo, la norma específica del artículo 27.2 de la Ley del IRPF, referida al arrendamiento de inmuebles, introduce los requisitos adicionales del local exclusivamente destinado a la gestión de la actividad y la persona empleada con jornada completa.

Pues bien, la doctrina administrativa, en numerosas consultas de la Dirección General de Tributos, se ha inclinado por la interpretación más restrictiva, exigiendo el cumplimiento de los requisitos del artículo 27.2 LIRPF para la consideración de activos afectos acogibles a la deducción por reinversión. Sin embargo, la aplicación práctica de tal criterio a supuestos concretos ha planteado considerables controversias, con pronunciamientos contradictorios incluso dentro del ámbito administrativo, controversias en las que subyace el escaso sentido de aplicar en el ámbito societario un requisito que, por su carácter en cierto modo indiciario, sólo encuentra justificación en el ámbito de la persona física, que es el que el legislador ciertamente le atribuyó.

No pudiendo ignorarse la trascendencia de la doctrina administrativa existente, consideramos cuestionable, en un plano teórico, la exigencia de los requisitos del artículo 27.2 de la Ley del IRPF por un doble motivo. En primer lugar, porque la propia normativa del Impuesto sobre Sociedades no se encuentra tan carente de pautas para delimitar o interpretar el requisito de afección sin tener que acudir a la norma de otro impuesto, establecida para fines distintos, y en un ámbito muy distinto; y en segundo lugar, porque la remisión a una norma tan controvertible siembra de incertidumbre el legítimo derecho a la deducción. A este respecto, entendemos que, si para obviar la necesidad de la remisión a la Ley del IRPF, fuera preciso un cambio en los términos literales del artículo 42 de la Ley del IS, sería conveniente proceder a ello, para que el incentivo fiscal pueda atender a sus fines, obviando la inseguridad jurídica que puede perjudicar su aplicación. Incluso si el legislador observara en ello una posible extensión del incentivo más allá de lo deseable, sería preferible, a nuestro juicio, reconfigurar los parámetros temporales, antes que dejar el incentivo sujeto a un requisito de dudoso



sentido. No olvidemos que la deducción por reinversión no deja de ser el único incentivo inversor significativo, existente en la actual legislación general del IS, de modo que no es en absoluto despreciable el objetivo de que sus contornos ofrezcan la mayor seguridad jurídica.

Siendo en definitiva relevantes los parámetros temporales, también cabe hacer una valoración sobre los actualmente vigentes. El requisito de reinversión dentro del plazo de tres años, pese a parecer *prima facie* suficiente, plantea ciertas cuestiones para la inversión inmobiliaria, dada la exigencia de tiempo que, por su naturaleza, implica.

De entrada, se plantean dudas interpretativas al combinar dos reglas contenidas en el precepto. Por un lado, la ya apuntada consistente en que el bien en el que se materializa la inversión debe entrar en funcionamiento dentro del plazo de tres años. Por otro, el apartado 6.b) del artículo 42, que establece que “*la reinversión se entenderá efectuada en la fecha en que se produzca la puesta a disposición de los elementos patrimoniales en que se materialice*”. ¿Es suficiente la puesta a disposición o se requiere la entrada efectiva en funcionamiento? La duda extiende su alcance si consideramos la doctrina administrativa según la cual, cuando las certificaciones de obra contractualmente suponen la entrega de unidades de obra ejecutadas, dichas certificaciones determinan la puesta a disposición de esa unidad de obra, entendiéndose por tanto que cada certificación de obra es apta para la materialización de una parte de la inversión (DGT 0852-04). Aunque no parece que dicha apreciación pueda conducir pacíficamente a considerar cumplido el requisito temporal con certificaciones parciales de obra, dado que ni la consulta en cuestión llega a tal conclusión (al subrayar la prevalencia del requisito de afectación) ni el texto legal vigente en el momento de consulta es el actual, no deja de resultar incierto el sentido del párrafo 6 b), como no sea su aplicación a elementos distintos de las ejecuciones de obra, o la aplicación de una deducción condicionada a un requisito posterior, en conexión con el apartado 6.c), conforme a lo cual la deducción se practicaría en el ejercicio en que se efectúe la reinversión, condicionada a la posterior entrada en funcionamiento dentro del límite de los tres años, enfoques ambos que tampoco se acogen en la doctrina administrativa.

También pueden existir dudas en torno al término *entrada en funcionamiento*. A este respecto, el requisito de haber estado en funcionamiento exigido para el elemento transmitido que la doctrina administrativa interpreta como una utilización efectiva (lo que parece



consistente), no se interpreta, sin embargo, del mismo modo a los efectos de determinar el cumplimiento del requisito temporal exigido al elemento objeto de la reinversión. Así, la mencionada consulta DGT 0852-04, considera que la entrada en funcionamiento del elemento adquirido, consistente en una edificación, se produce “*cuando se emite la correspondiente licencia de primera ocupación*”, criterio que, en todo caso, parece controvertido.

En definitiva, consideramos que, sin perjuicio de que el propio texto legal y ciertos precedentes pudieran apoyar una interpretación flexible del requisito de entrada en funcionamiento para el inmueble objeto de reinversión, el hecho es que cuanto menos flexible sea la interpretación y, en particular, si se exigiera la explotación con generación de ingresos o aplicación efectiva al proceso productivo dentro de los tres años, existiría un perjuicio para la aplicación de este incentivo fiscal a la inversión inmobiliaria, dado que el período de ejecución de la inversión, unido a los propios tiempos de estudio y tramitación legal, obligarían a un inicio del proceso de modo inmediato a la transmisión inicial, en clara desventaja comparativa respecto a otro tipo de inversiones, lo que haría aconsejable un tratamiento específico para la inversión inmobiliaria.

A este respecto, la solución que plantea la ley para esta problemática, que sería la de los planes de reinversión, tampoco resulta totalmente satisfactoria. En este sentido, el apartado 6.a) del artículo 42 de la Ley del IS establece que la reinversión deberá realizarse entre el año anterior a la puesta a disposición del elemento patrimonial transmitido y los tres años posteriores, o “*excepcionalmente, de acuerdo con un plan especial de reinversión aprobado por la Administración Tributaria a propuesta del sujeto pasivo*”. Asimismo, el apartado 9 establece que los planes podrán presentarse “*cuando se pruebe que, por sus características técnicas, la inversión o su entrada en funcionamiento deban efectuarse necesariamente en un plazo superior al previsto en el apartado 6 de este artículo*”.

Sin perjuicio de que esa exigencia de una necesidad técnica se pueda interpretar razonablemente dentro de la discrecionalidad propia del procedimiento, mayor dificultad práctica presenta el cumplimiento de los estrechos requisitos temporales que se han establecido reglamentariamente. Así, conforme al artículo 39 del Reglamento del Impuesto, los planes habrán de presentarse, según el caso, dentro del plazo comprendido entre alguno de estos tres límites: (a) los seis meses contados desde la transmisión, (b) los seis meses

anteriores a la fecha en que se prevé realizar la transmisión o (c) los seis meses anteriores a la fecha en que se prevé realizar o iniciar la inversión anticipada, debiendo en los casos b) y c) realizarse o iniciarse la inversión en los seis meses posteriores a la aprobación del plan. Se trata, ciertamente, de unos plazos que, comparados con el período de reinversión de tres años, parecen innecesariamente estrechos, y obligan, en definitiva, a una toma de decisión en unos límites temporales distintos a los concedidos a otros tipos de inversión, como si la inversión inmobiliaria mereciera un mayor rigor, lo que resulta a nuestro juicio innecesario y, en última instancia, perjudicial para el correcto ejercicio del incentivo fiscal.

#### *3.1.3.1.2 Amortización y deterioro*

La legislación del IS en materia de amortizaciones y de deterioros de valor contiene muy escasas especificidades en relación con las inversiones en inmuebles, pese a lo cual resultan relevantes algunas observaciones.

Sin perjuicio del régimen especial de los contratos de arrendamiento financiero, el criterio habitual de amortización de bienes inmuebles es el de la aplicación de las tablas oficiales de amortización lineal, estando expresamente excluida por la ley la posibilidad de utilizar los criterios no lineales (porcentaje constante o números dígitos).

Es relevante el criterio de amortización de bienes usados, para los cuales el reglamento recoge un procedimiento de cálculo ciertamente rígido, en función del precio de adquisición o coste de producción originario, que incurre en la imprecisión de tratar de igual modo situaciones muy distintas, conduciendo a resultados que podrían contrariar la depreciación efectiva del bien. Esto, aunque en principio no implicaría incumplir la norma fiscal, podría plantear un problema de inscripción contable que, indirectamente, sí perjudicaría la deducibilidad de la cuota de amortización, asunto que debe ser observado por la empresa y sobre el cual se requeriría una mayor especificidad de la norma, pensando en activos de largas vidas útiles. En este punto, la precisión contenida en el RIS para atender a esa especificidad, consistente en excluir del régimen de bienes usados a los edificios cuya antigüedad sea inferior a diez años, no parece suficiente.

Mención especial requiere la aplicación de los regímenes de libertad de amortización, debiendo subrayarse el perjuicio que ha supuesto la derogación en 2012 del régimen de

libertad de amortización aplicable a la generalidad de los sujetos pasivos, que era igualmente aplicable para la inversión inmobiliaria, ya fuera en inmuebles nuevos, ya en obras de mejora, lo que constituía un importante incentivo fiscal, cuya recuperación, para fines tal vez más específicos, cabría estudiar, con la modulación que se estime conveniente, pensando en particular en el incentivo de una actividad, que en la fecha precisamente de derogación de dicha norma sufre las graves dificultades conocidas.

En el momento actual, no deja de ser contradictorio que la inversión en inmuebles usados, por mor de la aplicación del régimen antes mencionado (que puede resultar especialmente beneficioso en un contexto como el actual de precios originarios altos), pueda resultar fiscalmente más provechosa que la construcción o rehabilitación nueva, que el legislador había considerado prioritaria cuando concedió la hoy derogada libertad de amortización. En este asunto, en definitiva, hay un amplio margen para incorporar regímenes de amortización más atractivos, que, superando el principio de inscripción contable, incluyan los parámetros necesarios para evitar un abuso del incentivo.

En relación con el tratamiento fiscal de las provisiones por deterioro, la escasa concreción de la normativa aplicable es potencialmente generadora de controversias que pueden crecer en la actual situación de caída de valor de los activos inmobiliarios.

Como principio general, recordemos que la Ley del IS no contiene precepto expreso alguno en relación con las provisiones por deterioro sobre inmuebles, de ninguna clase (ni los clasificados como activo corriente ni los activos no corrientes). A falta de norma fiscal expresa, es aplicable el artículo 10.3 de la Ley del IS, conforme al cual la base imponible se calculará a partir del *“resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas”*.

Por consiguiente, serán deducibles las provisiones por deterioro que sean correctas desde el punto de vista de la normativa aplicable. A este respecto, debe recordarse que, en virtud del artículo 143 de la Ley del IS, la Administración Tributaria está facultada para cuestionar los criterios contables seguidos por la empresa si considera que no se adecúan a la correcta aplicación de dicha norma contable.

Las normas cuyo cumplimiento debe justificar el contribuyente a la inspección son, de entrada, el artículo 39 del Código de Comercio, conforme al cual se establece para los activos no corrientes cuya vida útil no esté temporalmente limitada que *“cuando se produzca el deterioro de esos activos se efectuarán las correcciones valorativas necesarias para atribuirles el valor inferior que les corresponda en la fecha de cierre del balance”*, y, para los activos corrientes, que *“cuando exista un deterioro en el valor de los activos circulantes o corrientes, se efectuarán las correcciones valorativas necesarias con el fin de atribuir a estos activos el valor inferior de mercado o cualquier otro valor inferior que les corresponda, en virtud de circunstancias especiales, en la fecha de cierre del balance”*.

Asimismo, se establece para ambos que *“la valoración por el valor inferior, en aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores, no podrá mantenerse si las razones que motivaron las correcciones de valor hubieren dejado de existir, salvo cuando deban calificarse como pérdidas irreversibles”*.

Por su parte, el PGC establece, en relación con el inmovilizado material y las inversiones inmobiliarias, que se producirá una pérdida por deterioro *“cuando su valor contable supere a su importe recuperable, entendido éste como el mayor importe entre su valor razonable menos los costes de venta y su valor en uso”*. Se trata de un criterio que va, por tanto, más allá de lo que sería el simple valor de mercado del inmueble, no ya por la estimación de costes de venta, sino por la necesidad de realizar el cálculo del valor en uso, con la complejidad que puede conllevar, pudiendo diferir respecto del valor de mercado en contextos como el actual. El propio ICAC, en contestación a consulta, ha reconocido la posibilidad de una diferencia entre valor en uso y valor razonable, estableciendo que *“la memoria de las cuentas anuales deberá incluir toda la información significativa que justifique la diferencia entre ambos valores”*.

Concretamente, el propio PGC define valor en uso como *“el valor actual de los flujos de efectivo esperados a través de su utilización en el curso normal del negocio y, en su caso, de su enajenación (...) actualizados a un tipo de interés de mercado sin riesgo”*, ponderando asimismo los elementos de riesgo o incertidumbre. Ciertamente, se trata de una definición sujeta a muy distintas interpretaciones, que puede ser generadora de múltiples controversias en comprobación inspectora. Pensemos, por ejemplo, en la determinación de la tasa de interés

*sin riesgo* en un mercado que opera bajo una prima de riesgo país importante, o en el cómputo de los gastos de la financiación directa o indirecta, o en la ponderación de elementos de incertidumbre.

Algo similar ocurre en el caso de los inmuebles considerados activo corriente (existencias). En este caso, el PGC establece que *“cuando el valor neto realizable de las existencias sea inferior a su precio de adquisición o a su coste de producción, se efectuarán las oportunas correcciones valorativas”*, debiendo entenderse por valor neto realizable *“el importe que la empresa puede obtener por su enajenación en el mercado, en el curso normal del negocio, deduciendo los costes necesarios estimados para llevarla a cabo, así como, en el caso de las materias primas y de los productos en curso, los costes estimados necesarios para terminar su producción, construcción o fabricación”*.

En principio, parece que el valor neto realizable sí es un valor más alineado con el valor de mercado, menos controvertido en ese sentido, que lo que podía ser el de “valor en uso”. No obstante, existen matices no despreciables en un contexto como el actual, de previsión de largos plazos de venta, como la estimación de los costes de venta, o los necesarios para finalizar su construcción, en los cuales cabría incluir también los financieros. Asimismo, subrayemos la interpretación que el propio ICAC ha hecho del concepto de valor realizable, al señalar la necesidad de su individualización al caso de la empresa concreta, lo que hace que no haya un único valor de realización objetivo.

No es descartable, ante la incertidumbre fiscal que puede generar este asunto, una solución que pasara por modificar la Ley del IS, para incluir en su artículo 12, como se hace con otros supuestos de activos concretos, unos criterios más específicos, aunque ello signifique una excepción más, quizás justificada, del principio de identidad entre contabilidad y fiscalidad, plasmado en el mencionado artículo 10.3, cuyo valor, con carácter general, no se puede dejar de reconocer. De hacerse así, sería deseable que las normas precisas se inspiraran en criterios comunes a los del PGC, manteniendo en última instancia el principio del artículo 10.3 de la Ley del IS, pero que se reconocieran y presentaran como no necesariamente coincidentes, sirviendo ello para eliminar inseguridad jurídica en el ámbito fiscal, y obviar el sensible problema de que una objeción fiscal pueda colateralmente cuestionar el buen criterio de los administradores de la empresa a la hora de aprobar las cuentas anuales, aspecto que, por otra

parte, perjudica la búsqueda de soluciones al problema vía consulta tributaria, una vía ya de por sí escasamente operativa por razones prácticas en un tema de esta naturaleza.

### *3.1.3.1.3 Gastos financieros*

El RD-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público deroga el régimen de subcapitalización e introduce una limitación general a la deducibilidad de gastos financieros en el artículo 20 de la Ley del IS, por la que los gastos financieros netos son deducibles en el IS con el límite del 30% del beneficio operativo del ejercicio, siendo en todo caso deducibles aquellos gastos financieros netos que no excedan de un millón de euros. La limitación es general y, por tanto, aplica con independencia de que los gastos financieros deriven de deudas con personas o entidades vinculadas o independientes.

Esta limitación se inserta en el paquete de medidas encaminadas a la reducción del déficit público aprobadas por el Gobierno entre 2011 y 2012, cuyo principal objetivo es aumentar la presión fiscal sobre el contribuyente con la finalidad de aumentar los ingresos del Estado. Sin perjuicio de que la situación económica del Estado español exhorta la aprobación de medidas de ajuste, no es menos cierto que medidas fiscales como la analizada en el presente apartado están influyendo negativamente en la inversión en nuestro país. Como punto de partida, creemos que una norma dirigida a limitar la deducibilidad de los gastos financieros de las empresas puede suponer un claro freno a la importación de capitales por nuestro país, al reducir la rentabilidad de las inversiones realizadas a través de una sociedad o un establecimiento permanente situados en España en unas circunstancias económicas muy adversas y una situación de difícil acceso al crédito. Pensamos, por el contrario, que las medidas económicas y tributarias deberían potenciar la inversión internacional en nuestros sectores productivos.

Por otro lado, es importante destacar que la norma resulta de aplicación para los períodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2012. Resulta sorprendente que se apruebe una normativa de tal calado tras el inicio del ejercicio, sin ofrecer un período de adaptación a las empresas a las que le resulta de aplicación. Aunque la nueva limitación deberá tenerse muy presente en la estructuración de futuras operaciones de inversión en España y, en particular, en la definición del ratio de capital y deuda para su financiación (especialmente en las

operaciones de capital riesgo o *private equity*), resulta especialmente gravosa la modificación para aquellas entidades que hayan realizado inversiones apalancadas con retornos a largo plazo durante los últimos ejercicios (como, por ejemplo, en operaciones de compra de inmuebles o en operaciones de *sale and lease back* de sedes corporativas o sucursales de grandes empresas y de entidades financieras), ya que la aprobación de la norma les obligará a revisar sus previsiones financieras, afectando de forma sensible a la rentabilidad esperada en el momento de la conclusión de las operaciones y derivando en ocasiones en la no viabilidad del proyecto.

El tratamiento de los gastos financieros en el IS para la actividad inmobiliaria no contiene ninguna especificidad, pese a lo cual debemos subrayar dos aspectos de su problemática práctica, de importancia significativa para el sector inmobiliario.

#### 3.1.3.1.3.1 La base de cálculo de la limitación: el beneficio operativo del ejercicio o EBITDA

La norma define *beneficio operativo del ejercicio* como el resultado de explotación de la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio, eliminando (i) la amortización del inmovilizado, (ii) la imputación de subvenciones de inmovilizado no financiero y otras, y (iii) el deterioro y resultado por enajenaciones de inmovilizado, y añadiendo los dividendos o participaciones en beneficios procedentes de entidades en las que se mantenga una participación de al menos un 5% o con un coste de adquisición superior a 6 millones de euros, excepto cuando la participación haya sido adquirida con deuda intragrupo cuyos intereses sean no deducibles en virtud de lo dispuesto en el artículo 14.1.h) de la Ley del IS.

El concepto de beneficio operativo del artículo 20 de la Ley del IS se asemeja, por lo tanto, al de EBITDA (*Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation, and Amortization* o beneficio antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones), con determinados ajustes.

En este punto, interesa destacar que la eliminación del concepto de beneficio operativo de los resultados por enajenaciones de inmovilizado está suponiendo un grave problema para las inversiones en nuestro país (en muchas ocasiones realizadas por inversores internacionales), ya que el hecho de que las entidades no puedan utilizar los gastos financieros no deducidos en años anteriores para compensar las plusvalías derivadas de ventas de inmovilizado en la



desinversión (como en el cálculo del beneficio operativo se excluyen los resultados por enajenaciones de inmovilizado, el beneficio operativo —y, en consecuencia, la deducibilidad de gastos financieros— no aumenta con la venta de los activos inmovilizados de la sociedad) supone en la práctica que un ajuste llamado a ser temporal<sup>8</sup> se convierta en definitivo para aquellas sociedades vehículo cuyo objeto a medio o largo plazo sea la obtención de plusvalías derivada de la compra y venta de un activo determinado<sup>9</sup>.

Esta problemática (que, en la práctica, está afectando a la viabilidad de inversiones en inmovilizado en España) se ha visto paliada con la introducción de la exclusión de la limitación en el período impositivo en que se produzca la extinción de la entidad. Sin embargo, la no exclusión de los resultados por enajenaciones de inmovilizado en el cálculo del beneficio operativo del ejercicio evitaría que en el futuro se produjesen situaciones anómalas y de difícil encaje con la gestión regular de una empresa, como la extinción de sociedades en el año de venta de sus activos o como el uso de sociedades individuales para la adquisición de activos independientes con el único fin de compensar las eventuales plusvalías con los gastos financieros pendientes de deducir en años anteriores en el año de la venta del activo (y subsiguiente disolución de la entidad). Creemos que en un momento en el que es prioritario para la economía nacional dar salida al *stock* inmobiliario deberían eliminarse o modificarse todas aquellas normas con un efecto desincentivador a este respecto.

#### 3.1.3.1.3.2 Coste financiero del proceso constructor

Conforme al PGC (cuyo criterios coinciden sustancialmente con los de las Normas de Adaptación del anterior PGC a las Empresas Inmobiliarias, que siguen siendo aplicables en

---

<sup>8</sup> La exposición de motivos del RD-ley 12/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, establece que la “*limitación general en la deducción de gastos financieros [...] se convierte en la práctica en una regla de imputación temporal específica, permitiendo la deducción en ejercicios futuros de manera similar a la compensación de bases imponibles negativas*”.

<sup>9</sup> Imaginemos una sociedad que adquiere en el año  $n$  un inmueble financiándose parcialmente con una deuda que genera unos intereses anuales de 1.500.000 euros sin que su beneficio operativo sea suficiente para deducirse intereses por una cantidad mayor a un millón de euros. Si la sociedad vende el inmueble en el año  $n+4$  obteniendo una plusvalía de 15.000.000 de euros, la sociedad debería tener un beneficio operativo suficiente como para deducirse los gastos financieros que hayan resultado no deducibles entre el año  $n$  y el año  $n+4$  (2.500.000 euros), ya que el 30% de 15.000.000 de euros son 4.500.000 euros. Sin embargo, la eliminación del concepto de beneficio operativo de los resultados por enajenaciones de inmovilizado le impediría deducir esos gastos pendientes, convirtiendo la limitación en definitiva si la sociedad decide no proseguir con sus actividades.



tanto no se opongan al nuevo PGC), los gastos financieros realizados dentro del período de construcción del inmueble son considerados un mayor coste de producción. A este respecto, para el inmovilizado material y las inversiones inmobiliarias, se establece que *“en los inmovilizados que necesiten un periodo de tiempo superior a un año para estar en condiciones de uso, se incluirán en el precio de adquisición o coste de producción los gastos financieros que se hayan devengado antes de la puesta en condiciones de funcionamiento del inmovilizado material”*, por cualquier financiación ajena, del proveedor o bancaria, específica o genérica, que sea directamente atribuible. Asimismo, para el activo corriente, se establece que *“en las existencias que necesiten un período de tiempo superior a un año para estar vendidas, se incluirán en el precio de adquisición o coste de producción, los gastos financieros, en los términos previstos para el inmovilizado material”*.

Asimismo, el ICAC ha indicado en consulta BOICAC 75/septiembre de 2008, que, dentro de su ámbito, siguen considerándose vigentes (por no oponerse a las mencionadas reglas del PGC) determinadas especificidades recogidas en las Normas de Adaptación del anterior PGC a las Empresas Inmobiliarias, incluyendo en particular la de la cuantificación de los gastos financieros atribuibles por financiación no específica, la que establece el cese de la capitalización del gasto financieros en el momento de producirse una interrupción en la construcción del inmovilizado, o la que establece que, en el caso de terrenos y solares, a efectos de incorporar los gastos financieros como mayor precio de adquisición, se entenderá que están en condiciones de explotación cuando hayan finalizado las obras necesarias para que queden disponibles para la realización de la construcción, lo cual determina un criterio restrictivo para la capitalización de gastos financieros soportados en la adquisición de terrenos y solares, capitalización que *“únicamente está permitida en relación con los terrenos que estén siendo objeto de obras de adaptación”*.

Recordemos, a este respecto, que la Ley del IS no contiene norma específica alguna en relación con la capitalización de gastos financieros, lo que significa que la determinación de la base imponible, en este aspecto, se adecuará al resultado contable, por lo cual la Administración Tributaria sólo podrá objetar los criterios seguidos por la empresa en la medida en que no se hayan adaptado fielmente a la referida norma contable.

Si bien en este caso la norma es más precisa, y las controversias deberían ser menores que lo que antes apuntábamos para asuntos como el del deterioro de activos, no deja de haber un posible espacio para la discusión en aspectos especialmente sensibles, como, por ejemplo, el mencionado de los intereses pagados en la inversión en terrenos.

En este contexto, se plantea en el año 2012 la aparición de la nueva norma contenida en el artículo 20 de la Ley del IS que establece una limitación a la deducibilidad de los gastos financieros soportados por la empresa, que no podrán superar el 30% del beneficio operativo.

Como parece lógico, los gastos financieros capitalizados, cuyo procedimiento contable consiste en el desdoblamiento de una partida de gasto y otra de ingreso, no computan a los efectos de medir la magnitud del gasto financiero que debe compararse con el 30% del beneficio operativo, criterio que ha sido confirmado en la Resolución de 16 de julio de la DGT, estableciendo que *“no se incluirán, sin embargo, aquellos gastos financieros que, aun estando incluidos contablemente en la partida 13 del modelo de cuentas de pérdidas y ganancias, sean objeto de incorporación al valor de un activo, con arreglo a las normas contables, por cuanto su imputación efectiva al resultado del ejercicio y, por ende, a la base imponible de la entidad, se realiza a través de la amortización del activo, estando sometido a los límites establecidos en el artículo 11 de la Ley del IS y no al propio artículo 20 de dicha Ley”*.

Aunque la capitalización reduzca la magnitud del problema, éste no deja de existir, dado que, en contra de lo que a veces se puede suponer, y como antes hemos mencionado, no todo el coste financiero del proceso constructor es capitalizado, pudiendo haber gastos significativos no capitalizables, en función de las reglas antes mencionadas, especialmente en un momento como el actual de interrupción de desarrollos inmobiliarios, o de largos períodos entre la puesta en condiciones de un elemento y su efectiva venta o puesta en uso.

Por todo ello, es recomendable para la empresa una aplicación precisa de la norma contable, y es demandable, en términos generales, una reflexión sobre el perjuicio, tal vez excesivo, provocado por esta norma sobre este tipo de actividad, que merecería un tratamiento más específico.

#### *3.1.3.1.4 Conclusiones y propuestas*

La normativa del régimen general del IS es susceptible de algunas modificaciones que mejorarían el tratamiento de la actividad inmobiliaria, sin necesidad de provocar con ello un excesivo gasto fiscal para el Tesoro Público.

De entrada, debe subrayarse el muy bajo potencial de los incentivos generales a la inversión hoy existentes, en comparación con el que ha habido en épocas precedentes, lo cual debería llevarnos cuando menos a asegurar la efectividad de los que puedan existir.

En este sentido, es recomendable que la normativa que regula la deducción por reinversión clarifique el contenido de los requisitos exigibles a la inversión en inmuebles. En particular, sugerimos que los requisitos de afectación, definidos hoy en términos poco precisos y excesivamente formalistas (susceptibles de ser cumplidos, de hecho, con meros formalismos), dejen su lugar a parámetros fundamentalmente temporales, sin perjuicio de que se puedan ajustar los hoy existentes, si se pensara que ello pudiera generar un abuso del incentivo.

En todo caso, esos parámetros temporales podrán ser más o menos exigentes, según se estime conveniente, en lo concerniente al tiempo de mantenimiento, tanto del bien enajenado como del adquirido, pero deberían, en todo caso, flexibilizarse (ampliarse los actuales) en materia de plazo de reinversión, aspecto en el que la inversión inmobiliaria se encuentra hoy comparativamente peor tratada, por no contemplarse su especificidad, sin que la alternativa de los planes especiales de reinversión, en su actual regulación, sea una solución suficiente.

Por otra parte, en materia de amortización llama también la atención el abrupto tránsito de un régimen, tal vez excesivamente benévolo, de absoluta libertad de amortización, a otro de estricta aplicación de la depreciación efectiva, e incluso, en la coyuntura de los años 2013 y 2014, de amortización fiscal inferior a la depreciación efectiva. Aun asumiendo el principio (también discutible) de que los incentivos a la inversión fiscales deban ser siempre coyunturales, no podemos dejar de observar el hecho de que el momento actual sería propicio para ello, y apuntamos, como fórmula técnicamente más factible, una recuperación de un

régimen de amortización fiscal no sujeta a inscripción contable, con la modulación que se estime conveniente (libertad de amortización dentro de ciertos rangos).

Asimismo, en el ámbito de la estricta seguridad jurídica, es recomendable abordar el tema de la deducibilidad fiscal de las correcciones por deterioros, tanto en el activo corriente como en el no corriente, donde la aplicabilidad fiscal de la norma contable crea un importante campo para la controversia. A este respecto, sería preferible una norma fiscal expresa (un nuevo párrafo en el actual artículo 12 de la Ley del IS) que estableciera unos requisitos más específicos, y menos controvertibles, para la deducibilidad de las provisiones por deterioro de activos inmobiliarios, sin alejarse necesariamente de los principios generales del Código de Comercio, pero dejando clara su no necesaria coincidencia con la norma contable de desarrollo, un enfoque similar, por otra parte, al existente respecto a otras partidas de activo.

Por último, en relación con la recientemente aprobada modificación del artículo 20 de la Ley del IS, que restringe la deducibilidad de los gastos financieros, cabría considerar la conveniencia de adaptar a la especificidad de la financiación inmobiliaria una norma cuya razón de ser fundamental es la penalización de las estrategias de elusión fiscal, y que, sin embargo, perjudica especialmente a una actividad como la inmobiliaria (aunque el perjuicio se vea reducido por la regla de capitalización de intereses), donde sería fácil contrastar la ausencia de intención de eludir el impuesto, con los requisitos que se estimaran oportunos para probar tal circunstancia.

### **3.1.3.2 SOCIMI, entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda e instituciones de inversión colectiva inmobiliarias**

#### *3.1.3.2.1 Introducción*

El régimen fiscal de las SOCIMI fue introducido a través de la Ley 11/2009, de 26 de octubre, sin que haya tenido hasta la fecha ninguna repercusión en el mercado inmobiliario.

En líneas generales, tienen la consideración de SOCIMI aquellas sociedades anónimas cotizadas que, cumpliendo con los requisitos establecidos en la mencionada ley, tengan como objeto social principal:

- a) La adquisición y promoción de bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento.
- b) La tenencia de participaciones en el capital de otras SOCIMI o en el de otras entidades no residentes en territorio español que tengan el mismo objeto social que aquéllas y que estén sometidas a un régimen similar al establecido para las SOCIMI en cuanto a la política obligatoria, legal o estatutaria, de distribución de beneficios.
- c) La tenencia de participaciones en el capital de otras entidades, residentes o no en territorio español, que tengan como objeto social principal la adquisición de bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento y que estén sometidas al mismo régimen establecido para las SOCIMI en cuanto a la política obligatoria, legal o estatutaria, de distribución de beneficios y cumplan los requisitos de inversión establecidos en la Ley 11/2009.
- d) La tenencia de acciones o participaciones de instituciones de inversión colectiva inmobiliaria.

La Ley de SOCIMI establecía inicialmente, tanto para la SOCIMI como para sus socios, un régimen tributario especial que básicamente consistía en la aplicación a la sociedad de un tipo reducido en el IS del 19%, sin estar sometidos a retención o ingreso a cuenta los dividendos distribuidos a sus accionistas, que quedaban además exentos de tributación en el caso de que fueran percibidos por socios personas físicas residentes en territorio español o por no residentes sin establecimiento permanente. Por su parte, para los socios personas jurídicas sujetos pasivos del IS (y entidades extranjeras con establecimiento permanente en España), se articulaba una deducción en la cuota íntegra, de manera que las rentas obtenidas de la SOCIMI soportaran en conjunto una tributación del 30% (o del tipo de gravamen del socio de ser inferior).

Por otro lado, las SOCIMI en las que más del 50% de su activo fueran viviendas en alquiler tenían exentas el 20% de las rentas procedentes de dicha actividad.

Sin negar la parte de responsabilidad que la situación de crisis financiera e inmobiliaria ha tenido en el fracaso del indicado régimen especial recogido inicialmente en la Ley 11/2009, no cabe duda de que fue el establecimiento en dicho régimen de un tipo reducido en el IS del 19% el principal causante de la ausencia de atractivo de la SOCIMI española, principalmente para el inversor extranjero.

Considerando lo anterior, y con efectos para los períodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2013, la disposición final octava de la Ley de Consolidación ha introducido importantes modificaciones en la mencionada Ley de SOCIMI, que, sin duda, permitirán que estas entidades tengan posibilidades de desempeñar en España un importante papel en el mercado inmobiliario.

#### *3.1.3.2.2 El nuevo régimen fiscal de las SOCIMI introducido por la disposición final octava de la Ley de Consolidación*

A través de las modificaciones introducidas por la Ley de Consolidación, se ha dado un acertado vuelco a la normativa reguladora de las SOCIMI, introduciendo modificaciones en su régimen mercantil y tributario. La modificación más relevante es, sin duda, el establecimiento de un tipo de gravamen en el IS del 0%, equiparando su tributación a la del resto de sus homólogas europeas (la obligación para este tipo de sociedades de distribuir anualmente la mayoría del resultado del ejercicio determina que sea el accionista quien finalmente tribute en su impuesto sobre la renta por los beneficios derivados de la actividad de arrendamiento de bienes inmuebles). Se atiende así a una de las principales demandas de los inversores inmobiliarios, que veían en el tipo de gravamen del 19% que se aplicaba a las SOCIMI hasta la fecha el causante del nulo interés que estos vehículos despertaban en el mercado.

Además del establecimiento de un tipo de gravamen del 0%, se ha establecido que la SOCIMI quede sometida a un impuesto especial del 19% sobre el importe de los dividendos que distribuya a socios cuya participación en el capital social de la entidad sea igual o superior al 5%, siempre que dichos dividendos estén exentos para el socio o tributen a un tipo de gravamen inferior al 10%. Dicho gravamen, que reproduce el modelo del REIT francés

(SIIC), se introduce para evitar la desimposición en el caso de determinados inversores extranjeros.

### *3.1.3.2.3 Algunos aspectos que podrían necesitar aclaraciones y propuestas adicionales de modificación de determinados artículos de la Ley de SOCIMI*

Si bien resulta obvio que es muy pronto para anticipar posibles aspectos de la regulación susceptibles de mejora, pues se irán poniendo de manifiesto conforme la nueva regulación vaya aplicándose, sí que pueden avanzarse determinados aspectos que seguro necesitarán de aclaraciones por parte de la Administración Tributaria, dada su naturaleza un tanto controvertida. Adicionalmente, podría considerarse en el futuro la flexibilización de determinados requisitos del régimen fiscal actual. Sin ánimo de ser exhaustivos, pueden señalarse, entre otros, las siguientes aclaraciones y propuestas de modificaciones de la vigente Ley de SOCIMI:

#### **Artículo 2º. Objeto social de las SOCIMI**

1. Para las SOCIMI no cotizadas se exige una participación directa del 100% de una sociedad (en general, un REIT extranjero) cualificada. La exigencia de la participación directa da lugar a una extraordinaria restricción, que normalmente exigirá cuantiosos costes de reestructuración. El régimen debería permitir la participación indirecta de estas sociedades cualificadas.
2. Por otra parte, la restricción del artículo 2.1.c a la existencia de más de dos niveles en la estructura societaria de las SOCIMI supone otro importante obstáculo para la creación de este tipo de sociedades. Podría considerarse la eliminación de esta restricción, si bien es coherente que solo las filiales residentes que tengan el objeto social adecuado (arrendamiento inmobiliario) y sobre las que la SOCIMI tenga una participación sustancial (por ejemplo, un 90%) puedan optar asimismo por el régimen.

### **Artículo 3º. *Requisitos de inversión***

Dada la actual situación del sector inmobiliario, podría considerarse la ampliación del plazo de 3 años desde su adquisición que se establece para iniciar la promoción de terrenos propiedad de la SOCIMI que vayan a destinarse a la promoción de bienes inmuebles para ser arrendados.

Adicionalmente, podrían aceptarse como rentas válidas para el cómputo del 80% establecido en el art. 3.2 las provenientes del arrendamiento de bienes inmuebles afectos al cumplimiento del objeto social principal con personas o entidades respecto de las cuales se produzca alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 42 del Código de Comercio, en la medida en que se trate de rentas derivadas de operaciones de arrendamiento realizadas en condiciones de mercado.

### **Artículo 4º. *Obligación de negociación en mercado regulado***

Si bien se considera un acierto la inclusión de la posibilidad de que las acciones de la SOCIMI estén admitidas a negociación en un sistema multilateral de negociación español o en el de cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, podría valorarse la posibilidad de permitir también la admisión a cotización en un sistema multilateral de cualquier país o territorio, en la medida en que exista efectivo intercambio de información tributaria. Podría incluso considerarse la supresión del requisito general de negociación en un mercado regulado, siempre que se instrumenten los adecuados sistemas de supervisión y control.

Por otro lado, la nueva regulación introduce el requisito de que las acciones de la SOCIMI tengan carácter nominativo. El cumplimiento de dicho requisito se exige también a las sociedades no residentes a que se refiere la letra b) del apartado 1 del artículo 2 de la Ley de SOCIMI.

Esta nueva exigencia, si se interpreta de forma literal y estricta, podría terminar haciendo inviable la aplicación del régimen especial a las sociedades del artículo 2.1.c de la Ley de SOCIMI (filiales de REIT extranjeros), pues en muchas ocasiones no se da la circunstancia de



que las acciones de la matriz extranjera sean nominativas. Sobre la base de que el nuevo requisito se exija para tener identificado al socio de la SOCIMI y poder hacer seguimiento de su tributación, interesaría aclarar dicho aspecto, de manera que la existencia de alternativas para facilitar dicha identificación permitan obviar la aplicación del requisito de que las acciones sean nominativas en estos casos.

Adicionalmente, interesaría aclarar si la necesidad de poder identificar al accionista -que se infiere como motivo de la nueva exigencia de que las acciones sean nominativas- se refiere sólo a los socios que detenten más de un 5% en la sociedad a todos los socios.

**Artículo 9º. Régimen fiscal especial de la sociedad en el Impuesto sobre Sociedades**

1. La nueva regulación establece que la SOCIMI estará sometida a un gravamen especial del 19% sobre el importe íntegro de los dividendos o participaciones en beneficios distribuidos a los socios cuya participación en el capital social de la entidad sea igual o superior al 5% cuando dichos dividendos, en sede de los socios, estén exentos o tributen a un tipo de gravamen inferior al 10%. Aunque entendemos que el legislador ha considerado que dicha tributación del socio debe considerarse a efectos del tipo nominal que le resulte aplicable, no refiriéndose a una tributación efectiva del socio, debería aclararse expresamente este aspecto.
2. Por otro lado, podría incrementarse el umbral para la aplicación del mencionado gravamen del 19% a las SOCIMI, estableciéndose que sólo se aplicará en relación con los dividendos o participaciones en beneficios distribuidos a los socios cuya participación en el capital social de la SOCIMI sea igual o superior al 10%, en lugar de al 5%, equiparando el supuesto al regulados para la SICC francesa.
3. La regulación del nuevo gravamen especial establece que el mismo no resultará de aplicación cuando los dividendos o participaciones en beneficios sean percibidos por entidades no residentes a las que se refiere la letra b) del apartado 1 del artículo 2 de la Ley de SOCIMI, respecto de aquellos socios que posean una participación igual o superior al 5% en el capital social de aquellas y tributen por dichos dividendos o

participaciones en beneficios, al menos, al tipo de gravamen del 10%. En relación con este apartado, convendría dejar claro que dicho gravamen no aplicaría tampoco cuando los dividendos o participaciones en beneficios se perciban por dichas entidades no residentes respecto de aquellos socios que posean una participación inferior al 5% en el capital social de la SOCIMI.

4. La nueva regulación establece que, en todo caso, estarán sujetos a retención los dividendos o participaciones en beneficios repartidos por la SOCIMI.

Si bien entendemos que, no obstante lo anterior, la Directiva 96/2011/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011 relativa al régimen fiscal común aplicable a sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes resultará aplicable a los beneficios distribuidos por la SOCIMI (toda vez que, para la aplicación de dicha Directiva, la sociedad que distribuye el beneficio ha de encontrarse sujeta y no exenta del IS, como es el caso de la SOCIMI), dado que muchos de los países que han establecido el régimen REIT tradicional niegan de pleno la aplicación de esa Directiva en la distribución del beneficio a los inversores no residentes (siendo este el caso, entre otros, de países como Francia, Reino Unido o Alemania), sería recomendable que la Administración Tributaria dejara clara su posición al respecto cuanto antes.

#### *3.1.4 IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE NO RESIDENTES*

Dos de los aspectos más valorados por los inversores extranjeros, asumiendo el cumplimiento de otros principios y requerimientos, son la seguridad jurídica y la no discriminación. Dichos aspectos también son objeto de análisis en el ámbito fiscal cuando se estudia una potencial inversión o desinversión, máxime si se tiene en cuenta que las inversiones inmobiliarias suelen realizarse con perspectivas de medio o largo plazo (en las que, sobre todo, la seguridad jurídica resulta un elemento esencial).

Teniendo en cuenta lo anterior y coincidiendo en que, en términos generales, la normativa fiscal española puede considerarse razonable en cuanto a los aspectos específicos relativos a la fiscalidad de no residentes, entendemos que las medidas de mejora que pudieran proponerse deberían girar sobre los aspectos citados.

La materialización de las propuestas contenidas en este documento podría llevarse a cabo, en su caso y en atención a la naturaleza de cada una de ellas, a través de modificaciones de la normativa actual o a través de la fijación de criterios de interpretación por parte de la Administración Tributaria, mediante la elaboración de órdenes, resoluciones, consultas o, en determinados supuestos, acuerdos con terceros países (dentro del proceso de negociación de convenios para evitar la doble imposición o iniciando procedimientos específicos).

Este documento considera aquellas medidas relacionadas con la fiscalidad de no residentes que tienen una mayor relación o incidencia en la inversión inmobiliaria. Se descartan otras posibles recomendaciones que, pudiendo tener un componente inmobiliario, no se plantean de forma habitual en este sector.

A este respecto, las medidas que consideramos más significativas serían las siguientes:

- Clarificación de la consideración de la tenencia de un inmueble alquilado en España como establecimiento permanente a efectos del IRnR e IVA.

Actualmente, desde el punto de vista normativo, la tenencia de un inmueble alquilado en España no se incluye expresamente como uno de los supuestos que genere la existencia de un establecimiento permanente a efectos del IRnR y sí entre los supuestos que lo generan a efectos del IVA. No obstante lo anterior, es reciente el planteamiento de dudas, derivadas de ciertos pronunciamientos judiciales y administrativos, en cuanto a la vigencia de una interpretación literal de la normativa en esta cuestión.

En efecto, más allá de la literalidad, y en atención a determinado tipo de inversiones (nos estamos refiriendo, sobre todo, a aquellas inversiones en las que se carece de personal o local y en las que se subcontratan determinadas actividades de gestión en entidades especializadas, pero en las que la decisión sobre la inversión o las decisiones relevantes de ella se toman por el inversor fuera de España), se está planteando que, a efectos del IRnR, la tenencia en España de inmuebles en alquiler en determinadas condiciones (sin considerar, obviamente, los supuestos en los que se cuenta con empleados o local destinados a dicha actividad de alquiler o con agentes dependientes, que serían parte de otro escenario) puede determinar la existencia de un establecimiento permanente. Por otro lado, dicha situación, sea como consecuencia de una

interpretación más acorde con la Directiva del IVA o no, está llevando a situaciones en las que la tenencia en España de un inmueble en alquiler no siempre supone la existencia de un establecimiento permanente a efectos del IVA.

En muchos supuestos y para determinado tipo de inversores, la existencia de un establecimiento permanente no supone, salvo en los aspectos formales, una diferencia en el tratamiento fiscal de las rentas obtenidas por el alquiler del inmueble.

Para todos los inversores, en cambio, sería deseable una clarificación de las dudas existentes en la actualidad sobre la base de la introducción de criterios lo más objetivos posible y que dote de una mayor seguridad jurídica a estas inversiones, que, en la mayor parte de los supuestos y como se ha señalado, se realizan a medio o largo plazo.

Además, en su caso y en la medida en que la caracterización en el IRnR y en el IVA lo permita, debería plantearse la introducción de medidas de coordinación entre los citados impuestos al objeto de aliviar la carga administrativa derivada de una eventual “descoordinación” (dicha “descoordinación” no debería ser en sí misma un inconveniente y, en todo caso, entendemos más relevante la clarificación del régimen aplicable —a los efectos de reforzar la mencionada seguridad jurídica—).

- Clarificación del tratamiento fiscal en España de las inversiones realizadas por determinadas entidades extranjeras.

Resulta frecuente que la inversión inmobiliaria (y en otros sectores) en España se realice por entidades constituidas de acuerdo con legislaciones extranjeras. En abundantes ocasiones, dichas entidades tienen una forma jurídica y un tratamiento fiscal en su jurisdicción de origen que pueden resultar ajenos a la legislación y tradición españolas. Nos referimos a entidades como *trusts*, *partnerships*, fideicomisos, fondos de inversión, *REITs*, etc.

Estas circunstancias generan dudas sobre el tratamiento fiscal que debe darse a las rentas obtenidas por dichas entidades, generalmente centradas en determinar la entidad que obtiene las rentas y en la calificación que se les debe dar. En ocasiones, la clarificación del tratamiento fiscal no persigue una mejora o reducción de la carga

impositiva, sino la obtención de la seguridad jurídica que merecen este tipo de inversiones.

En este contexto, nuestra recomendación es la de establecer procedimientos que permitan clarificar (i) el tratamiento fiscal en España de este tipo de entidades, (ii) la aplicación, en su caso, de los convenios para evitar la doble imposición suscritos por España o de las correspondientes directivas y (iii) la tributación de las rentas obtenidas por esas entidades (reconocemos que, aunque se trate de rentas directa o indirectamente inmobiliarias, la clarificación podría tener impacto sobre rentas derivadas de otras actividades).

Teniendo en cuenta la existencia de multitud de entidades en estas circunstancias, cada una de ellas con unas características propias, y al objeto de que la posición de la Administración fuese, en la medida de lo posible, más cómoda y se pudiese reforzar la seguridad jurídica de los inversores, entendemos que dicha clarificación debería realizarse sobre entidades concretas (y no sobre tipos genéricos). Para ello debería elaborarse una lista de aquellas entidades que, sobre la base de la experiencia reciente, resultan ser las que mayores inversiones (en término de número o volumen) realizan en España.

Esta clarificación podría realizarse a iniciativa propia de la Administración Tributaria o, como ha sucedido en diversas ocasiones, en el marco de la aplicación, negociación o renegociación de un convenio para evitar la doble imposición o de acuerdos con los países en los que se constituyan dichas entidades.

- Equiparación del régimen fiscal aplicable a los rendimientos del arrendamiento de viviendas situadas en territorio español obtenidos por personas físicas no residentes.

Al objeto de limitar la discriminación entre inversores residentes y no residentes (en particular, para aquellos inversores residentes en la Unión Europea y en países con los que España haya suscrito un convenio para evitar la doble imposición que contenga cláusula de no discriminación), sería conveniente la introducción de medidas que equiparen, para ambos tipos de inversores, el régimen fiscal previsto para las rentas de alquiler de las personas físicas.

A este respecto, entendemos que sería conveniente la reintroducción, en el actual Proyecto de Ley de Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado de Alquiler de Viviendas, de la propuesta que al respecto se contenía en su Anteproyecto, si bien con su extensión a cualquier persona física no residente, salvo, por cuestiones de política fiscal, las residentes en “paraísos fiscales”. En concreto y salvo para los residentes en estas últimas jurisdicciones, se debería introducir (i) una exención del 60% de los rendimientos derivados del arrendamiento de bienes inmuebles destinados a vivienda situados en territorio español obtenidos por personas físicas que actúen sin mediación de establecimiento permanente en España y (ii) una exención del 100% de los rendimientos derivados del arrendamiento de bienes inmuebles destinados a vivienda situados en territorio español, obtenidos por personas físicas que actúen sin mediación de establecimiento permanente en España, cuando se cumplieran los requisitos previstos en el artículo 23.2.2º de la Ley del IRPF.

- Modificación del régimen de retención y posterior devolución, aplicable, en su caso, a los rendimientos derivados del arrendamiento de inmuebles por contribuyentes residentes en la Unión Europea sin establecimiento permanente en España (a los efectos de hacer efectiva la deducibilidad de gastos).

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 24 y 30 de la Ley del IRnR, en su redacción dada por la Ley 2/2010, de 1 de marzo, los contribuyentes residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea que obtengan, sin establecimiento permanente en nuestro país, rendimientos derivados del arrendamiento de inmuebles situados en España:

- Se podrán deducir los gastos previstos en la Ley del IRPF, siempre que el contribuyente acredite que están relacionados directamente con los rendimientos obtenidos en España y que tienen un vínculo económico directo e indisoluble con la actividad realizada en España.
- No obstante y salvo que acrediten el pago del IRnR, soportarán una retención sobre los rendimientos íntegros percibidos, que será objeto de devolución cuando se acrediten los gastos deducibles.

En relación con el citado régimen, entendemos que podrían plantearse las modificaciones siguientes, al objeto de dar cumplimiento al principio de no discriminación:

- Eliminación, para los residentes en la Unión Europea, del sistema de retención y posterior devolución, al menos en situaciones equiparables a las de contribuyentes españoles; es decir, rendimientos derivados del arrendamiento de inmuebles sobre los que no hay que practicar retención si los obtienen entidades o personas físicas españolas (rendimientos derivados del alquiler de inmuebles cuyo valor catastral en conjunto sea superior a 600.000 euros, rendimientos derivados de contratos de arrendamiento financiero, rendimientos derivados del alquiler de viviendas por empresas para sus empleados, etc.).
- Aplicación del régimen actual o el que en su caso se introduzca para sustituirlo a contribuyentes que sean residentes en países con los que España haya suscrito un convenio para evitar la doble imposición que contenga cláusula de no discriminación.

Por otra parte, la mención que la redacción actual de la norma hace a la naturaleza y tipo de gastos que tendrían la consideración de deducibles a los efectos de determinar la base imponible del inversor no residente puede generar dudas en cuanto a su alcance, en especial en determinadas circunstancias (sobre todo si se tiene en cuenta que, en muchos casos, aunque se trate de gastos que cumplen con los requisitos exigidos, pueden haber sido realizados fuera de España o para la financiación de varias inversiones, por lo que habrían de ser asignados a la inversión en España en función de criterios de razonabilidad). En este sentido, para reforzar la seguridad jurídica de los inversores extranjeros, entendemos que sería conveniente valorar la introducción de menciones aclaratorias sobre el alcance y tipo de gastos.

Igualmente, al objeto de evitar supuestos de discriminación entre inversores extranjeros por la forma en que articulan su inversión (a través de establecimiento permanente o sin él), entendemos que deberían equipararse las reglas de determinación de la base imponible, teniendo en cuenta el hecho de que el inversor no residente sea persona

física o jurídica (la actual redacción podría llevar a que la base imponible sea distinta en ambos supuestos, lo que, desde un punto de vista económico, no tendría sentido en la mayoría de los casos).

- Equiparación fiscal de los fondos inmobiliarios extranjeros a los fondos de inversión inmobiliaria (FII).

En línea con el criterio contenido en anteriores pronunciamientos del TJUE y a los efectos de evitar supuestos de discriminación entre entidades residentes y no residentes en España (y, en concreto, en la Unión Europea), debería aplicarse a los fondos inmobiliarios extranjeros el régimen fiscal aplicable a los FII españoles.

Básicamente, se trataría de la aplicación a los fondos extranjeros del tipo de gravamen reducido del 1%, en la medida en que tengan características similares a los FII (dicho análisis de comparabilidad debería realizarse de acuerdo con los criterios establecidos por el TJUE en sus diversos pronunciamientos).

Teniendo en cuenta que esta equiparación exige realizar un análisis individualizado de cada uno de los fondos de inversión extranjeros y confirmar que son comparables con los FII españoles, podría plantearse, en una primera fase, que el procedimiento se limitase a los fondos que invierten con mayor frecuencia o con un mayor volumen.

Como esta medida está basada en el principio de no discriminación y en la comparabilidad de ambas entidades y escenarios, entendemos que únicamente sería aplicable a las inversiones realizadas por los fondos extranjeros a través de establecimiento permanente en España (se excluirían, por tanto, la inversión directa, sin establecimiento permanente, o la inversión a través de sociedades españolas).

- Eliminación de supuestos de discriminación inversa en la aplicación de tipos de gravamen.

Actualmente, se aplica un tipo de gravamen más alto a los rendimientos derivados de la inversión inmobiliaria obtenidos por entidades residentes o establecidas en España que a las rentas obtenidas por entidades no residentes no establecidas. Ello podría dar lugar,



en ciertos casos, a una tributación efectiva superior para las entidades residentes o establecidas.

El impacto derivado de la disparidad de regímenes sería mayor, en su caso y en función de la naturaleza del inversor (persona física o jurídica), para los dividendos, intereses y ganancias patrimoniales, asumiendo que la inversión en inmuebles no se realiza directamente y que resultan de aplicación las exenciones previstas por la normativa interna o las disposiciones más favorables previstas en los convenios para evitar la doble imposición suscritos por España.

Si bien no somos ajenos a los condicionantes que la actual situación económica puede plantear, entendemos que, en la medida de lo posible, sería conveniente un tratamiento fiscal similar, especialmente para el caso de residentes en España y en la Unión Europea.

## **3.2 FISCALIDAD INDIRECTA**

### *3.2.1 IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO*

En lo que se refiere al IVA, formularemos también propuestas de mejora y racionalización de su aplicación a las operaciones inmobiliarias, partiendo de la situación actual de la tributación indirecta de las operaciones inmobiliarias e intentando superar los aspectos en los que dicha situación ha presentado disfunciones que aconsejan su revisión.

#### **3.2.1.1 IVA y urbanización de terrenos**

##### *3.2.1.1.1 Situación actual*

La aplicación del IVA a los procesos urbanísticos es una cuestión polémica. Así, la tributación de las operaciones se hace depender de elementos tales como la voluntad de los intervinientes (para su sujeción a IVA, la urbanización de terrenos ha de realizarse con la intención de proceder a la venta, cesión o adjudicación por cualquier título de lo urbanizado) o el grado de avance del proceso (el inicio material de las obras o la asunción de la carga urbanística es lo que convierte al propietario en empresario o profesional y determina la sujeción al impuesto).

Esta configuración plantea disfunciones importantes, referidas principalmente a la inseguridad que se genera en el tráfico empresarial o los agravios comparativos que se producen entre operaciones que son sustancialmente coincidentes. Asimismo, se puede señalar que se trata de una configuración contraria a la propia dinámica urbanística, sobre todo cuando ésta se desarrolla a través de actuaciones sistemáticas, con las que se pretende, como su propio nombre implica, una actuación ordenada y sistematizada, dirigida a la producción de suelo edificable, basada en la equidistribución de cargas y gravámenes, que sirve, en última instancia, a un tratamiento lo más igualitario posible de los propietarios. Adicionalmente, se suscitan dudas como consecuencia del sistema a través del cual se desarrolle la actuación.

La toma en consideración de **elementos subjetivos e intencionales** en la determinación de las condiciones de tributación que corresponden a los procesos urbanísticos, vista desde la perspectiva que ofrecen las anteriores consideraciones, no puede conducir más que a la constatación de que hay una evidente incertidumbre en la sujeción a IVA o a TPO de las operaciones que tienen lugar durante el proceso, lo cual no parece que sea especialmente conveniente.

Hay que señalar también la inadecuación que existe entre la jurisprudencia española y la comunitaria en cuanto a la definición de lo que ha de considerarse como suelo edificable. Esta inadecuación se produce como consecuencia de la insistencia del TS (entre otras, sentencia de 8-11-2004) en atender al inicio material de las obras como momento que determina la adquisición de la condición de empresario o profesional de su propietario, mientras que el TJUE ha descartado expresamente este criterio como relevante a estos efectos (sentencia de 28-3-1996, Asunto C-468/93, Gemeente Emmen). Así, el TJUE señaló que los terrenos que pueden atribuir a sus propietarios la condición de empresario o profesional son los terrenos que han de acabar siendo edificados. Este **elemento teleológico o de destino** en cuanto a la utilización que a la postre van a recibir los terrenos es el que justifica su sujeción a IVA, asegurándose de este modo su incardinación en el proceso de construcción de edificaciones. Estos mismos terrenos son los que resultan excluidos de la exención, garantizándose de este modo la exacción del tributo que grava las operaciones empresariales. En esta inteligencia, el TJUE añadió que las obras o intervenciones materiales que se hayan realizado sobre dichos terrenos carecen de relevancia a estos efectos.

Estrechamente vinculada a la tributación de las operaciones que se realizan en el seno de los procesos urbanísticos, una fuente adicional de problemas viene dada por la existencia de un elemento como el derecho de aprovechamiento urbanístico, fundamental en dichos procesos y que en ocasiones se negocia por separado del propio suelo.

Para dotar a los procesos urbanísticos del adecuado nivel de seguridad jurídica, sería imprescindible aclarar la naturaleza de las operaciones con **derechos de aprovechamiento urbanístico**, tratándolas como entregas de bienes o como prestaciones de servicios, pero, en todo caso, como operaciones distintas de las correspondientes al suelo, ya que esto sería lo más ajustado a la realidad del tráfico urbanístico. Desde este punto de vista, sería más que conveniente aclarar normativamente cuál es el tratamiento correspondiente a estas operaciones.

En coherencia con las propuestas que haremos para las operaciones que se efectúan en el seno de los procesos urbanísticos, la no exención de las transmisiones de derechos de aprovechamiento urbanístico debería garantizar su sujeción y no exención en IVA.

El siguiente aspecto relevante que habría que tratar en relación con los referidos procesos urbanísticos es el de la naturaleza de la **integración** de los propietarios de terrenos afectos **en las entidades que llevan a cabo dichos procesos**. Es sabido que las actuaciones sistemáticas se desarrollan en muchas ocasiones a través de entidades constituidas al efecto, como ocurre con las juntas de compensación u otras de naturaleza similar.

En este ámbito, deberían aclararse los casos en que hay o no hay transmisión de los terrenos afectos cuando se constituye la junta. En los sistemas de expropiación o cooperación, no es una cuestión controvertida; pero en el sistema de compensación, y en otros de naturaleza más o menos equivalente que se puedan instituir en la normativa urbanística (recordemos que no hay una, sino diecisiete), la anterior puede resultar una cuestión dudosa. Considerando que la configuración del proceso urbanístico, en lo que a la aplicación del IVA se refiere, es sustancialmente distinta en función de que se considere que existe dicha entrega o que no existe, sería recomendable disponer del mayor nivel de certidumbre posible sobre este particular, descartando, con carácter general, que exista dicha entrega.

#### *3.2.1.1.2 Propuestas de mejora*

A partir de los anteriores comentarios, la mejor forma de adecuar la realidad del tráfico urbanístico y la Ley del IVA pasaría por la **objetivación de la sujeción al IVA** de estas operaciones, de manera que elementos como la intención con la que se acude al proceso urbanístico o el momento en que, llegado el caso, se sale de él, mediante la venta de los terrenos en proceso de transformación, dejaran de tener trascendencia.

El suelo para el que se ha iniciado un proceso que, indefectiblemente, ha de acabar en la obtención de un producto como es el solar edificable, debería estar sujeto al IVA, prescindiendo tanto de la intención con la que se urbanizó como de circunstancias que deberían ser anecdóticas, como es el estado de avance de las obras de transformación material de ese suelo. Esta objetivación de la sujeción a IVA acabaría con las disfunciones o dificultades de aplicación de la norma que venimos comentando.

El inicio del proceso de transformación de suelo rústico en suelo urbanizado o edificable habría de constituir a los propietarios de suelo en empresarios o profesionales (para el caso de que no lo fueran previamente en atención a las condiciones de uso de dicho suelo). No hace falta decir que para ello sería necesario modificar el correspondiente precepto de la Ley del IVA, su artículo 5, para disponer expresamente dicha condición.

A la vez, el suelo incurso en este proceso de transformación habría de quedar excluido de cualquier norma de exención, de forma tal que se asegurase la exacción del tributo que se supone grava el tráfico empresarial, que es el IVA. En este caso, la acción revisora debería producirse en relación con el artículo 20 de la Ley del IVA, que habría de limitar sus efectos a los terrenos en los que no se haya iniciado ninguna actuación dirigida a su transformación.

De este modo, las transacciones que se realizasen una vez iniciado este proceso, que ha de acabar en la generación de un *input* industrial como es el suelo edificable o urbanizado, deberían estar gravadas por el IVA.

Piénsese que el suelo que se encuentra en estas condiciones acabará, al cabo de un lapso de tiempo no especialmente amplio, transformado en edificaciones de nueva planta cuya entrega está sujeta y no exenta. Los costes en que se incurra para la construcción de dichas edificaciones han de ser, si seguimos la lógica que informa el funcionamiento del IVA, costes por los que se satisfaga este tributo y no otros.

Para el caso de que dichas edificaciones se destinen al arrendamiento, la “empresarialidad” de su explotación a los efectos del IVA es igualmente incontrovertida, por más que en ocasiones los arrendamientos puedan estar exentos en este tributo. Desde este punto de vista, es coherente que las operaciones relativas a ese suelo estén sujetas a IVA y no a otro tributo.

Desde la perspectiva del Derecho comunitario, el artículo 12.1.b) de la Directiva del IVA, que es la principal norma de armonización del IVA en la Unión Europea, permite que los Estados miembros califiquen como empresario o profesional a cualquiera que entregue suelo edificable, tanto si lo promovió él como si no. Del mismo modo, y como ya antes se apuntó, la jurisprudencia comunitaria ha señalado que la aplicación de la norma no se puede condicionar a la transformación física que pueda haber sufrido ese suelo y que, antes bien, de lo que se trata es de sujetar a IVA las entregas de suelo que va a acabar siendo edificado. Este es el suelo que ha de estar sujeto y no exento de IVA.

En la concreción de esta sujeción sería conveniente huir de una referencia a la normativa reguladora de la gestión urbanística, ya que ésta, residenciada en las Comunidades Autónomas, por su propia naturaleza ha de diferir de unas a otras. En un tributo que se supone armonizado y neutral, carece de sentido que haya diferencias de tributación entre diferentes territorios autonómicos, aunque dichas diferencias vengan dadas por las normas urbanísticas sustantivas.

De igual modo, sería conveniente una regulación que, dejando claras cuáles son tanto la voluntad del legislador como su concreción, huyese de una excesiva cercanía a la norma sustantiva vigente, para dirigirse más bien a señalar, en sede legal, la sujeción a IVA de los terrenos cuyo proceso de transformación en suelo urbanizado ya se ha iniciado, aclarando que esta sujeción se produce como consecuencia de la realización de cualesquiera actuaciones, de orden jurídico, arquitectónico o de planificación urbanística, dirigidas a este fin. El inicio de estas actuaciones de transformación del suelo es el que habría de constituir a sus propietarios en empresarios o profesionales y excluir el citado suelo de cualquier supuesto de exención. Si esta enunciación de principios resultase lo suficientemente clara, sería la aplicación práctica de la norma a los supuestos que los procesos urbanísticos fueran planteando lo que debería concretar su aplicación.

Siendo el proceso de transformación urbanística el conjunto de actuaciones que tiene por objeto la ejecución del planeamiento, el requisito básico para que se lleve a efecto es, en buena lógica, la existencia de un instrumento de planeamiento, normalmente, un plan general de ordenación urbana, aunque pueden existir otros.

Lo más habitual es que no resulte factible la ejecución del total del plan a través de una sola actuación, ya que dicha ejecución se suele llevar a cabo mediante la delimitación de unidades de actuación o ejecución, instrumentos a través de los cuales se efectúa la distribución equitativa de cargas y gravámenes entre los propietarios afectados y cuya aprobación supone el inicio del expediente de reparcelación.

Esta delimitación de las unidades de ejecución, que es un elemento objetivo que, a la vez, cuenta con las lógicas garantías de publicidad y seguridad jurídica, podría ser el elemento sobre el que se hiciera pivotar la construcción que se propone.

La anterior no debería excluir otras posibilidades, pero siempre a condición de que sean objetivas, relativas a la situación de los terrenos y garantes de los principios de igualdad de trato y seguridad jurídica para los propietarios afectados.

La concreción jurídica de estas últimas reflexiones habría de realizarse, al igual que en el caso anterior, incidiendo en los artículos 5.uno.d) y 20.uno.20º de la Ley del IVA. Las modificaciones que habría que efectuar son de un tenor muy similar a las que se comentaron con anterioridad, por lo que no vamos a volver sobre ellas.

Adicionalmente, habrían de afrontarse dos cuestiones que la doctrina administrativa ha resuelto pero que, en sede legal, siguen suscitando incertidumbres: el tratamiento de los derechos de aprovechamiento urbanístico y el efecto que se puede derivar de la integración de los propietarios en las entidades que desarrollan los procesos urbanísticos cuando se producen actuaciones sistemáticas.

En cuanto a las operaciones con **derechos de aprovechamiento urbanístico**, probablemente lo más coherente con el resto de la Ley del IVA sería señalar de modo expreso su configuración como prestaciones de servicios, aunque sujetas y no exentas en todo caso. Interesa destacar que, habida cuenta tanto de la naturaleza jurídica de esta figura como de la

flexibilidad que otorga en este punto la norma comunitaria, nada se opone a su calificación como entregas de bienes; lo relevante es que se asegure su sujeción a IVA.

Esta postura se justifica si consideramos que estas operaciones no tienen sentido más que en el desarrollo de los procesos de transformación urbanística, para los cuales la sujeción genérica a IVA es la tributación que se propone. Hay que insistir en que una posible caracterización como entregas de bienes tampoco repelería al anterior planteamiento, siempre que se asegurara la sujeción y no exención de las operaciones.

La integración de los propietarios en las **juntas de compensación o entidades de naturaleza similar** constituidas para llevar a efecto las actuaciones sistemáticas de urbanización debería aclararse para restarle cualquier tipo de sustantividad a estos efectos, recayendo en dichos propietarios las consecuencias que se puedan derivar de la aplicación del tributo.

Finalmente, hay un elemento adicional que debería revisarse para su eliminación: la exención que se establece en el artículo 20.uno.21º de la Ley del IVA para las aportaciones a las juntas de compensación por parte de sus juntacompensantes cuando estas se constituyen y para las adjudicaciones de terrenos a la finalización del proceso urbanístico.

### **3.2.1.2 La construcción y rehabilitación de edificaciones**

El tratamiento que dispensa la Ley del IVA a la construcción y rehabilitación de edificaciones ha planteado menos problemas conceptuales que el correspondiente a los procesos urbanísticos. A salvo de casos concretos, los principales **aspectos** que se podrían identificar como **controvertidos** en este punto son lo que ha de considerarse como construcción de edificaciones, el concepto mismo de edificación, la autopromoción de edificaciones, su rehabilitación o el alcance de ciertos supuestos de inversión del sujeto pasivo.

Por lo general, la **construcción** de edificaciones da lugar al otorgamiento de las correspondientes escrituras de obra nueva cuando ésta finaliza, por lo que en la mayor parte de las ocasiones no es una cuestión polémica. No obstante, la existencia de supuestos dudosos, que ha obligado a la Administración Tributaria a la delimitación del concepto, hace que quizá haya de valorarse su definición, en línea con el concepto mismo de edificación, como operación dirigida a la obtención de un elemento funcionalmente independiente o autónomo de aquellos sobre los que se realiza. Otro tanto cabría decir del concepto de

**promotor** de su construcción o rehabilitación, cabiendo la consideración como tales de los propietarios de las edificaciones, lo cual es coherente con el tratamiento que se depara a su posterior venta.

Lo que ha de entenderse como **edificación** aparece ya definido en la norma, artículo 6 de la Ley del IVA, pero sigue suscitando dudas en elementos tales como las instalaciones generadoras de energías renovables, con pronunciamientos administrativos contradictorios. Por ello, sería de nuevo aconsejable una correcta delimitación del concepto, en línea con los pronunciamientos del TJUE (*vid.* sentencia de 16-1-2003, recaída en el Asunto C-315/00, Rudolf Maierhofer).

La tributación de la **autopromoción**, esto es, de la promoción de edificaciones para uso propio, habría de considerarse sujeta al tributo. En el supuesto de que se optase por esta vía, el IVA soportado por los bienes y servicios adquiridos para la promoción sería deducible. A cambio, el destino al uso privado de la vivienda quedaría sujeto en tanto que apropiación de bienes empresariales al cese de la actividad. Esta apropiación estaría sujeta al tipo impositivo que corresponda para las entregas de viviendas. De este modo, se aseguraría la neutralidad entre los diferentes tipos de aprovisionamiento de viviendas, con independencia de cómo se produzca éste.

El concepto de **rehabilitación**, tanto en el modo en que se configura por sí mismo como por el papel que desempeña en la sistemática de la propia Ley del IVA, es de especial relevancia, ya que las edificaciones rehabilitadas se asimilan a las de nueva construcción. Hay que señalar, no obstante, que las modificaciones habidas en este concepto en los últimos años (RD-ley 2/2008 y RD-ley 6/2010) lo han adecuado muy considerablemente a la realidad del tráfico empresarial, al caracterizar como obras de rehabilitación aquellas que principalmente se dirijan a la realización de actuaciones estructurales sobre las edificaciones y que, además, tengan un importe superior al 25% del valor del inmueble sobre el que se realicen, excluyendo el correspondiente al suelo sobre el que se erigen. No parece, pues, que en este ámbito sea necesaria ninguna actuación sobre la normativa reguladora del impuesto.

Finalmente, y en cuanto a la **inversión del sujeto pasivo**, hay que hacer referencia a la ampliación de su ámbito de aplicación acaecida a raíz de la entrada en vigor de la Ley 7/2012, el pasado 30 de octubre, para las ejecuciones de obra de urbanización de terrenos,



construcción o rehabilitación de edificaciones, así como para las cesiones de personal relacionadas con ellas. Esta modificación, dirigida a la lucha contra el fraude en determinadas operaciones, puede tener un impacto considerable en el sector, al eliminar el IVA repercutido en muchos de los operadores que intervienen en él. En este caso, los problemas se suscitan más en cuanto al alcance de la medida y su adecuada delimitación tanto por razón del objeto como del sujeto, aunque quizá dicha delimitación deba venir más por el lado de la fijación del criterio por parte de la Administración que por una ulterior revisión de la norma.

A estos efectos, la adecuada delimitación de quién ha de considerarse como promotor (*vid.* consideraciones *ut supra*) o de las obras que han de calificarse como de urbanización, construcción o rehabilitación de edificaciones se antojan imprescindibles. Adicionalmente, hay que resaltar que otras actuaciones, de naturaleza distinta, pero que pueden suponer un riesgo equivalente en términos recaudatorios, han quedado fuera de la norma de autoliquidación. Tal puede ser el caso de obras menores o de entregas de materiales, aunque en relación con estas últimas no parece que la norma comunitaria (el artículo 199 de la Directiva del IVA) dé mucho margen de maniobra.

El siguiente aspecto que habría que analizar en relación con la normativa reguladora del IVA es el relativo al tratamiento de la **transmisión de edificaciones una vez finalizadas las fases de construcción o rehabilitación**. En este punto, hay tres elementos que considerar:

- a) La configuración de la exención de las segundas o ulteriores entregas de edificaciones.
- b) La flexibilización de los requisitos de la renuncia a la exención.
- c) La posibilidad de ampliar el ámbito de aplicación del IVA para incluir dentro de él cualesquiera entregas de edificaciones.

#### *3.2.1.2.1 La exención de las entregas de edificaciones*

En cuanto a la delimitación de la exención, que supone la sujeción y gravamen de las primeras entregas de edificaciones que se producen después de finalizada su construcción o rehabilitación, hay que indicar que cumplía su función cuando entre la entrega efectuada por el promotor de la edificación y su usuario efectivo no mediaba ninguna otra transmisión. Sin embargo, cuando sí que se producen dichas transmisiones intermedias —sea el caso de las adjudicaciones en pago a entidades financieras— la delimitación de la exención se desdibuja.

En este sentido, es importante señalar que la configuración de la exención en la Directiva del IVA se limita a las entregas de edificaciones ya utilizadas, pero en ningún caso abarca a las entregas de edificaciones nuevas, sin usar. En consecuencia, debería reconfigurarse la exención, garantizando la sujeción a IVA de las entregas de edificaciones no usadas.

De nuevo, la actuación revisora habría de desplegar sus efectos sobre el artículo 20 de la Ley del IVA, modificando su dicción para garantizar la no exención de las entregas de edificaciones que se produzcan antes de su primera ocupación. Es importante insistir en que esta es la dicción de la Directiva del IVA, tal y como se infiere de su artículo 135.1.

### **3.2.1.3 La coordinación IVA-ITP**

#### *3.2.1.3.1 Las medidas paliativas en el ITP y AJD*

Otro ámbito al que se ha de prestar atención es el de las “**medidas paliativas**” adoptadas en el seno de la regulación del ITP y AJD y que se entienden exclusiva o fundamentalmente si tomamos en consideración su coordinación con el IVA.

La errónea comprensión de ciertas medidas relativas al funcionamiento del IVA o la caracterización de determinados aspectos de este tributo como elementos que están dirigidos a producir una merma en la recaudación autonómica han dado lugar a la implantación de estas medidas, que probablemente no existirían —o, de existir, tendrían un alcance mucho más limitado— de no ser por la pérdida que supone, en términos recaudatorios, para las Comunidades Autónomas la sujeción a IVA o, más en general, la aplicación de las normas propias de este tributo.

Estas medidas son, a nuestro entender, las siguientes:

- a) La sujeción a TPO de las transmisiones de inmuebles incluidos en patrimonios empresariales cuya transmisión está excluida de la sujeción al IVA en virtud de lo dispuesto por el artículo 7.1º de la Ley del IVA.
- b) El incremento en la cuota variable de AJD cuando este tributo se aplica a operaciones inmobiliarias inicialmente exentas de IVA para las cuales se ha renunciado a la exención.

- c) La sujeción a TPO de ciertas entregas de valores que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 108 de la LMV y que deberían estar sujetas al IVA.

En cuanto a la sujeción al ITP y AJD de las transmisiones de inmuebles incluidos en **patrimonios empresariales globales** cuya venta resulta no sujeta al IVA al entrar en juego la norma de no sujeción que establece el artículo 7.1º de la Ley del IVA, ha de considerarse fuera de lugar.

Bien es cierto que muchas de estas operaciones, y sobre todo las más importantes, resultan al final sujetas a OS y se les aplican los beneficios fiscales propios de las operaciones de reestructuración empresarial; sin embargo, esto no siempre es así. Lo anterior es especialmente grave cuando con ello se acaban gravando operaciones de reestructuración relativas a pequeñas empresas, que reciben un trato discriminatorio (a la venta de un negocio en marcha por parte de una persona física que actuaba como tal se le “obsequia” con la sujeción a TPO de los inmuebles incluidos en el patrimonio vendido, lo que no ocurre si lo que hay es, por ejemplo, una operación de fusión por absorción entre entidades mercantiles o una operación societaria de reestructuración empresarial).

Probablemente, el problema se debe a una incorrecta intelección de la norma de no sujeción existente en el IVA, que por parte de muchos se ha entendido como un beneficio fiscal, que no debe “contaminar” a otros tributos, como el ITP y AJD. No cabe duda de que, ante la tesitura de soportar el IVA en la compra de un negocio en marcha y no soportarlo, cualquier empresario o profesional preferirá no soportarlo; pero es igualmente cierto que, tratándose de empresarios o profesionales con pleno derecho a la deducción, el beneficio es exclusivamente financiero. La regla de no sujeción en el IVA evita el quebranto que se produciría caso de soportar unas cuotas de IVA que serían inmediatamente deducibles, pero que pondrían la tesorería de la empresa en una situación difícil durante el tiempo en que se demorase su devolución. A salvo de los supuestos en que hay restricciones a la deducción (empresarios en prorrata), que la propia Directiva del IVA permite excluir de la norma de no sujeción, dicha no sujeción lo único que pretende es facilitar el cambio en la titularidad del negocio sin provocar costes financieros poco deseables.

Si descartamos la consideración de la norma de no sujeción como un beneficio fiscal, habremos de convenir que la cautela o precaución con la que se conduce el artículo 7.5 de la Ley del ITP y AJD sobre este particular carece de sentido.

Otra “medida defensiva” que ha de comentarse es **el incremento en la cuota gradual de AJD** cuando se renuncia a la exención en el IVA, que han adoptado diversas Comunidades Autónomas. Este incremento se acompaña en ocasiones con una reducción en el tipo impositivo de TPO cuando no se renuncia a la exención. El desincentivo a la renuncia a la exención en el IVA que supone esta medida es evidente, por lo que, desde este punto de vista, huelga el comentario.

Si la renuncia a la exención de las operaciones inmobiliarias en el IVA fuera exclusivamente una “medida de ataque” al ITP y AJD, quizá se podría considerar admisible esta “medida defensiva”; sin embargo, la citada renuncia no es únicamente una posibilidad dirigida a evitar la exacción del ITP y AJD, ya que persigue igualmente la aplicación del IVA, evitando que se produzcan los efectos de una exención limitada, la interrupción en el mecanismo repercusión-deducción, lo cual es contrario a la lógica de funcionamiento del impuesto que se supone que grava el tráfico empresarial, que es el IVA.

La renuncia a la exención de las operaciones inmobiliarias no sólo implica la no exacción de TPO en la transmisión, sino que también impide que se produzcan limitaciones en el derecho a la deducción, de modo que no cabe configurarla exclusivamente como una herramienta cuya pretensión es la limitación de los supuestos en que se liquida TPO.

Antes bien, de lo que se trata es de permitir el correcto funcionamiento del IVA y de su mecanismo de repercusión y deducción, que es el mecanismo que en el Derecho comunitario suele denominarse de los pagos fraccionados.

El último aspecto sobre el que hay que llamar la atención en relación con los problemas de coordinación entre el IVA y el ITP y AJD es la sujeción a TPO de las operaciones a que se refiere **el artículo 108 de la LMV**, que incluye operaciones que, en caso de que se pretendiera atender realmente a su verdadera naturaleza y al total de las circunstancias en las que se realizan, deberían estar sujetas al IVA.

Como es sabido, la pretensión de este precepto es gravar determinadas operaciones inmobiliarias que se efectúan mediante la transmisión de las acciones representativas del capital de las entidades propietarias de dichos inmuebles. De ser este el caso, la exención genérica que establece el citado artículo 108 de la LMV para las transmisiones de valores deja de aplicarse.

El aspecto sobre el que vamos a llamar la atención es que determinadas operaciones que caen dentro del ámbito de aplicación de este precepto son operaciones que, de ser tratadas como transmisiones inmobiliarias, deberían estar sujetas a IVA, en tanto que realizadas por empresarios o profesionales en el desarrollo de su actividad, y no al ITP y AJD. Así ocurre desde el pasado 30 de octubre, con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 7/2012.

Desde el punto de vista de la norma comunitaria, hay que tener en cuenta la dicción del artículo 15.2 de la Directiva del IVA, que ya se analizó, y que permite a los Estados miembros considerar como bienes corporales *“las participaciones y acciones cuya posesión asegure, de derecho o de hecho, la atribución de la propiedad o del disfrute de un inmueble o de una parte del mismo”*. Por su parte, la transmisión de estos valores está excluida de la exención que el artículo 135.1.f) de la Directiva del IVA establece de forma genérica para las operaciones relativas a estos títulos.

El citado artículo 135.1.f) es una norma imperativa para los Estados miembros, no una facultad o posibilidad, por lo que estos no pueden sustraerse a su aplicación. En consecuencia, los títulos o derechos a los que se refiere el artículo 15.2 de la Directiva del IVA están excluidos de la exención en todo caso y sin excepción. Estas operaciones, por tanto, están invariablemente sujetas y no exentas.

Sobre estos títulos o derechos, los Estados miembros pueden decidir si tratarlos como entregas de bienes o no. La sistemática del IVA conduce a la conclusión de que si los citados títulos o derechos no son considerados como bienes corporales, y como entregas de tales las operaciones relativas a ellos, lo que procederá será su consideración como prestaciones de servicios (la complementariedad entre prestaciones de servicios y entregas de bienes se establece por la Directiva del IVA en su artículo 24.1 de idéntica manera a la que observa la Ley del IVA en su artículo 11.uno).

En estos términos, una transmisión de valores cuya posesión asegure, de hecho o de derecho, el uso o disfrute sobre un inmueble, está excluida de la exención en el IVA por mandato del artículo 135.1.f) de la Directiva del IVA. Corresponde a cada Estado comunitario decidir si dicha operación ha de ser tratada como entrega de bienes o prestación de servicios. Lo que no les es dado a los Estados miembros es excluir estas operaciones de la exención, como se hace por el artículo 20.uno.18º.k).b’), inciso final, de la Ley del IVA, para gravarlos con un impuesto diferente al propio IVA, como es el TPO.

Dicho con otras palabras, los Estados comunitarios pueden considerar las transmisiones de valores que, de hecho o de derecho, aseguran el uso o disfrute de inmuebles como entregas de bienes o como prestaciones de servicios. Lo que no pueden hacer es excluirlos de la sujeción al IVA para establecer su gravamen por otro impuesto, como es el TPO.

Es más, el mismo artículo 108 de la LMV declaraba en el inicio de su texto una exención en IVA y en TPO de las transmisiones de valores, exención que, para el caso de que se entienda que dichos valores en realidad suponen transmisiones de inmuebles, no se dejaba sin efecto para dar entrada a la sujeción a IVA o a TPO, sino que directamente conducía a la sujeción a TPO.

En este mismo sentido, era llamativo que cuando el artículo 20.uno.18º.k) de la Ley del IVA establecía la exención de las operaciones relativas a títulos valores se excluyeran aquellos “*cuya posesión asegure de hecho o de derecho la propiedad, el uso o el disfrute exclusivo de la totalidad o parte de un bien inmueble*”, para indicar a continuación que “*no tienen esta naturaleza las acciones o las participaciones en sociedades*”. Esta exclusión no se entendía si no era en relación con el citado artículo 108 de la LMV. La modificación operada por la Ley 7/2012 ha incidido igualmente en este precepto.

### *3.2.1.3.2 La modificación de la normativa vigente*

Las modificaciones que se han señalado inciden notablemente en el ámbito de aplicación del ITP y AJD, limitándolo; sin embargo, los preceptos de la Ley del ITP y AJD que habría que revisar para su llevanza a efecto es considerablemente menor.

Como se ha dicho anteriormente, la adecuación de la Ley del ITP y AJD a la ampliación en el ámbito de aplicación del IVA que se ha expuesto en el punto anterior no precisa de una

incidencia importante en aquella norma. Así se infiere de la dicción del artículo 7.5 de la Ley del ITP y AJD, que establece la no sujeción de las operaciones realizadas por empresarios o profesionales en el desarrollo de su actividad y, en todo caso, de las que se consideren sujetas y no exentas de IVA.

Ampliando, en los términos que se ha propuesto, la sujeción y no exención al IVA de determinadas operaciones inmobiliarias, la no sujeción a TPO vendría dada por la aplicación del citado artículo 7.5, sin que fuera menester su alteración en este particular. Concretamente, la no sujeción a TPO de las operaciones realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad que establece este precepto, aseguraría, en el supuesto de que se ampliase la sujeción a IVA en los términos que se han descrito antes, la no tributación por TPO. El ajuste de tributación se produciría de manera automática, sin necesidad de introducir ninguna modificación legal.

Las operaciones relativas a los procesos urbanísticos, respecto de las cuales convinimos que sería pertinente una sujeción al IVA en términos objetivos (que prescindiese de toda referencia a elementos tales como la voluntad de quienes intervienen en ellas o del estado de avance del proceso, una vez iniciado éste), quedarían excluidas de la sujeción a TPO. Lo mismo ocurriría con otras entregas de suelo edificable, en el supuesto de que se acogiera como conveniente su sujeción y no exención en el IVA.

Para el caso de las entregas de edificaciones, propusimos también un incremento en el espectro de las operaciones sujetas al impuesto, abriéndose la puerta a una renuncia a la exención igualmente flexibilizada. Como ocurría en el caso anterior, las operaciones que resultasen sujetas y no exentas de IVA escaparían a la sujeción a TPO.

No hace falta decir que las operaciones a que hemos hecho referencia en los párrafos anteriores, en la medida en que resultasen sujetas y no exentas en IVA, y no sujetas a TPO, resultarían sujetas a AJD en la hipótesis de que concurrieran los requisitos de sujeción a esta modalidad del tributo, hipótesis que cabría entender cumplida en la mayor parte de las ocasiones dadas las características de las operaciones.

El mismo artículo 7.5 de la Ley del ITP y AJD debería modificarse para garantizar la neutralidad en las operaciones de reestructuración empresarial que no se realizan a través de

operaciones societarias. La disfunción se produce cuando las mencionadas operaciones son realizadas por personas físicas que transmiten su negocio y no las acciones de una entidad. En este caso, la operación que se lleva a cabo no es una operación societaria, sino la venta de un negocio en marcha por parte de su propietario, operación no sujeta a IVA por aplicación del artículo 7.1º de la Ley del IVA. Los inmuebles incluidos en ese negocio en marcha tributan por TPO como consecuencia del mandato que se contiene en el citado artículo 7.5 de la Ley del ITP y AJD, y ésta es la no sujeción que carece de sentido, especialmente cuando la no tributación de las operaciones de reestructuración empresarial relativas a mercantiles quedan libres de cargas tributarias en la actualidad con independencia de la concurrencia del motivo económico válido o no.

Hay otra circunstancia que parece poco deseable en la forma en que se gravan las operaciones inmobiliarias en la actualidad; el incremento en la cuota variable del AJD cuando se renuncia a la exención en el IVA, sobre el cual no estaría de más una disposición que impida de forma expresa esta posibilidad o, cuando menos, un compromiso en este sentido.

Las ideas que hemos desgarnado vienen a suponer, de manera muy resumida (reduccionista incluso), el incremento sustancial en la sujeción a IVA del tráfico inmobiliario. Tanto las propuestas que se formularon respecto a las operaciones con suelo como algunas de las que se han realizado en relación con las referentes a edificaciones suponen un aumento considerable del perímetro subjetivo y objetivo del ámbito de aplicación de este tributo. En buena lógica, en la misma medida en que se acrecienta la sujeción a IVA se ve disminuida la tributación por TPO.

Esta sustitución de TPO por IVA —que es opinable, como cualquier otra propuesta tributaria— tiene razones que la justifican, y que exponemos con el mismo nivel de simplificación que se ha utilizado en el párrafo anterior.

Hemos de citar, en primer lugar, la vocación de generalidad que informa el IVA y que pretende que éste sea el tributo que grave la totalidad del tráfico empresarial. Esto no excluye la exacción de otros tributos, pero han de ser tributos complementarios del IVA, no sustitutivos. El mercado inmobiliario da lugar a operaciones de tal importe que incluso las que se realizan a título ocasional se pueden calificar de este modo, como empresariales. No es de



extrañar que hasta la propia normativa comunitaria prevea la posibilidad de que estas operaciones se sujeten a IVA, y ello en los términos que ya analizamos.

La norma española no es ajena a esta pretensión. Pensemos que la sujeción a IVA de ciertas operaciones inmobiliarias no ocasionales es la transposición a este impuesto de la sujeción al Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas de las transmisiones de inmuebles por quienes se dedicasen a la realización de estas operaciones mediante contraprestación que dispuso la Ley 6/1979, que sustrajo estas operaciones del ámbito de aplicación del ITP y AJD, en el que permanecían hasta su entrada en vigor. La Ley 30/1985 fue algo más allá, pero no terminó de recorrer el camino. Se trata ahora de acabar la tarea.

### **3.2.1.4 Tratamiento de la transmisión de la unidad económica autónoma en la imposición indirecta**

#### *3.2.1.4.1 Tributación indirecta de la transmisión de unidades económicas autónomas*

El artículo 7 de la Ley del IVA enumera una serie de operaciones que califica como no sujetas al IVA. La razón de la exclusión de estas operaciones del ámbito de aplicación del IVA es diversa y por ello encontramos operaciones muy heterogéneas en las que se pueden adivinar motivos de definición del hecho imponible (caso de la no sujeción prevista para los servicios prestados por personas físicas en régimen de dependencia o las operaciones realizadas por los entes públicos en el ejercicio de sus funciones propias), de simplificación (como podría ser la exclusión de la entrega de objetos publicitarios) o de mero ajuste técnico (como las normas referidas a los autoconsumos).

Entre todas ellas, la que ha generado mayor debate doctrinal y jurisprudencial ha sido (y continúa siendo) la no sujeción prevista para la transmisión de lo que denominaremos unidad económica autónoma o, en términos del artículo 7.1, de “*un conjunto de elementos corporales y, en su caso, incorporales que, formando parte del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo, constituyan una unidad económica autónoma capaz de desarrollar una actividad empresarial o profesional por sus propios medios*”. Esta no sujeción se excluye en los casos de transmisión de bienes por sujetos que tengan la condición de arrendadores a efectos del IVA siempre que la transmisión de los bienes arrendados no se acompañe de una estructura organizativa de factores de producción materiales y humanos. Tampoco se aplica la

no sujeción respecto de las operaciones que realicen las entidades que adquieran la condición de empresario o profesional por el hecho de desarrollar la urbanización de terrenos o la promoción, construcción o rehabilitación de edificaciones para su venta, adjudicación o cesión.

El supuesto de no sujeción aquí referido trae causa de lo dispuesto en el artículo 19 de la Directiva del IVA, que concede a los Estados miembros la opción de que *“consideren que la transmisión, a título oneroso o gratuito o bajo la forma de aportación a una sociedad, de una universalidad total o parcial de bienes no supone la realización de una entrega de bienes y que el beneficiario continúa la personalidad del cedente”*. A su vez, esta disposición de la Directiva del IVA tiene como fundamento la necesidad de evitar el coste (en el mejor de los casos, exclusivamente financiero) que se originaría para el adquirente en caso de que la operación quedara sujeta al IVA. Así lo confirmó el TJUE en su sentencia de 27 de noviembre de 2003, Zita Modes Sàrl c. Administration de l’enregistrement et des domaines, asunto C-497/01, al manifestar que el propósito del legislador era evitar *“sobrecargar la tesorería del beneficiario con una carga fiscal desmesurada que, en cualquier caso, se recuperaría posteriormente mediante una deducción del IVA soportado”*.

Dicho lo anterior, aunque en la normativa española del IVA se ha ejercitado formalmente la opción para declarar la no sujeción de las operaciones que implican la transmisión de unidades económicas autónomas, la realidad es que el objetivo de la neutralidad impositiva no se alcanza en caso de que alguno de los activos transmitidos tenga la naturaleza de bien inmueble por razón de la existencia de otros impuestos indirectos que pueden resultar finalmente aplicables.

Así, el artículo 7.5 de la Ley del ITP y AJD dispone la sujeción a TPO de *“las entregas de aquellos inmuebles que estén incluidos en la transmisión de la totalidad de un patrimonio empresarial, cuando por las circunstancias concurrentes la transmisión de este patrimonio no quede sujeta al IVA”*. Por tanto, la transmisión de bienes inmuebles comprendidos dentro de una unidad económica autónoma transmitida quedaría sujeta a TPO a un tipo que podría variar en función de la Comunidad Autónoma en la que se encuentre situado el bien inmueble (normalmente, el 7% u 8%). Dicho impuesto constituiría un coste definitivo, ya que, al

contrario de lo que ocurre con el IVA, no se podría recuperar directamente de la Administración Tributaria.

Es decir, la disposición que nos ocupa pretende evitar un sobrecoste para la entidad adquirente de un negocio (entendido como unidad económica autónoma), pero tiene como efecto colateral la generación de un impuesto que puede producir un resultado que es justamente el opuesto. Esta situación paradójica ha centrado muchos de los debates sobre las disposiciones que regulan la tributación indirecta de la transmisión de la unidad económica autónoma y, especialmente, sobre la necesidad de su reforma en el sentido de excluir la tributación de estos bienes inmuebles incluidos en una unidad económica autónoma por otro impuesto indirecto distinto del IVA.

En todo caso, la entrada en juego de un impuesto como el ITP y AJD (con características y efectos distintos al IVA) hace que la delimitación del concepto de unidad económica autónoma tenga una trascendencia aún mayor. Sin embargo, la misma redacción del precepto de la Ley del IVA, trufada de conceptos jurídicos indeterminados, se ha convertido en un caladero inagotable de interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales que tampoco contribuyen a generar la necesaria seguridad jurídica de la que precisan los operadores en el tráfico mercantil.

Así, si atendemos a las consultas planteadas ante la DGT que se publican en la página web de la AEAT, podemos comprobar que la definición de la unidad económica a efectos del IVA es una de las áreas que más consultas genera, quizá superada exclusivamente por las referidas a reorganizaciones empresariales y la aplicación del régimen especial previsto a efectos de imposición directa. Sin embargo, las contestaciones no han permitido crear un cuerpo doctrinal sólido que permita identificar los criterios generales para la delimitación del concepto, sino que constituyen una inabarcable casuística que evoluciona constantemente.

En las siguientes líneas se pretenden esbozar algunas de las cuestiones más relevantes que se pueden suscitar en relación con la definición del concepto de unidad económica autónoma a efectos de IVA y a la interacción de este impuesto con el ITP y AJD. Asimismo, y sobre la base de la experiencia práctica acumulada, se propondrán las posibles áreas de actuación sobre las que se podría incidir con objeto de alcanzar una tributación más coherente con la finalidad de las disposiciones analizadas.

### *3.2.1.4.2 Definición del concepto de unidad económica autónoma: aspectos controvertidos*

#### 3.2.1.4.2.1 Relevancia de la exclusión de determinados bienes o derechos

La aplicación del supuesto de no sujeción requiere que los elementos (corporales y, en su caso, incorporeales) que se transmiten constituyan una unidad económica autónoma capaz de desarrollar una actividad empresarial o profesional por sus propios medios. Eso supone que no sea necesario que se transmita la totalidad del patrimonio empresarial del sujeto pasivo y que tampoco haya obstáculo a la exclusión de algunos elementos que, aunque vinculados con la unidad económica, sean accesorios o no significativos.

Dicho esto, sí ha existido tradicionalmente una discusión sobre la trascendencia que podría tener la exclusión de dos elementos que podrían ser clave en la estructura organizativa de cualquier actividad económica. Se trata de los locales en los que se desarrolla dicha actividad y del personal que interviene en ella. En los últimos años, esta cuestión ha centrado la mayoría de las consultas presentadas ante la DGT en relación con el supuesto de no sujeción previsto en el artículo 7.1 de la Ley del IVA. Aunque este no es el lugar para realizar un análisis exhaustivo de la doctrina administrativa sobre esta materia, sí es conveniente apuntar sus líneas maestras.

En lo que afecta a la relevancia del factor humano para la definición del concepto de unidad económica autónoma, la posición tradicional de la DGT ha sido considerar que su exclusión impedía calificar los elementos transmitidos como unidad económica autónoma. Ello ha llevado a considerar que no se aplicaba la no sujeción en casos en los que se transmitían todos los medios materiales y los contratos vinculados a la gestión de la actividad, pero no se asumía la relación contractual que unía a la persona que prestaba el soporte técnico-administrativo con la entidad transmitente (entre otras, contestaciones a consultas vinculantes V274-10 o V0069-09). Es decir, la DGT consideraba que la sucesión en las relaciones laborales (o, en su caso, de tipo mercantil) del personal es un elemento decisivo en el análisis de la existencia de unidad económica autónoma.

En cuanto al impacto que supondría excluir el inmueble en el que se desarrolla la actividad económica que se transmite, la DGT ha elaborado una doctrina en la que se distingue en función de que dicha actividad sea fabril o no. En el primer caso, se considera que el inmueble

(la fábrica) es indispensable para la autonomía de la unidad transmitida y su exclusión no se puede suplir a tales efectos ni siquiera si posteriormente se formaliza un contrato de arrendamiento que permita al adquirente el acceso a esas instalaciones (entre otras, contestación a consulta vinculante V2140-11). Por el contrario, si la actividad tiene otra naturaleza, podría ocurrir que el inmueble no sea indispensable para la existencia de una unidad económica autónoma, en la medida en que pueda obtenerse un derecho de uso sobre un inmueble equivalente que permita desarrollar la actividad en las mismas condiciones (entre otras, contestación a consulta vinculante V2798-10).

A todo ello se debe añadir la interpretación efectuada sobre esta cuestión por el TJUE, que en su sentencia de 10 de noviembre de 2011 (Asunto C-444/10) consideró que, incluso cuando la transmisión de los inmuebles sea necesaria para la aplicación de la no sujeción, nada se opone, en principio, a que la posesión se transmita mediante la celebración de un contrato de arrendamiento, sin que necesariamente deba transmitirse la propiedad. Esta interpretación debería suponer cierta corrección de la doctrina de la DGT a la que nos hemos referido antes, en el sentido de mantener la calificación de unidad económica autónoma en los casos en los que el inmueble no se transmite, pero se obtiene un derecho de uso sobre él, con independencia de que la actividad sea fabril o de otra naturaleza.

Por tanto, podríamos concluir que, a la luz de la interpretación de la DGT, la única manera de asegurar completamente que se transmite la estructura empresarial autónoma que va más allá de un mero conjunto de bienes consiste en que la transmisión se acompañe del personal empleado en el desarrollo de la actividad y del local afecto a su gestión. Es más, esta es la doctrina que se ha plasmado efectivamente en la redacción del artículo 7.1.b) de la Ley del IVA para concluir cuándo la transmisión de los inmuebles arrendados constituye una transmisión de unidad económica autónoma y cuándo una cesión de bienes.

En cualquier caso, creemos que, fuera del anterior supuesto, en el ámbito de la determinación de los elementos que se deben transmitir indisolublemente con la actividad económica para permitir el acceso a la no sujeción, existe una interpretación casuística de la que resulta difícil extraer una conclusión general que sea trasladable a cualquier operación de transmisión de negocios en funcionamiento. Ello incide negativamente en la necesaria seguridad jurídica a la que cualquier normativa debe aspirar, puesto que los actores económicos pueden no disponer

del margen de maniobra suficiente para solicitar una consulta vinculante sobre el caso concreto (normalmente, por falta de tiempo) y, por tanto, enfrentarse a una incertidumbre sobre la aplicación del IVA y, en su caso, el TPO sobre los inmuebles que se transmiten.

En paralelo con lo anterior, las contestaciones de la DGT pueden inducir a que el diseño de las operaciones se base en la conveniencia de asegurar la tributación por IVA (y así eliminar el coste por TPO) y para ello se recurra a la exclusión de los elementos personales o materiales (inmuebles) que de otra manera se habrían transmitido. Ello por sí mismo supone incidir de manera artificial en las decisiones económicas de los sujetos que intervienen en la operación y obliga a una reflexión sobre la conveniencia de mantener el actual sistema de tributación de estas operaciones.

Pero además implica el riesgo de que, desde la perspectiva de la Administración Tributaria, pudiera discutirse la operación sobre la base de cualquiera de las cláusulas antiabuso que se establecen en la normativa general (simulación, conflicto en la aplicación de la norma tributaria). En ese sentido, también conviene recordar que la posición del TJUE sobre la doctrina del fraude de ley y la economía de opción en el ámbito del IVA (sentencia de 22 de diciembre de 2010, asunto C-103/09) es la que establece que uno de los requisitos necesarios para que una operación se pueda considerar realizada en fraude de la Directiva del IVA es que la ventaja que se obtenga sea contraria a sus objetivos, lo cual difícilmente ocurriría en el caso de que la operación se haya diseñado precisamente para garantizar la aplicación del IVA.

En fin, sin perjuicio de que se deba reclamar una mayor claridad en la fijación de los requisitos que sirven para delimitar la figura de la unidad económica autónoma, también sería conveniente replantear las bases de la coordinación del IVA y el ITP y AJD en operaciones de transmisión de negocios con base inmobiliaria (o que incluyen inmuebles de valor significativo). Entre estas propuestas, que se analizarán en el apartado 3.2.2.3, se podría mencionar la posibilidad de eliminar el supuesto de no sujeción, establecer la facultad de renunciar o, incluso, rebajar la tributación que procedería en ITP y AJD para las operaciones a las que se aplique dicha no sujeción.

3.2.1.4.2.2 Relación con otras ramas del Derecho tributario: especial referencia al concepto de rama de actividad

Como ya apuntábamos antes, la definición de unidad económica autónoma a la que se vincula la no sujeción prevista en el artículo 7.1 de la Ley del IVA se construye sobre conceptos jurídicos indeterminados. Dicho esto, en otros ámbitos del Derecho se pueden encontrar algunas figuras que tienen similitudes con ella, como es el caso de la unidad económica a la que se remite la normativa de modificaciones estructurales, el concepto mercantil de sucursal o la definición de establecimiento permanente a efectos de imposición de no residentes.

Sin embargo, en la propia normativa fiscal existe una figura con la que podría establecerse una conexión más íntima. Se trata del concepto de rama de actividad, que es nuclear en la aplicación del régimen fiscal especial previsto en la normativa del IS para determinadas operaciones de reorganización. Así, el artículo 83.4 de la Ley del IS define rama de actividad como *“el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios”*.

Aunque no es un concepto idéntico, es evidente que tiene bastantes similitudes con la definición de unidad económica autónoma que contiene la Ley del IVA. En este sentido, comparten la referencia a la potencialidad que debe tener el grupo patrimonial transmitido para funcionar por sus propios medios. Aunque podrían ser muchos los casos en los que los elementos transmitidos pueden ser rama de actividad a efectos del IS y unidad económica autónoma a efectos del IVA, la DGT ha puesto de manifiesto la posibilidad de que ambos conceptos no coincidan.

Así puede ocurrir en casos en los que se excluyan de la transmisión determinados activos inmobiliarios sobre los que el adquirente obtenga un derecho de uso en forma de arrendamiento. Para la DGT, ello no es impedimento para que los elementos transmitidos continúen siendo una rama de actividad a efectos del IS (por todas, contestación a consulta vinculante V2640-11). En cambio, en el ámbito del IVA, en función del tipo de actividad de que se trate, podría ocurrir que no se aplicase el supuesto de no sujeción (nos remitimos a lo ya comentado en el apartado 3.2.2.2.1). Es decir, se aplicaría el régimen de diferimiento previsto en la Ley del IS, pero la tributación no sería plenamente neutral en la medida en que existiría un coste adicional (que podría ser solamente financiero) en forma de cuota soportada por el adquirente.



Pero es que ni siquiera se puede afirmar que el concepto de rama de actividad sea más amplio que el de unidad económica autónoma y que toda rama de actividad sea en todo caso una unidad económica autónoma. Así, existen contestaciones a consultas vinculantes en las que la DGT ha concluido que la transmisión de una serie de elementos está no sujeta al IVA por tratarse de elementos que constituyen una unidad económica autónoma, pero, sin embargo, no encaja en el concepto de rama de actividad (entre ellas, contestación a consulta vinculante V1535-11).

A nuestro juicio, esta dicotomía (aunque pudiera ser residual) no contribuye a generar la seguridad y confianza necesaria para que los operadores puedan realizar las operaciones de reestructuración o reorganización empresarial necesarias para conseguir que las empresas europeas alcancen un tamaño que les permita hacer realidad la existencia de un mercado único. Más aún si no existe una razón de índole técnica que justifique este desdoblamiento de interpretaciones. En este sentido, aunque la imposición indirecta no está afectada por las disposiciones armonizadoras en material del régimen común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, creemos que convendría realizar los ajustes necesarios que para los dos conceptos coincidan, de manera que la transmisión de una rama de actividad esté no sujeta al IVA por aplicación del artículo 7.1 de la Ley del IVA.

Para alcanzar esta convergencia, se podrían plantear medidas de índole legislativa que supusieran modificaciones de la actual redacción de las disposiciones implicadas o sólo un cambio en la interpretación administrativa actualmente existente. En ambos casos, entendemos que se trataría de una medida de fácil implementación, puesto que no debería ocasionar un perjuicio a ninguna de las Administraciones Tributarias implicadas en la gestión del IVA y del TPO.

#### *3.2.1.4.3 La coordinación entre el IVA y el ITP y AJD en el caso de transmisión de unidades económicas autónomas*

Ya nos hemos referido a lo paradójico que resulta el hecho de que la aplicación de una disposición que pretende beneficiar al adquirente de la unidad económica autónoma (la no sujeción en el ámbito del IVA) provoque un efecto opuesto que acaba sobrecargando su tesorería y su cuenta de resultados (la aplicación del TPO sobre los inmuebles que se



transmitan en el contexto de una unidad económica autónoma). La propia incertidumbre en la definición del ámbito de aplicación de cada norma provoca que muchas de las operaciones que se realizan en España que suponen la transferencia de activos estén sometidas a un gran estrés en la delimitación de los riesgos en que incurren los distintos actores implicados y, por tanto, perjudica el tráfico jurídico.

Además, la coordinación de ambos impuestos se ve igualmente perjudicada en la práctica por el hecho de que las Administraciones Tributarias implicadas en su gestión son distintas (Administración estatal y autonómica) y ello puede dificultar que se alcance una solución uniforme. Dicho de otra manera, los sujetos pasivos pueden tener que hacer frente a resoluciones administrativas contradictorias entre sí y que obligan a litigar en distintos frentes de forma simultánea. Es cierto que en los últimos tiempos se han adoptado algunas medidas que pretenden limitar los efectos perniciosos de esas situaciones (suspensión automática de resoluciones, reglas especiales en materia de prescripción), pero ello no evita las incomodidades a las que se les somete a los operadores económicos.

Por todo lo anterior, entendemos necesaria una reflexión sobre las actuales reglas que rigen la tributación indirecta de la transmisión de las unidades económicas autónomas y, en particular, sobre la forma en que conviven el IVA y el TPO. En este sentido, existen varias vías de actuaciones que pueden incidir directamente en la normativa que regula dicha coordinación o, en su defecto, en la distribución de las competencias sobre la resolución de conflictos de interpretación.

#### 3.2.1.4.3.1 Ajuste técnico en cuanto a la delimitación del supuesto previsto en el artículo 7.5 de la Ley del ITP y AJD

Aunque es una cuestión que no ha sido suscitada ni por la DGT en las contestaciones a consultas vinculantes ni en otras instancias administrativas o judiciales, no existe una identificación entre el supuesto de no sujeción de IVA y el presupuesto de hecho que permite la aplicación supletoria del TPO al patrimonio inmobiliario no sujeto al IVA.

En el primer caso, el artículo 7.1 de la Ley del IVA se refiere a la transmisión de *“un conjunto de elementos corporales y, en su caso, incorporales que, formando parte del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo, constituyan una unidad económica autónoma*

*capaz de desarrollar una actividad empresarial o profesional por sus propios medios*”. Por su parte, el artículo 7.5 de la Ley del ITP y AJD permite que se aplique el TPO a transmisiones de bienes inmuebles realizadas por empresarios o profesionales en la medida en que *“estén incluidos en la transmisión de la totalidad de un patrimonio empresarial, cuando por las circunstancias concurrentes la transmisión de este patrimonio no quede sujeta al IVA”*.

Es decir, si la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial supone la transmisión de una unidad económica autónoma, no existirá discrepancia a efectos de combinar las dos disposiciones. Sin embargo, podría ocurrir que la totalidad del patrimonio empresarial no constituya una unidad económica autónoma (pensemos en la transmisión de bienes inmuebles arrendados, cuando no se transmite el personal vinculado a esa explotación). Igualmente, podría ocurrir que la transmisión de una parte de una empresa implique una transmisión de una unidad económica autónoma sin necesidad de que se transfiera todo el patrimonio empresarial (posibilidad que la Directiva del IVA prevé expresamente a través de la expresión *“una universalidad parcial”*). En ambos casos, se podría cuestionar la procedencia de aplicar la sujeción a TPO a la transmisión de inmuebles incluidos en la unidad económica autónoma, puesto que no existe una identificación entre los supuestos de hecho de la Ley del IVA y de la Ley del ITP y AJD.

La razón que explica esta discordancia es que la redacción de la Ley del ITP y AJD no se actualizó después de la reforma que la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, operó en la Ley del IVA al modificar el supuesto de sujeción del artículo 7 de la Ley del IVA y que venía impuesta por la jurisprudencia del TJUE. Hasta entonces, la no sujeción se predicaba exclusivamente de la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial, por lo que la Ley del ITP y AJD cumplía fielmente su función de cláusula de cierre de la tributación indirecta inmobiliaria. Sin embargo, al quedar desfasada la redacción respecto de lo que postula el artículo 7.1 de la Ley del IVA, se genera un riesgo real de que el artículo 7.5 de la Ley del ITP y AJD quede sin efecto real en muchas de las operaciones que se realizan o que, en su defecto, se genere un situación de inseguridad jurídica respecto de su correcta interpretación.

Por lo tanto, y sin perjuicio de las restantes medidas de actuación que se proponen en las líneas siguientes, consideramos que la primera medida de índole legislativa que se debería adoptar sería modificar el artículo 7.5 de la Ley del ITP y AJD para que el presupuesto que

permite gravar las transmisiones de inmuebles incluidas en una unidad económica autónoma sea el mismo al que la Ley del IVA asocia la no sujeción en el IVA.

#### 3.2.1.4.3.2 Incompatibilidad entre IVA y TPO en el contexto de la transmisión de unidades económicas autónomas

Como se anticipaba al inicio de estas líneas, la combinación de las distintas disposiciones que regulan la tributación indirecta de una unidad económica autónoma entre cuyos elementos se incluyen bienes inmuebles, supone la posibilidad de que la transmisión de dichos bienes inmuebles quede sujeta a TPO y con ello se genere un coste final para el adquirente de dicha unidad. A priori, se podría afirmar que carece de sentido que operaciones que realizan empresarios o profesionales en el desarrollo de su actividad, aunque resulten no sujetas a IVA, puedan estar sometidas a tributación por TPO.

Esta incoherencia es aún más evidente si volvemos a incidir sobre el origen de la no sujeción en el IVA, que pretende beneficiar a los adquirentes de negocios en marcha al evitar la sobrecarga de tesorería que supondría la tributación por dicho impuesto aunque posteriormente se pudieran recuperar las cuotas soportadas por el mecanismo de la deducción (siempre que no se aplique el mecanismo de la prorrateo general o especial). Con este punto de partida, es incomprensible que la norma española permita el acceso a otro impuesto que por naturaleza es incompatible con el IVA y que además genera un quebranto que no es sólo financiero, sino que es un coste final de la adquisición del negocio en sí (por importe que puede llegar a ser del 10% del valor del inmueble).

Como primera medida de actuación, se podría plantear la posibilidad de suprimir el supuesto de no sujeción previsto en el artículo 7.1 de la Ley del IVA, de manera que la transmisión de una unidad económica autónoma tributara de acuerdo con las normas generales del IVA (es decir, a través del desglose de la operación en todas las entregas de bienes o prestaciones de servicios que estén comprendidas en ella). En este sentido, la sujeción que se prevé en la Directiva del IVA no es de obligatoria trasposición, sino que se habilita a los Estados miembros a que la apliquen de forma voluntaria.

Ciertamente, se produciría el efecto financiero que se pretendía evitar con esta disposición (efecto que también podría ser definitivo en caso de entidades adquirentes sometidas al

régimen de prorrata) al exigirse una cuota de IVA sobre la transmisión de bienes y derechos que no esté exenta. Sin embargo, se vedaría el acceso de un impuesto (el TPO) ajeno al tráfico empresarial y que podría ser un impedimento real a la viabilidad de las operaciones que se pudieran plantear. Por supuesto, esta sujeción al IVA no impediría la aplicación del AJD si se cumplieran las condiciones necesarias para ello (particularmente, la existencia de una escritura pública que documente la operación).

Alternativamente, otra vía que permitiría resolver la situación que existe actualmente sería a través de la modificación del artículo 7.5 de la Ley del ITP y AJD en el sentido de excluir la tributación por TPO de aquellos inmuebles que estuvieran incluidos dentro de la transmisión de unidades económicas autónomas que estén no sujetas al IVA. De nuevo, esta no sujeción a TPO sí permitiría la aplicación de la modalidad de AJD en la medida en que sea procedente. A diferencia de la ruta anterior, esta alternativa permite proteger el plausible propósito que inspiró el artículo 7.1 de la Ley del IVA y que era el de facilitar la transmisión de negocios en funcionamiento por la vía de evitar la sobrecarga financiera del adquirente.

#### 3.2.1.4.3.3 Configuración del supuesto de no sujeción como opcional

Desde un punto de vista conceptual, si entendemos que los supuestos de no sujeción constituyen simplemente el reverso del hecho imponible, no cabría plantearse la posibilidad de configurarlos como opcionales. Dicho de otra manera, si de la definición del hecho imponible se desprende la no sujeción de una operación, no es posible que esa no sujeción se convierta en sujeción por voluntad del sujeto pasivo afectado. Esta posibilidad sería contraria al principio de reserva de ley que rige la delimitación del hecho imponible de cualquier tributo.

Por el contrario, sí es posible establecer que algunos de los supuestos de exención sean opcionales al permitir al sujeto pasivo que renuncie a ellos en determinadas condiciones y sujeto al cumplimiento de algunas formalidades. De hecho, la Ley del IVA permite esta renuncia a la exención en el caso paradigmático de ciertas operaciones inmobiliarias (segundas entregas de edificaciones o entregas de terrenos rústicos) con el objetivo de permitir que los transmitentes no vean afectados sus porcentajes de deducción y, por otro lado, para que el adquirente esté sujeto al IVA y no al TPO.

Dicho lo anterior, aunque la Ley del IVA define la transmisión de la unidad económica autónoma como un supuesto de no sujeción (por lo tanto, conceptualmente no apto para su renuncia), se podría decir que más bien se trata de un supuesto de no sujeción de lo que está en origen sujeto. Así, no se puede negar que la transmisión de los elementos corporales o incorporeales que integran la unidad económica autónoma supone la realización de entregas de bienes o prestaciones de servicios. Cuestión distinta es que por una decisión del legislador se haya decidido evitar su tributación por IVA sobre la base de otros motivos no técnicos. En otras palabras, nos encontramos con un caso de exención camuflada como no sujeción y que, por tanto, debería ser factible la renuncia a la no sujeción si el legislador así lo decide.

Por ello, se podría plantear la posibilidad de que el sujeto pasivo renunciara a la aplicación del supuesto de no sujeción y se utilizaran unos mecanismos similares a los establecidos en el artículo 20.Dos de la Ley del IVA en relación con la renuncia a las exenciones inmobiliarias, que pretenden garantizar que dicha renuncia no supone un perjuicio económico definitivo para el adquirente (como ocurre cuando no tiene derecho a la deducción del impuesto devengado como consecuencia de la operación).

En este contexto, el adquirente que pudiera considerar más beneficioso la sujeción al IVA de la transmisión de una unidad económica autónoma lo comunicaría al transmitente de una manera fehaciente, y de esa manera se aseguraría la inaplicación del TPO. De nuevo, se estaría garantizando la finalidad primigenia del supuesto de no sujeción (evitar las tensiones de tesorería), pero a la vez permitiría que el sujeto adquirente cuyo interés se pretende preservar no se vea contaminado por otro impuesto de naturaleza diferente que podría constituir un coste no recuperable.

Un esquema parecido es el que se ha establecido en el Reino Unido, donde, para determinadas operaciones que pueden suponer la transmisión de inmuebles incluidos dentro de unidades económicas autónomas (por tanto, inicialmente no sujetas al IVA), se permite la posibilidad de que las partes opten por la tributación de dichas operaciones con el objeto de no interrumpir la cadena de deducciones. Como ejemplo de Derecho comparado, se podría tomar como referencia para importarlo a España y así evitar una situación en la que se está generando un coste por TPO que es ajeno al sistema de tributación de las operaciones empresariales.

A nuestro juicio, este esquema no debería de infringir la normativa comunitaria en la medida en que la misma Directiva del IVA contempla la no sujeción como opcional y no debería de oponerse a que, una vez implementada, se pudiera renunciar a ella siempre que el destinatario (que es en beneficio del cual se establece la no sujeción) así lo decida. Sin embargo, es cierto que el TJUE, en su sentencia de 27 de noviembre de 2003 (Asunto C-497/01), parece opinar lo contrario puesto que resolvió que, cuando un Estado miembro ha hecho uso de la facultad de considerar que, a efectos del IVA, la transmisión de una universalidad de bienes no supone la realización de una entrega de bienes, esta regla de la no entrega se aplica a toda transmisión de una universalidad de bienes sin excepción.

#### 3.2.1.4.3.4 Beneficios fiscales aplicables para la transmisión de inmuebles comprendidos dentro de unidades económicas autónomas

En caso de que se mantuviera la situación actual, no sujeción en el IVA y posibilidad de aplicación del TPO respecto de inmuebles incluidos en la unidad económica autónoma, se podría plantear la posibilidad de establecer mecanismos legales que permitieran aliviar la tributación de los adquirentes de tales unidades económicas. Idealmente, se podría establecer un tipo de tributación reducido en el TPO de manera que el gravamen fuera cercano a la tributación que hubieran debido soportar por AJD (es decir, entre el 1% y el 2%, aproximadamente).

De esta manera, el adquirente no tendría un incentivo real para planificar o estructurar operaciones de manera que permitieran consolidar la tributación por IVA (y, consecuentemente por AJD), con la consiguiente reducción de los litigios que se originan por esta materia. La Administración Tributaria también se beneficiaría de esta circunstancia porque, como ya hemos comentado, es discutible que una pretensión basada en la existencia de una operación fraudulenta en la aplicación del sistema del IVA pueda prosperar cuando el resultado de dicha operación es precisamente la tributación por ese impuesto.

Desde un punto de vista técnico, el establecimiento de tipos reducidos en la tributación por TPO es una competencia que puede corresponder exclusivamente a las Comunidades Autónomas si han asumido las competencias normativas que les concede el artículo 49.1 de la 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común. En el ámbito de los territorios forales, la

competencia normativa se asume de acuerdo con las disposiciones del Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra y el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco

De hecho, la Comunidad Autónoma de Aragón ha sido pionera en el establecimiento de este tipo reducido de gravamen del 4% para la transmisión de inmuebles incluidos en la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial en empresas individuales o negocios (de nuevo, un error en la remisión a un concepto que ya ha sido superado a efectos del IVA). Este tipo reducido se aplica en caso de que cumplan determinados requisitos, como es que la actividad se desarrollase en el territorio aragonés y se mantenga en ella, o que la plantilla media respecto del año anterior se conserve durante un período de cinco años.

Alternativamente, el propio Estado podría establecer bonificaciones o deducciones que pudieran producir el mismo efecto que el establecimiento de un tipo reducido. Además, en ese escenario, se lograría unificar la tributación de este tipo de operaciones en el territorio español (con excepción de Navarra y País Vasco) sin necesidad de crear un nuevo foco de competencia fiscal entre las Comunidades Autónomas.

#### 3.2.1.4.3.5 Modificación del sistema de competencias territoriales

Aunque no incide directamente en el esquema de tributación indirecta previsto para la transmisión de unidades económicas autónomas, es evidente que uno de los fenómenos que se han producido en los últimos años es el aumento de los litigios de naturaleza fiscal que han girado en torno a la aplicación del IVA o del TPO en estas operaciones. Uno de los factores clave que ha influido en este aumento de la litigiosidad es el hecho de que ambos impuestos son gestionados y recaudados por Administraciones Tributarias distintas. Si el IVA y el TPO fueran recaudados por la misma Administración Tributaria se podrían reducir las controversias que se plantean en esta materia, ya que no sería aceptable que el mismo órgano mantuviera posiciones contradictorias en el mismo procedimiento.

Por tanto, se podría plantear la posibilidad de ceder la recaudación del IVA correspondiente a las operaciones inmobiliarias a las Comunidades Autónomas como mecanismo para reducir al menos la conflictividad que rodea actualmente a las operaciones de transmisión de unidades

económicas autónomas. Dicha cesión se debería efectuar en función de la ubicación física del inmueble.

En todo caso, esta línea de actuación tiene una finalidad muy limitada en la medida en que no incide en las reglas de tributación de estas operaciones, sino en la forma en que se gestionan los impuestos implicados en ellas. Por ello, no servirá para cumplir la finalidad a la que aspiraba el legislador comunitario cuando estableció el supuesto de no sujeción (evitar la sobrecarga de la tesorería), que en la actualidad se puede ver seriamente comprometida por la interacción del TPO con el IVA.

### **3.2.1.5 Calificación y régimen de las concesiones de obra pública**

El contrato de concesión de obra pública se define en el RDL 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

El artículo 7, establece lo siguiente:

*“1. La concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.*

*2. El contrato, que se ejecutará en todo caso a riesgo y ventura del contratista, podrá comprender, además, el siguiente contenido:*

*a) La adecuación, reforma y modernización de la obra para adaptarla a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación de los servicios o la realización de las actividades económicas a las que sirve de soporte material.*

*b) Las actuaciones de reposición y gran reparación que sean exigibles en relación con los elementos que ha de reunir cada una de las obras para mantenerse apta a fin de que los*



*servicios y actividades a los que aquéllas sirven puedan ser desarrollados adecuadamente de acuerdo con las exigencias económicas y las demandas sociales.*

*3. El contrato de concesión de obras públicas podrá también prever que el concesionario esté obligado a proyectar, ejecutar, conservar, reponer y reparar aquellas obras que sean accesorias o estén vinculadas con la principal y que sean necesarias para que ésta cumpla la finalidad determinante de su construcción y que permitan su mejor funcionamiento y explotación, así como a efectuar las actuaciones ambientales relacionadas con las mismas que en ellos se prevean. En el supuesto de que las obras vinculadas o accesorias puedan ser objeto de explotación o aprovechamiento económico, éstos corresponderán al concesionario conjuntamente con la explotación de la obra principal, en la forma determinada por los pliegos respectivos”.*

La DGT, en doctrina reiterada ha considerado que en los contratos de concesión administrativa en los que el concesionario se obliga a construir determinados bienes en suelo demanial, el rescate que eventualmente pueda producirse por parte del ente concedente determinaría la realización de una entrega de bienes efectuada por el concesionario a favor de este último, al corresponderle a aquél la totalidad de las facultades económicas derivadas de dichos bienes, ello sin perjuicio de que la titularidad jurídica de esos bienes corresponda al ente concedente, en tanto que bienes demaniales afectos a un servicio o a una utilidad pública.

La aplicación de este criterio determinaría que el concesionario hubiera gozado de las facultades inherentes a todo propietario en relación con la obra de que se trate, cuya explotación se efectúa en virtud de la correspondiente concesión administrativa. Su posterior transmisión, por lo tanto, implicaría una cesión del derecho a disponer de los bienes que la constituyen, atribuyendo al adquirente todas las facultades de que disponía hasta este momento el transmitente y realizando en consecuencia una entrega de bienes a efectos del IVA. En este sentido, cuando el concesionario transmite la concesión administrativa a un tercero, efectúa una entrega de bienes, dado que al adquirente se le atribuyen las facultades inherentes a todo propietario.

#### 3.2.1.5.1 Sujeción al Impuesto

El artículo 4, apartado uno de la Ley del IVA, establece que *“estarán sujetas al impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, incluso si se efectúan en favor de los propios socios, asociados, miembros o partícipes de las entidades que las realicen”*.

El artículo 5, apartado dos, de la misma Ley dispone que *“son actividades empresariales o profesionales las que impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios”*.

Determinada por lo tanto la sujeción al IVA (quedaría fuera el análisis de los supuestos de transmisión de una unidad económica autónoma), cabe analizar si el otorgamiento de la concesión constituye una primera transmisión (aunque según el artículo 7.9 de la Ley de IVA se trate de una operación no sujeta), lo que implicaría que la posterior transmisión tributaría por TPO al tratarse de una operación exenta de IVA (Artículo 20.uno.22 Ley IVA).

En este sentido, la DGT se limita en numerosas consultas a indicar que la transmisión de la concesión, *“constituye una mera cesión de bienes sujeta al IVA, debiendo tributar cada elemento según las normas que le son aplicables”*.

No entra a valorar si se trata de una segunda transmisión o, por el contrario, si el otorgamiento de la concesión no implica ya una transmisión. Sería conveniente, por lo tanto, clarificar este extremo, ya que, aunque el adquirente de la concesión administrativa cumpla los requisitos para renunciar a la exención, utilizar esta vía para llevar la operación a su tributación por IVA implica normalmente un mayor coste por AJD.

#### 3.2.1.6 Calificación y régimen de los derechos de superficie

El artículo 11 de la Ley del IVA establece el concepto de prestación de servicios señalando en su apartado dos, 2º y 3º, que, en particular, se considerarán como tales:

*“2º Los arrendamientos de bienes, industria o negocio, empresas o establecimientos mercantiles, con o sin opción de compra.*

*3º Las cesiones de uso o disfrute de bienes”.*

Por otro lado, el artículo 20.uno 23 del IVA excluye de los supuestos de exención relativa a la constitución o transmisión de derechos reales de goce o disfrute sobre terrenos.

El derecho de superficie tiene, por lo tanto, un tratamiento idéntico a las operaciones de constitución, modificación o transmisión al recogido para el arrendamiento de bienes inmuebles: la entidad superficiante tendrá la condición de empresario o profesional a efectos del IVA, y las entregas de bienes y prestaciones de servicios (constitución del derecho de superficie) que efectúe en el ejercicio de su actividad estarán sujetas al citado tributo.

#### *3.2.1.6.1 Devengo*

En la medida en que la constitución, transmisión o modificación de derechos reales de uso y disfrute de inmuebles se asimila por la propia Ley del IVA a las operaciones de arrendamiento, consideradas de tracto sucesivo, la DGT ha decidido darles el mismo tratamiento que a aquellas.

El IVA se devengará, por lo que respecta a la constitución del derecho de superficie:

- Cuando resulte exigible la parte del precio que comprenda cada percepción, esto es, cuando resulten exigibles los cánones mensuales que deben satisfacer los superficiarios durante el periodo de vigencia del contrato.
- A 31 de diciembre de cada año, por la parte proporcional del valor de las edificaciones que habrán de revertir en el futuro.

El devengo del IVA como consecuencia de la constitución del derecho de superficie tiene lugar de forma independiente al devengo del IVA que se produce como consecuencia de la entrega de las construcciones, todo ello sin perjuicio de que, por las características especiales

de este tipo de operaciones, el momento temporal en que se produzca uno y otro pueda resultar coincidente.

#### *3.2.1.6.2 Reversión de la construcción*

Extinguido el derecho de superficie, se procederá a la reversión de los activos construidos por las entidades superficiarias.

En este caso, el IVA se devenga cuando tenga lugar la puesta a disposición del adquirente. No obstante, hay que tener en cuenta que una parte de la constitución del derecho de superficie es la contraprestación de la citada entrega o reversión. La otra parte se correspondería con los cánones mensuales referidos, que representan pagos anticipados, produciéndose el devengo del IVA en el momento del cobro total o parcial del precio por los importes efectivamente percibidos.

Consecuentemente, a medida que se preste el servicio que implica la constitución del derecho de superficie, conforme a las reglas de devengo que se han señalado con anterioridad, deberá considerarse, asimismo, que se devenga el IVA correspondiente a la reversión de las construcciones.

### *3.2.2 IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS*

#### **3.2.2.1 Concepto de bien inmueble en el ITP y AJD**

Sobre el concepto de bien inmueble, el artículo 3 de la Ley del ITP y AJD dispone lo siguiente:

*“Artículo 3.º*

*Para la calificación jurídica de los bienes sujetos al impuesto por razón de su distinta naturaleza, destino, uso o aplicación, se estará a lo que respecto al particular dispone el Código Civil o, en su defecto, el Derecho Administrativo.*

*Se considerarán bienes inmuebles, a efectos del impuesto, las instalaciones de cualquier clase establecidas con carácter permanente, siquiera por la forma de su construcción sean transportables, y aun cuando el terreno sobre el que se hallen situadas no pertenezca al dueño de los mismos”.*

A este respecto, el artículo 334 del Código Civil define los bienes inmuebles en los siguientes términos:

“Artículo 334.

*Son bienes inmuebles:*

- 1.º Las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo.*
- 2.º Los árboles y plantas y los frutos pendientes, mientras estuvieren unidos a la tierra o formaren parte integrante de un inmueble.*
- 3.º Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto.*
- 4.º Las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de uso u ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo.*
- 5.º Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad, y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma.*
- 6.º Los viveros de animales, palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los haya colocado o los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca, y formando parte de ella de un modo permanente.*
- 7.º Los abonos destinados al cultivo de una heredad, que estén en las tierras donde hayan de utilizarse.*

8.º *Las minas, canteras y escoriales, mientras su materia permanece unida al yacimiento, y las aguas vivas o estancadas.*

9.º *Los diques y construcciones que, aun cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa.*

**10. *Las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles***”.

A mayor abundamiento, si se acude también al Derecho administrativo, debe citarse la Ley 13/2003, de 23 de mayo, que regula el contrato de concesión de obras públicas y modifica la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por el RDL 2/2000, de 16 de junio. En el apartado II de la exposición de motivos se especifica que ***“la obra pública, en sentido estricto, debe entenderse como sinónimo de bien inmueble de interés público creado por la actividad del concesionario que realiza el proyecto aprobado por la Administración”***.

En este sentido puede citarse la sentencia del TS de 18 de diciembre de 2001, dictada en el recurso de casación núm. 5292/1996, acerca del distinto tipo impositivo aplicable a la constitución de una concesión administrativa y a su transmisión posterior, que dispone que *“No obstante, resulta incuestionable que la remisión acabada de analizar está referida solamente al tipo de gravamen y no al resto del contenido del artículo 7.º b -11 b) del TR ITP y AJD de 1980-, ya que este precepto trata de la transmisión de bienes inmuebles y semovientes, así como de la constitución y cesión de derechos reales sobre los mismos, claramente inaplicables a las concesiones administrativas, que, por expresa disposición del artículo 334 del Código Civil, tienen la condición de bienes inmuebles”*, así como la sentencia de la AN de 23 de abril de 1996, de la que el TS, pese a casar la sentencia, mantuvo el razonamiento acerca de la naturaleza de las concesiones administrativas como bienes inmuebles: *“Segundo.- ... En primer término y por razones metodológicas, no puede compartirse la calificación jurídica de bienes muebles que la actora pretende atribuir a las concesiones administrativas. Efectivamente, el análisis conjunto de los artículos 334 y 335 del Código Civil, los artículos 2 y 107.6 de la Ley Hipotecaria, las diversas normas del*

*derecho administrativo general relativas a las concesiones de servicios públicos y el mismo Decreto 12 marzo 1954 —relativo a las concesiones de servicio público sobre el suministro de energía eléctrica—, interpretadas todas ellas de acuerdo con los criterios hermenéuticos establecidos por el artículo 3 del TR 30 diciembre 1980, impone, como solución más correcta entender que las concesiones administrativas sean sobre obras o servicios públicos merezcan la calificación de bienes inmuebles...”.*

En el mismo sentido se ha pronunciado la DGT en las consultas vinculantes V0627-05 de 14 de abril de 2005 y V2034-0726 de septiembre de 2007.

#### *3.2.2.1.1 Conclusiones*

- En el ITP y AJD, para la calificación jurídica de los bienes sujetos al impuesto por razón de su distinta naturaleza, destino, uso o aplicación, se estará (con la excepción regulada en el párrafo segundo del artículo 3 de la Ley del ITP y AJD) a lo que al respecto dispone el Código Civil o, en su defecto, el Derecho administrativo, calificación que también resultará aplicable a efectos de lo dispuesto en el artículo 108 de la LMV.
- A efectos del ITP y AJD, las concesiones administrativas de obras públicas o que comporten la posibilidad de efectuar obras públicas tienen la calificación de bien inmueble, conforme a lo dispuesto en el artículo 334.10 del Código Civil.

#### *3.2.2.1.2 Recomendaciones*

La calificación jurídica de bien inmueble afecto a ITP y AJD debería contenerse y delimitarse en la propia Ley del impuesto, dado que la remisión al Código Civil o al Derecho administrativo lo deja a merced de la interpretación, especialmente en lo relativo a las concesiones administrativas de obras públicas.

### **3.2.2.2 Novación y subrogación de contratos de financiación hipotecarios**

*3.2.2.2.1 Novaciones y subrogaciones de contratos de financiación empresariales con garantía hipotecaria: tributación por AJD*

Uno de los principales exponentes de la situación de crisis en la que se encuentra inmersa la economía española, en general, y el sector inmobiliario, en particular, ha sido el gran incremento de los procedimientos de refinanciación o reestructuración de deuda bancaria con garantía hipotecaria por parte de personas físicas o jurídicas en situaciones de dificultad económica. En este contexto, los costes que pueden generarse para los deudores derivados de las reestructuraciones de deuda pueden tener un gran impacto en el proceso de refinanciación.

Entre los costes que pueden afectar al deudor en una refinanciación, el más relevante suele ser el coste por la cuota variable de AJD al que pueden quedar sujetas las escrituras públicas que documenten la subrogación de acreedor o la novación modificativa de contratos de financiación con garantía hipotecaria. El hecho de que los sujetos que acuden a procedimientos de refinanciación sean deudores en situaciones de dificultad económica provoca que el coste fiscal por AJD tenga una gran influencia en las reestructuraciones de deuda y las dificulte considerablemente, teniendo que ser en ocasiones incluso financiado por la propia entidad financiera.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31.2 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba la Ley del ITP y AJD, estarán sujetas al AJD las primeras copias de escrituras y actas notariales cuando:

- (i) tengan por objeto cantidad o cosa valuable;
- (ii) contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil o de la Propiedad Industrial y de Bienes Muebles; y
- (iii) no estén sujetos al ISD o a OS o TPO.

Así, las escrituras públicas que documenten la subrogación de acreedor o la novación modificativa de contratos de financiación con garantía hipotecaria otorgados por un sujeto pasivo del IVA en el desarrollo de sus actividades empresariales, quedarán sujetas al AJD en la medida en que se cumplan los requisitos establecidos por el artículo 31.2 de la Ley del ITP y AJD, esto es, que nos encontremos ante (i) la primera copia de una escritura o acta notarial, (ii) que contenga actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad Industrial y de Bienes Muebles (iii) no sujetos al ISD o a OS o TPO y (iv) que tenga por objeto cantidad o cosa valuable.



La existencia de una escritura pública o acta notarial es un elemento del hecho imponible del AJD que resulta fácilmente constatable. Sin perjuicio de que la constitución de una hipoteca vendrá documentada normalmente en una escritura pública, ya que la inscripción del derecho real de hipoteca es constitutiva en Derecho español y la escritura pública es el documento que, de acuerdo con la legislación hipotecaria, permite que esa inscripción tenga lugar, las subrogaciones y novaciones modificativas de contratos de financiación garantizados por hipoteca pueden quedar documentadas de manera distinta (en póliza notarial o, incluso, documento privado, sin perjuicio de que dichos documentos no puedan acceder al Registro y, por tanto, no sean oponibles frente a terceros).

El segundo elemento que configura el hecho imponible del AJD es la inscribibilidad de los actos o contratos documentados en un registro público de los establecidos por la Ley del ITP y AJD. En concreto, tanto la subrogación de un acreedor hipotecario como, en general, la modificación de las cláusulas de un contrato de financiación con garantía hipotecaria, tienen acceso al Registro de la Propiedad, por lo que el requisito de inscribibilidad se cumplirá generalmente. En este punto resulta interesante traer a colación el criterio establecido por las resoluciones de la DGRN de 1 de octubre de 2010, 4 de noviembre de 2010, 21 de diciembre de 2010 u 11 de enero de 2011 (que modifican lo establecido en la resolución de 24 de julio de 2008) en relación con la inscribibilidad de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en la que la DGRN establece que las mencionadas cláusulas tienen trascendencia real, estableciendo su oponibilidad *erga omnes* mediante la posibilidad de ejercicio de la acción real hipotecaria a través de ellas. En consecuencia, estas resoluciones zanján el debate en el sentido de establecer que las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado incluidas en un contrato de financiación con garantía hipotecaria deben ser objeto de calificación por el registrador y, por tanto, de inscripción en el Registro de la Propiedad.

En tercer lugar, la sujeción de un acto o contrato al AJD exige que no esté sujeto al ISD ni a OS o TPO. La constitución, subrogación o novación modificativa de un contrato de financiación con garantía hipotecaria no quedará en ningún caso sujeta al ISD o a OS y, en relación con el TPO, debemos destacar que el objeto de este análisis se centra en financiaciones otorgadas por empresarios (entidades financieras en el ejercicio de su actividad económica) que, en consecuencia, estarán sujetas al IVA (aunque exentas de él por aplicación

del artículo 20.Uno.18º de la Ley del IVA) y no podrán quedar sujetas a TPO por incompatibilidad entre ésta y el IVA.

Por último, para que una escritura pública o acta notarial quede sujeta al AJD, ésta debe tener por objeto cantidad o cosa valuable. En relación con la subrogación de acreedor hipotecario, su contenido valuable está fuera de toda duda, ya que mediante ella se documenta una novación subjetiva por la que un tercero ajeno al negocio de financiación original accede a él. Sin embargo, existen más dudas a la hora de determinar si las modificaciones documentadas en los contratos de novación modificativa de un contrato de financiación garantizado por una hipoteca tienen o no contenido valuable.

Se analizan a continuación las cuestiones que han generado una mayor problemática en relación con la tributación por AJD de las escrituras públicas que documentan contratos de subrogación y novación modificativa de un contrato de financiación: la determinación del contenido valuable de los contratos de novación modificativa y la aplicación de la exención contenida en la Ley 2/1994.

#### *3.2.2.2 La valuabilidad de las escrituras públicas de novación hipotecaria*

La Ley del ITP y AJD no precisa qué se debe entender por “*tener como objeto una cantidad o cosa valuable*”. Por su parte, el R del ITP y AJD se limita a establecer que se entiende que el acto es de objeto no valuable “*si no puede determinarse su cuantía en ningún momento de su vigencia, incluido el de la extinción*”. De acuerdo con la interpretación jurisprudencial más extendida, se entiende por objeto el fin objetivo del negocio jurídico que se instrumenta a través de la escritura. De esa manera, sería valuable una escritura que documentara una transmisión o constitución de un bien o derecho con contenido patrimonial, mientras que no lo sería en caso de que el negocio recayese sobre relaciones personales o extrapatrimoniales.

En este punto, es importante destacar que el hecho de que la realidad material sobre la que versa el negocio jurídico sea susceptible de valoración no supone que el negocio en sí mismo también lo sea. Así, pueden existir negocios referidos a una propiedad inmobiliaria que no sean valubles aunque recaigan sobre una realidad susceptible de valoración (por ejemplo, cambio de destino de fincas, modificación de linderos de fincas que no supongan transmisiones patrimoniales, etc.). A efectos de advertir la existencia de dicho carácter

valuable, el TS (en sus sentencias de 3 de marzo de 2001, 29 de junio de 2007 y 26 de abril de 2010, entre otras) sostiene para el supuesto de modificación del valor de unas acciones sin alterar la cifra de capital social que:

*“En las operaciones en las que el capital social no experimenta ninguna variación y en las que se produce un mero canje de acciones sin mutar el valor conjunto de las poseídas es imposible advertir la existencia de cantidad o cosa valuable [...].*

*Esta Sala, por el mero hecho de que las escrituras que documentan determinadas operaciones (transformación de la sociedad, cambio de su condición de acciones nominativas o al portador, "destrucción" de títulos previamente amortizados) contengan la expresión de la cifra del capital social o de la parte del mismo afectada por la operación, nunca ha considerado tales instrumentos representativos de un objeto consistente en cantidad o cosa valuable”.*

En consecuencia, es el acto o contrato subyacente el que tiene que tener contenido económico, sin que baste con que el documento recaiga sobre una realidad susceptible de valoración económica. Es cierto que determinadas modificaciones que pueden incluirse en la novación de un contrato de financiación con garantía hipotecaria (como, por ejemplo, la expresión de una serie de ratios cuyo incumplimiento determina el nacimiento de una serie de obligaciones personales para el prestatario) pueden ser evaluables desde un punto de vista económico, puesto que tienen un contenido patrimonial. Sin embargo, cuando éstas carecen de contenido económico directo (el juicio de valuabilidad debe referirse a los actos documentados en la novación y no a la realidad, el contrato de financiación hipotecaria) no puede predicarse el requisito de valuabilidad.

En consecuencia, las modificaciones documentadas en una escritura pública de novación deben ser valubles por sí mismas para poder quedar sujetas al AJD, sin que baste que éstas recaigan sobre un contrato de financiación, cuyo contenido económico queda fuera de toda duda. En este sentido, una novación modificativa de un contrato de financiación hipotecaria únicamente debe quedar sujeta al AJD en la medida en que se modifique la responsabilidad hipotecaria garantizada, base imponible del impuesto en las constituciones de hipotecas (artículo 10.2.c) de la Ley del ITP y AJD) y, por lo tanto, elemento que determina la valuabilidad del acto documentado en el contrato. Sostener la tesis contraria equivaldría a

decir que el contenido económico del contrato de financiación con garantía hipotecaria (la responsabilidad hipotecaria total) sería igual en cualquier acto que verse sobre éste, extremo que resulta incoherente en los supuestos donde el negocio que versa sobre el contrato no altera la responsabilidad hipotecaria y carece por tanto de contenido susceptible de cuantificación patrimonial.

En relación con este asunto, la DGT ha señalado, en sus contestaciones a consultas vinculantes número V1487-08 de 17 de julio y número V1248-09 de 26 de mayo, que las escrituras públicas de novación de préstamos hipotecarios en las que no se varían las cantidades objeto de garantía hipotecaria no tienen por objeto cantidad o cosa valuable y, por tanto, no quedan sujetas al AJD. En esas consultas, la DGT establece que *“el contenido valuable que constituirá la base imponible de la cuota gradual de actos jurídicos documentados, documentos notariales, será el correspondiente a la modificación de la suma total garantizada, que no ha tributado previamente”*. Sin embargo, la DGT parece defender lo contrario en la línea interpretativa iniciada con la contestación a consulta vinculante V0825-11 de 30 de marzo y reiterada en la consulta V3062-11 de 26 de diciembre y las consultas de 22 de marzo de 2012 números V0610-12, V0612-12 y V0613-12. Esas consultas establecen que *“la condición de que el contenido sea valuable, debe entenderse en sentido afirmativo, pues si son inscribibles los documentos que modifiquen la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, no cabe duda de que tales documentos son asimismo valubles en tanto en cuanto documentan el importe de una obligación o capital que se garantiza”* y concluyen que *“en tal caso la base imponible estará constituida [...] por el importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos”*.

Una interpretación literal de esta segunda línea doctrinal podría conducir a la conclusión de que cualquier modificación de un contrato de financiación con garantía hipotecaria, por el mero hecho de ser inscribible, tiene contenido valuable con independencia de que se altere la responsabilidad hipotecaria, que constituye la medida del hecho imponible en el caso de la constitución o modificación de hipotecas<sup>10</sup>. Aunque una interpretación literal de la

---

<sup>10</sup> Entendemos que la contestación de la DGT no debería suponer un cambio de criterio respecto del establecido en contestaciones previas, puesto que, de ser el caso, tal cambio debería haberse justificado como tal por la Administración tributaria en el texto de la contestación (de conformidad con lo dispuesto en el RD

contestación a la consulta número V0825-11 de la DGT podría conducir a considerar que cualquier acto inscribible en relación con una financiación hipotecaria tiene contenido valuable, consideramos que esta tesis sería excesivamente expansiva y que existen argumentos para defender que las modificaciones que no afectan a la responsabilidad hipotecaria gravada no tienen contenido valuable y por ello no están sujetas a AJD.

Por otro lado, se ha puesto de manifiesto en dos contestaciones a consulta vinculante de la DGT muy recientes (la número V0403-12 de 22 de febrero y la número V1201-12 de 31 de mayo) otra corriente doctrinal de la DGT que parece contradictoria. En las mencionadas consultas, la DGT establece que la escritura de novación de una hipoteca en garantía de un crédito en cuenta corriente, es decir, una hipoteca de máximo, *“carece de contenido económico, en tanto en cuanto la garantía hipotecaria no ha sufrido modificación alguna, por lo que no estará sujeta a la cuota variable del Documento Notarial, sino tan solo a la cuota fija a que se refiere el apartado 1 del artículo 31”*. La DGT no aclara en la contestación a las mencionadas consultas cuál es la argumentación lógica que le lleva a adoptar las conclusiones expuestas ni cuál es el motivo que lleva a diferenciar el tratamiento fiscal aplicable a los créditos garantizados con una hipoteca de máximo y aquellos garantizados por una hipoteca que no tenga dicha característica, en relación con la determinación de cuándo tienen contenido valuable y cuándo no.

Al respecto de lo anterior, resultaría importante que la DGT fijase un razonamiento claro y objetivo que permitiese extraer un criterio general para determinar si un acto o contrato tiene contenido valuable o no. En general, se percibe que las contestaciones a consultas vinculantes en relación con este asunto adolecen de dos defectos principales que sería recomendable solucionar.

Por un lado, la redacción del supuesto de hecho en las consultas publicadas por la DGT es, en general, reducida e insuficiente para poder cumplir el objetivo establecido por la LGT en su artículo 89.1 de poder extrapolar los criterios contenidos en las consultas tributarias escritas a otros supuestos con los que exista identidad de hecho. En este sentido, es recomendable que la

---

1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos).

descripción de los hechos consultados se publique de forma extensa y detallada, de manera que pudiese resultar más sencillo el extraer criterios de aplicación de los tributos que fuesen aplicables a situaciones similares en las que pueda encontrarse otro contribuyente.

Por otro lado, en muchos casos, la DGT establece una serie de conclusiones en sus contestaciones a consultas vinculantes sin exponer la argumentación que conduce a esas conclusiones. Ello provoca que al contribuyente le resulte en ocasiones complicado extraer una serie de criterios objetivos y generales en relación con la sujeción o no (valuabilidad o no) de las modificaciones documentadas en los contratos de novación modificativa de un contrato de financiación garantizado por una hipoteca.

En nuestra opinión, el criterio que resulta más correcto es entender que una novación modificativa de un contrato de financiación hipotecaria únicamente debe quedar sujeta al AJD en la medida en que se modifique la responsabilidad hipotecaria garantizada, base imponible del impuesto y elemento que determina que el acto documentado en el contrato tenga contenido valuable. Sin embargo, sería importante que la doctrina administrativa fijara unos criterios que, aunque llegasen a una conclusión distinta, fuesen claros, no fuesen oscilantes y permitiesen extrapolar unas conclusiones genéricas aplicables a cualquier caso particular.

En este sentido, resultaría interesante que se solucionase esta problemática, para lo cual la Administración tendría varias posibilidades. La primera sería emitir una consulta en la que clarifique cuál debe ser el criterio aplicable a la valuabilidad de las escrituras públicas de novación modificativa de contratos de financiación con garantía hipotecaria y en la que indique qué consultas deben permanecer vigentes en cuanto a sus conclusiones en relación con este asunto y qué consultas son sustituidas por esa consulta aclaratoria. Una segunda alternativa, preferible por generar una situación de mayor seguridad jurídica, sería la emisión de una resolución interpretativa de la DGT que clarifique cuál debe ser la interpretación que prevalezca y qué criterios objetivos deben tomarse en consideración en el análisis de este asunto. En tercer lugar, también existiría la posibilidad de que la Administración emitiese un

RD en el que se determinasen los criterios de tributación por AJD de las escrituras públicas de novación modificativa de contratos de financiación con garantía hipotecaria<sup>11</sup>.

### *3.2.2.2.3 La Ley 2/1994: exención en AJD de las escrituras públicas de subrogación y novación modificativa*

La Ley 2/1994 establece la exención de determinadas escrituras públicas de subrogación y novación modificativa de contratos de financiación con garantía hipotecaria, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en los artículos 7 y 9 del mencionado texto legal.

Por un lado, el artículo 7 de la Ley 2/1994 dispone que *“Estará exenta la escritura que documente la operación de subrogación en la modalidad gradual de Actos Jurídicos Documentados sobre documentos notariales”*. Los requisitos para que la subrogación de acreedor en un contrato de financiación con garantía hipotecaria sea posible jurídicamente se encuentran desarrollados en la propia Ley 2/1994.

Por otro lado, el artículo 9 de la misma Ley establece que *“Estarán exentas en la modalidad gradual de «Actos Jurídicos Documentados» las escrituras públicas de novación modificativa de préstamos hipotecarios pactados de común acuerdo entre acreedor y deudor, siempre que el acreedor sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1.º de esta ley [es decir, que sea una de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, del Mercado Hipotecario] y la modificación se refiera a las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente, a la alteración del plazo del préstamo, o a ambas”*.

En consecuencia, en la medida en que se cumplan las exigencias legales establecidas en la Ley 2/1994, las escrituras de subrogación en la posición de acreedor hipotecario y las escrituras de novación modificativa de un contrato de financiación hipotecaria deberán quedar exentas de AJD.

La aplicación práctica de las exenciones en AJD establecidas en la Ley 2/1994 a partir de la doctrina administrativa en vigor está generando una manifiesta inseguridad jurídica para los contribuyentes como consecuencia de la incertidumbre en relación con el tratamiento fiscal aplicable. Esas situaciones han generado un claro incremento de la litigiosidad entre

---

<sup>11</sup> De un modo parecido al RD 1704/1999, de 5 de noviembre, por el que se determinan los requisitos y condiciones de las actividades empresariales y profesionales y de las participaciones en entidades para la aplicación de las exenciones correspondientes en el IP.



contribuyente y Administración Tributaria, puesta de manifiesto en el número de consultas vinculantes existentes sobre estos asuntos y, sobre todo, en la gran cantidad de reclamaciones económico-administrativas y recursos judiciales presentados frente a liquidaciones o denegaciones de devolución emitidas por los órganos liquidadores de las distintas Comunidades Autónomas. Entre las mencionadas situaciones, la que sin duda ha tenido un mayor impacto mediático y ha generado una mayor discusión (tanto a nivel doctrinal como a nivel procedimental) es la posible aplicación de las exenciones contenidas en la Ley 2/1994 a otros contratos de financiación que no tengan la calificación de préstamo hipotecario (principalmente, créditos hipotecarios).

A este respecto, la doctrina más autorizada y la jurisprudencia han defendido tanto la posición a favor de la aplicación de las exenciones de la Ley 2/1994 a contratos de crédito hipotecario como la posición contraria, poniendo de manifiesto muchos y muy válidos argumentos. Como argumentos principales de defensa de la equiparación entre crédito y préstamo hipotecario se encuentran (i) las continuas referencias a los créditos que tanto la Ley 41/2007, de 7 de diciembre<sup>12</sup>, como la Ley 2/1994, (ii) el criterio establecido por la DGRN en su Resolución de 29 de febrero de 2008<sup>13</sup>, (iii) la equiparación de los créditos al concepto de préstamo realizada por la Ley del ITP y AJD<sup>14</sup>, (iv) las resoluciones del TEAF de Navarra, número 0438/1994 de 18 de septiembre de 1997, del TEAR de Madrid de 6 de agosto de 2009 y del TEAR de Cantabria número 39/01142/09, de 14 de diciembre de 2009 y (v) que la aplicación de las exenciones contenidas en la Ley 2/1994 a créditos hipotecarios no es una interpretación analógica, sino una interpretación extensiva de la misma. Como argumentos principales de

---

<sup>12</sup> Por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

<sup>13</sup> Que señala que “*el planteamiento restrictivo que mantiene la Registradora en la calificación impugnada queda, por otra parte, superado por la voluntad de modificación declarada por el Legislador en la Ley 41/2007, de 7 de diciembre. En efecto, la Exposición de Motivos de ésta (cfr. apartado V) señala como finalidad expresa de la norma el «...alcanzar la neutralidad en el tratamiento regulatorio de los diversos tipos de créditos y préstamos hipotecarios...»;* y si bien es cierto que en determinados párrafos de la citada Ley se hace referencia únicamente a los préstamos hipotecarios, no lo es menos que otros numerosos artículos, como el 7, 8, 9 o el 13, al dar nueva redacción al párrafo segundo del artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, se refiere tanto a préstamos como a créditos hipotecarios, por lo que resulta razonable concluir la procedencia del procedimiento subrogatorio tanto respecto de unos como de los otros; conclusión a la que conduce igualmente la finalidad de la norma de extender los beneficios de su régimen”.

<sup>14</sup> Tanto el artículo 15.2 de la Ley del ITP y AJD como el artículo 25.2 del R del ITP y AJD establecen que “*se liquidarán como préstamos personales las cuentas de crédito, el reconocimiento de deuda y el depósito retribuido*”.



defensa de la posición contraria encontramos (i) la doctrina de la DGT de prohibición de aplicación de la analogía en materia de exenciones y beneficios fiscales en general<sup>15</sup>, (ii) la aplicación del principio “*Ubi Lex voluit, dixit; ubi non voluit, tacuit*” (donde la Ley lo quiso, lo dijo; donde no lo quiso, calló), y (iii) las sentencias del TSJ de Madrid número 471/2011, 472/2011, y 473/2011, de 8 de junio, y la número 50/2012, de 3 de febrero.

En este sentido, creemos necesario poner de manifiesto los perjuicios que puede generar el hecho de aplicar un tratamiento tributario desigual a situaciones equiparables. Así, parece no tener mucho sentido que se aplique un tratamiento fiscal distinto a las subrogaciones y novaciones de créditos hipotecarios y de préstamos hipotecarios cuando el primero de los contratos citados no es más que una subespecie del segundo y cuando en el ámbito empresarial ambas figuras se utilizan de forma indistinta.

Con arreglo al artículo 1740.1 del Código Civil, “*Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra [...] dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo*”. Sin embargo, el contrato de crédito carece de regulación positiva, ya que en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra meramente mencionado (en el artículo 175.7º del Código de Comercio como un acto típico de las compañías de crédito). El contrato de crédito cabe claramente en la definición de préstamo contenida en el Código Civil ya citada. Así, por el contrato de crédito, “*una de las partes entrega a la otra [...] dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad*”, sin que exista en la regulación del préstamo ninguna referencia que establezca cómo debe disponerse del dinero prestado ni que se oponga a la posibilidad de que las partes acuerden que el préstamo sea disponible para el prestatario en más de una disposición. Así, podemos afirmar que el contrato de préstamo es el género, y el contrato de crédito la especie (del mismo género, por lo tanto), ya que la orfandad normativa del segundo se suple con la regulación del primero y la única diferencia entre ambas es la forma de disposición de los fondos pactada (normalmente de una sola vez al inicio para el préstamo o en varias disposiciones sucesivas para el crédito).

---

<sup>15</sup> Doctrina recogida en las contestaciones a consulta vinculante de la DGT números V1291-08, de 19 de junio, V1829-09, de 6 de agosto, V0309-10, de 19 de febrero, V1987-09, de 10 de septiembre, V0309-10, de 19 de febrero, o V1154-10, de 28 de mayo, entre otras.

Efectivamente, perteneciendo el crédito y el préstamo a la misma especie contractual (diferenciándose únicamente el crédito del préstamo en que en el primero se sustituye la entrega de dinero por la creación de una disponibilidad crediticia a favor del cliente, de manera que, durante el tiempo pactado, éste podrá ir utilizando fondos en el modo y cuantía que precise) resulta extraño que el tratamiento fiscal aplicable a los mismos sea distinto. Esa disparidad afecta de forma directa y evidente al tráfico jurídico, ya que se condicionan decisiones económicas de los empresarios y profesionales sobre la base de motivos puramente fiscales cuando la finalidad de obtener una ventaja fiscal no debería ser un motivo en la toma de decisiones económicas.

La equiparación entre crédito y préstamo se hace todavía más evidente en los casos en los que el acreditado no puede disponer de cantidades adicionales del crédito por haberse agotado el disponible o haber finalizado el período de disposición crediticio (esta tesis ha sido aceptada por la DGT en ciertos supuestos —contestaciones a consulta vinculante número V1156-11, de 10 de mayo y número V2832-11, de 1 de diciembre— en relación con productos financieros con unas características muy concretas). En estos casos, el agotamiento por el acreditante del crédito concedido asimila claramente esta figura a la del préstamo, ya que el acreditado, al igual que el prestatario, tendrá únicamente la obligación de devolver la suma dispuesta en el plazo convenido, más los intereses pactados.

En consecuencia, sería recomendable que se unificase el tratamiento fiscal aplicable a los contratos de préstamo hipotecario y los contratos de crédito hipotecario, de manera que la fiscalidad no se convierta en un elemento definitivo en la toma de decisiones empresariales por los actores en el mercado.

#### *3.2.2.2.4 Conclusiones*

Las escrituras públicas que documenten la subrogación de acreedor o la novación modificativa de contratos de financiación con garantía hipotecaria deben quedar sujetas al AJD únicamente en aquellos casos en los que se cumplan los requisitos establecidos por el artículo 31.2 de la Ley del ITP y AJD, esto es, que nos encontremos ante (i) la primera copia de una escritura o acta notarial, (ii) que tenga por objeto cantidad o cosa valuable, (iii) que contenga actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil, de la

Propiedad Industrial y de Bienes Muebles (iv) no sujetos al ISD o a las modalidades OS o TPO del ITP y AJD.

Sin embargo, la Ley 2/1994 establece la exención, bajo ciertos requisitos, de las escrituras públicas de subrogación y novación modificativa de contratos de financiación con garantía hipotecaria que se refiera a las condiciones del tipo de interés, a la alteración del plazo del préstamo, o a ambas.

Tal y como se ha expuesto en distintos apartados de este capítulo, entendemos que existe una clara inseguridad jurídica para los contribuyentes en relación con el tratamiento fiscal aplicable a esas escrituras de subrogación y novación hipotecaria. Esa inseguridad se deriva en parte de una poco afortunada redacción del precepto 31.2 de la Ley del ITP y AJD (especialmente en cuanto a la exigencia de que el acto o contrato documentado tenga contenido valuable) y en parte de una doctrina administrativa que adolece de ciertos defectos que la DGT debería subsanar.

En relación con el último punto, las contestaciones a consultas vinculantes de la DGT sobre el tratamiento aplicable a novaciones y subrogaciones hipotecarias que se publican en la página de la AEAT (i) presentan supuestos de hecho muy escuetos que no permiten extrapolar las conclusiones contenidas en ellos a supuestos de hecho similares que afecten a otros contribuyentes, (ii) contienen una doctrina que, en ciertos casos es oscilante e incluso contradictoria y, (iii) como principal defecto, exponen unas conclusiones sin desarrollar la línea argumentativa previa que le permite alcanzar esas conclusiones. Los anteriores defectos impiden que el contribuyente pueda extraer unos criterios generales en relación con la aplicación de la normativa en vigor a un caso en concreto y, en consecuencia, generan una incertidumbre que deriva en un aumento de la conflictividad tributaria entre la Administración y los particulares que tiene efectos perjudiciales para el correcto funcionamiento del sistema tributario.

Asimismo, el hecho de que la Administración defienda la aplicación de consecuencias tributarias diferentes a supuestos de hecho muy similares (como la aplicabilidad de las exenciones de la Ley 2/1994 a préstamos y créditos hipotecarios) provoca una distorsión clara en el mercado, consistente en que los empresarios tomen decisiones económicas basadas únicamente en consideraciones fiscales y que, por lo tanto, se fomente el uso de determinadas

figuras legales frente a otras sin establecer claramente los motivos que llevan a tales conclusiones.

Sería, pues, muy recomendable que la Administración hiciera un esfuerzo por subsanar las deficiencias detectadas en el sentido de (i) clarificar los supuestos de hecho de las consultas publicadas, así como desarrollar detalladamente los argumentos que llevan a adoptar determinadas conclusiones en relación con el tratamiento fiscal de determinadas figuras y (ii) unificar el tratamiento fiscal aplicable (ya sea para determinar su tributación o no) de determinadas figuras cuando no existan razones jurídicas que justifiquen que se les aplique una fiscalidad distinta. Lo anterior podría realizarse mediante la emisión de una contestación a consulta vinculante que clarifique los puntos anteriores, la aprobación de una resolución interpretativa aclaratoria por parte de la DGT o mediante una modificación normativa o aprobación de un reglamento interpretativo por parte de la Administración.

### **3.2.2.3 Artículo 108 LMV. Problemas y cuestiones polémicas a la luz de la normativa comunitaria. Necesaria reforma de la norma**

#### *3.2.2.3.1 Características del precepto. Fundamento*

No cabe ninguna duda de que el artículo 108 de la LMV pretende hacer frente a una clásica actividad antielusoria como es la interposición de sociedades. En la medida en que tal actividad se manifiesta en lo que podemos denominar un aprovechamiento indebido o abusivo de una exención —la de la transmisión de acciones o participaciones en el IVA y en el TPO prevista en el artículo 108 de la LMV—, este precepto puede configurarse como una *excepción a la exención*. Por tanto, el único fin del artículo 108 de la LMV es evitar que, a través de la transmisión de acciones o participaciones sociales, se transmitan en realidad inmuebles, y se evite la tributación al amparo de la exención de la transmisión de tales acciones o participaciones. Se trata, por tanto, de hacer frente a una elusión clásica, la de interponer sociedades para, mediante la transmisión del control, transmitir la titularidad de su activo. En este sentido, su origen se remonta al artículo 40 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre medidas urgentes de reforma fiscal. En este precepto se incluían medidas contra la elusión fiscal mediante sociedades, y la única pretensión del precepto era impedir la elusión de Transmisiones Patrimoniales, pues este era el impuesto indirecto que gravaba la transmisión de inmuebles.

La interposición de sociedades como presupuesto de medidas antielusorias es una constante en nuestro Derecho tributario. Así, podemos decir que una de las tipologías de las cláusulas antielusivas especiales es la relacionada con supuestos de elusión fiscal mediante sociedades, junto con las cláusulas que contrarrestan una calificación indebida o abusiva o que se sustentan en la ausencia de motivos económicos válidos. Sin embargo el 108 de la LMV es también una *cláusula de recalificación*, que, como dice la consulta V2282-12 de 30 de noviembre de 2012 de la DGT, supone que una transmisión de acciones *quedará sujeta al impuesto eludido, y ya no como transmisión de valores, sino como transmisión de inmuebles; lo cual implica que desde ese momento la transmisión de los valores en cuestión se tratará en el impuesto aplicable como transmisión de inmuebles a todos los efectos*.

El sustrato antielusorio de la medida, aun cuando formalmente se trate de una *excepción a una exención*, determina la necesidad de que se aplique con moderación, y sólo en los casos de conductas elusivas. No debe ser posible, por tanto, el recurso a la analogía para extender la cláusula antielusoria a supuestos distintos de los expresamente previstos en el texto del art. 108 de la LMV, como recuerda la contestación a consulta de la DGT de 28 de septiembre de 2005 (número 1883/2005). Al tratarse de un hecho imponible complementario resulta de aplicación el art. 14 de la LGT, que descarta la analogía. De esta manera se explica la dicción de la contestación a consulta de la DGT de 20 de junio de 2000, según la cual, sólo *“excepcionalmente la venta de acciones podrá originar el pago del impuesto por la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas”*.

Esta excepcionalidad no es fruto de ningún imperativo de interpretación restrictiva, sino de la propia naturaleza del artículo 108 de la LMV como cláusula antielusoria. De hecho, como la propia contestación a consulta de la DGT de 20 de junio de 2000 (número 1299/2000) proclama, la finalidad del precepto es *excepcionar una exención* cuando se considere que la transmisión de valores *“encubre una enajenación del poder de disposición sobre bienes inmuebles”*. Las cláusulas antielusión sólo deben aplicarse cuando concurra el presupuesto específico establecido por la ley, por lo que su contenido no podrá interpretarse de forma expansiva, pues el objetivo de este tipo de cláusulas siempre es el mismo; cuando se detecte un abuso se aplicará el régimen jurídico-tributario del acto o negocio que se ha pretendido evitar. Se trata de una situación que, por lógica es excepcional y sólo podrá aplicarla la

Administración en los supuestos expresamente contemplados en la norma atributiva de la correspondiente potestad. Así, se ha insistido por parte de la jurisprudencia que una medida antielusiva sólo debe aplicarse existiendo indicios de tal elusión (por ejemplo, sentencias del TSJ de Galicia de 10 de marzo y de 2 de julio de 2011).

La primera crítica corresponde, pues, al uso generalizado o desmedida de esta medida legislativa.

#### *3.2.2.3.2 Problemas en relación con el contenido del precepto*

Varios son los problemas que suscita la redacción actual del artículo 108 de la LMV. Para un somero resumen de ellos, podemos señalar los siguientes:

- Como medida antielusoria que es, el presupuesto de esta medida no se encuentra del todo claro. Siendo este presupuesto la transmisión de acciones o participaciones que encubra la transmisión de inmuebles, conviene aclarar a qué tipo de acciones o participaciones se refiere.
- Resultando claro que ese presupuesto debe incluir las transmisiones en mercados secundarios, la duda siempre se ha suscitado sobre si también las transmisiones en mercados primarios deberían dar lugar a la aplicación del artículo 108 LMV. Recuérdese que el mercado primario es aquel segmento del mercado de capitales donde se realizan las primeras emisiones de valores, en tanto que el mercado secundario es aquél en el cual se negocian, una y otra vez, valores que ya pasaron anteriormente por el mercado primario.

La cuestión es, en suma, si se puede entender aplicable una medida destinada a impedir que con la transmisión de acciones se encubra la transmisión de inmuebles, a negocios traslativos de participaciones subsiguientes a su emisión.

La postura de la DGT ha sido favorable a una aplicación del artículo 108 de la LMV a partir de cualquier transmisión en mercados primarios o secundarios, sobre la base de una interpretación literal del precepto, que establece la aplicación de la cláusula *como consecuencia del ejercicio de los derechos de suscripción preferente y de conversión de obligaciones en acciones o mediante cualquier otra forma*. Por ejemplo, la DGT aprovecha esta referencia a las adquisiciones primarias *cualquiera que sea la forma de*

*las mismas*, para extender la aplicabilidad del artículo 108 de la LMV a casos en que tal adquisición primaria es fruto de una operación gravada en OS.

Así, por un lado, la DGT venía interpretando conjuntamente los artículos 1.2 de la Ley del ITP y AJD y 108 de la LMV, concluyendo la aplicación del TPO a las transmisiones de valores por encajar las mismas en el hecho imponible definido en el artículo 7 de la Ley del ITP y AJD, y salvo que la norma, expresamente, sujetas tales transmisiones a OS. Así ocurría con las operaciones de reestructuración (fusiones, escisiones, aportación de activos y canje de valores, en los términos del artículo 21 de la Ley del ITP y AJD), sujetas a OS y que estaban exentas cuando fuese aplicable el régimen de *diferimiento*. Pero el artículo Séptimo Tres de la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio dispuso la no sujeción de estas operaciones a OS, y declaró que las mismas estarían sujetas pero exentas a TPO y a AJD. Ello facultó a que la DGT defendiese que en operaciones de reestructuración, al estar la transmisión de valores sujeta y exenta a TPO, también resultaba aplicable el artículo 108 de la LMV (consultas V0318-08, de 14 de febrero y la V0814-08, de 21 de abril, ambas de 2008).

Se trata de uno de los aspectos que corrige la reforma del artículo 108 de la LMV que se incluye en la disposición final primera de la Ley 7/2012. Con la reforma, el presupuesto de hecho de la cláusula se circunscribe a “*las transmisiones de valores no admitidos a negociación en un mercado secundario oficial realizadas en el mercado secundario*”, lo cual resulta del todo acertado.

### 3.2.2.3.3 Dudas sobre la constitucionalidad del precepto

Una segunda orientación de crítica del contenido del artículo 108 de la LMV es la que pone en duda su constitucionalidad.

Dentro de la moderación que debe revestir cualquier crítica de inconstitucionalidad, digamos, de salida, que si el artículo 108 de la LMV constituye una auténtica cláusula antielusiva, ésta, en abstracto, tendrá apoyo en la Constitución Española. Luchar contra la elusión y el fraude es una de las expresiones de justicia tributaria. Combatir el fraude tiene directa relación con la justicia tributaria y el TC ha venido fundamentando la lucha contra el “fraude” en sentido



amplio, sin diferenciar entre medidas contra la “evasión” y contra la “elusión”, bien en el “deber de contribuir” como “deber general” (sentencia 50/1995, de 23 de febrero, FJ 6º), o bien en la necesidad de implementar instrumentos a favor de la Administración que eviten una injusta distribución de la carga fiscal, de modo que “*lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar*” (sentencia de 76/1990, de 26 de abril, FJ 3º).

Sin embargo, las medidas legislativas que se habilitan para combatir la elusión deben ser proporcionadas y no vulnerar otros principios constitucionales. Difícilmente se podrá argumentar que nos encontramos ante una previsión proporcionada cuando ésta se viene aplicando en situaciones en las que resulta evidente que no nos encontramos ante una conducta elusiva que encubra la transmisión de un inmueble. Esta peligrosa tendencia se había visto acrecentada por la reforma operada en este precepto por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal. Esta norma ha tenido como objetivo prioritario ensanchar el ámbito de aplicación del artículo 108 de la LMV, para satisfacer las pretensiones recaudatorias de las Comunidades Autónomas, que son las encargadas de aplicar este precepto.

Y todas las modificaciones del artículo 108 de la LMV han venido conduciendo a un resultado similar: la progresiva pérdida de su finalidad antielusoria. El precepto se aplica a todo tipo de operaciones a través de las cuales el adquirente acaba controlando una sociedad en cuyo activo figuran mayoritariamente inmuebles (muy habitual en ciertos casos como empresas hoteleras, sanitarias, parques eólicos...). Al extenderse a supuestos en los que no consta su finalidad elusoria, se viola el principio de proporcionalidad, respecto al que existe una doctrina clásica del Tribunal Constitucional alemán<sup>16</sup>, como exigencia del principio de Estado de Derecho y, en concreto, en su versión de “principio de necesidad” (*Erforderlichkeit*) de la intervención normativa<sup>17</sup>. Como ha señalado el TJUE en su sentencia *Molenheide* de 18 de diciembre de 1997<sup>18</sup>, ninguna medida que tenga como finalidad evitar la

---

<sup>16</sup> Véase, por todos, *BverfGE* 23, 127 ( 133 ).

<sup>17</sup> Véase al respecto ALBRECHT, R.K., *Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab*, Duncker & Humblot, Berlin, 1995, págs. 67 y 68.

<sup>18</sup> Asuntos C-286/94, C-340/95, C-401/95 y C-47/96 ). La sentencia se refiere a una norma belga que establece la posibilidad de trabar embargo preventivo contra los saldos pendientes de devolución en concepto de IVA, en



elusión fiscal debe ir más allá de lo que es estrictamente necesario para lograr dicho fin. Lo que supone rechazar cualquier presunción o ficción con finalidad antielusoria en la que se detecte vulneración de la “prohibición del exceso” o *Übermassverbot*.

Que un sujeto que no ha realizado una operación con ánimo elusorio, sino una operación con claro fin económico, tribute por la vía indirecta de una cláusula antiabuso vulnera el requisito de la proporcionalidad. La exigencia de proporcionalidad supone, como ha dicho el TC, *una relación ponderada de medios a fines* (sentencias 66/1985 —FJ primero— y 50/1995, de 23 de febrero —FJ 7º—) en sus tres vertientes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, y ninguna de las tres se estaría respetando en este caso; la cláusula devendría no necesaria e inidónea por no referirse a una conducta elusiva y sería una medida claramente desproporcionada.

Este punto, en parte, se ha visto solventado a partir de la reforma del precepto, operada por la disposición final primera de la Ley 7/2012. La nueva redacción del precepto dispone que sólo quedan exceptuadas de la exención las transmisiones de valores no admitidos a negociación en un mercado secundario oficial realizadas en el mercado secundario cuando mediante tales transmisiones de valores se hubiera pretendido eludir el pago de los tributos que habrían gravado la transmisión de los inmuebles propiedad de las entidades a las que representen dichos valores.

La reforma limita ahora la aplicación del artículo 108 de la LMV sólo cuando la transmisión se haga con fines elusivos. La norma incorpora una relación ejemplificativa de esos fines *elusorios*, disponiendo que “*salvo prueba en contrario*” se entenderá que se actúa con ánimo de elusión del pago del impuesto correspondiente a la transmisión de bienes inmuebles en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se obtenga el control de una entidad cuyo activo esté formado en al menos el 50% por inmuebles radicados en España que no estén afectos a actividades empresariales o profesionales, o cuando, una vez obtenido dicho control, aumente la cuota de participación en ella.

---

caso de que existieran indicios fundados de que las declaraciones de años anteriores contuvieran datos inexactos —DOCE 98/C 72/01—.

- b) Cuando se obtenga el control de una entidad en cuyo activo se incluyan valores que le permitan ejercer el control en otra entidad cuyo activo esté integrado al menos en un 50% por inmuebles radicados en España que no estén afectos a actividades empresariales o profesionales, o cuando, una vez obtenido dicho control, aumente la cuota de participación en ella.
- c) Cuando los valores transmitidos hayan sido recibidos por las aportaciones de bienes inmuebles realizadas con ocasión de la constitución de sociedades o de la ampliación de su capital social, siempre que tales bienes no se afecten a actividades empresariales o profesionales, y que entre la fecha de aportación y la de transmisión no hubiera transcurrido un plazo de tres años.

La reforma, a pesar de que debe ser saludada positivamente en cuanto a sus intenciones, introduce una dosis de inseguridad jurídica, al dejar abierta la posibilidad de que la Administración detecte otros supuestos de elusión, no concretar el rango de artificiosidad, no decir si la elusión debe realizarse a través de simulación o de negocios a los que sea aplicable el conflicto del artículo 15 de la LGT y no recoger expresamente una regla de motivo económico válido. En concreto, llama la atención el posicionamiento de la DGT sobre esta nueva redacción del artículo 108 LMV, al decir que los supuestos de elusión contenidos en el nuevo precepto son enunciativos y no taxativos (consulta V2282-12 de 30 de noviembre de 2012).

#### *3.2.2.3.4 Vulneración de las exigencias de derecho de la Unión Europea*

Una objeción permanente al artículo 108 de la LMV, es que es incompatible con el Derecho europeo. De acuerdo con abundante jurisprudencia del TJUE, para llevar a cabo un test de compatibilidad de un determinado precepto con el Derecho europeo, es necesario seguir el siguiente esquema:

En primer lugar, es necesario determinar si el precepto afecta o no a una libertad comunitaria. En caso de que no le afecte procede comprobar si la norma está autorizada por una Directiva y sólo si lo está, se llevará a cabo un examen estricto a partir de esa Directiva.

Si se acredita que el precepto cuestionado afecta a una libertad comunitaria, lo segundo será determinar si se produce una discriminación o una restricción de dicha libertad. Y si tal

discriminación se produce deberá verificarse, como en el caso anterior, si la norma está autorizada por una Directiva.

Si no está amparada por una Directiva, será necesario tener en cuenta lo dicho por la sentencia *Centros*, de 9 de marzo de 1999 (Asunto C-212/97), del TJUE, según la cual las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Si se entiende que la medida está amparada por un motivo de interés general procederá llevar a cabo un análisis de proporcionalidad de la medida cuestionada, a los efectos de verificar si es idónea para conseguir la finalidad que se persigue, pues, incluso cuando existe una medida discriminatoria justificada por razones de interés general ésta será contraria al Derecho europeo si es desproporcionada. Así se desprende, por ejemplo, de la sentencia *X e Y*, de 21 de noviembre de 2002, (Asunto C- 436)<sup>19</sup>.

Si la discriminación o restricción no está amparada por alguna excepción de interés general que la justifique o si lo está, pero es desproporcionada, la conclusión debe ser que la medida es contraria al Derecho europeo.

Como tal declaración corresponde al TJUE, el órgano judicial deberá plantear la cuestión prejudicial.

El artículo 108 de la LMV supone una restricción a la libertad de establecimiento recogida en el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, al tratarse de una medida que disuade a las empresas establecidas en otros Estados miembros de establecerse en España mediante la adquisición de sociedades ya constituidas. De esta manera, la existencia de un

---

<sup>19</sup> El asunto dilucidado giraba en torno a una norma sueca, que disponía en resumen que la cesión a título gratuito de elementos de activo (está pensando fundamentalmente en acciones) a una sociedad anónima sueca participada directa o indirectamente por el cedente constituye una cesión a título oneroso por el precio de coste. Por consiguiente, la tributación de las plusvalías latentes en el activo se difiere hasta el momento de la enajenación de la participación en la sociedad cesionaria. En cambio, si la sociedad cesionaria es extranjera o sueca, pero participada por una extranjera, la cesión se considera hecha por el precio de mercado, lo que supone que la plusvalía realizada se integra en la base imponible del impuesto sobre la renta. Esta norma se justifica por el riesgo de eludir la imposición sueca.

artículo como el 108 de la LMV discrimina la adquisición de empresas frente a la adquisición de activos. Según establece la doctrina del TJUE, una medida nacional que suponga una restricción a la libertad de establecimiento puede admitirse siempre y cuando existan razones de interés general que la justifiquen, como puede ser la necesidad de luchar contra la evasión fiscal.

Es necesario valorar si la medida se justifica por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Siendo una medida antielusoria, hay que acudir a la jurisprudencia del TJUE sobre la adecuación con el Derecho comunitario de las previsiones legales de este tipo.

El TJUE ha afirmado que una supuesta vulneración de la libertad de establecimiento sólo sería posible, por motivos antielusorios, cuando concurriese un verdadero comportamiento elusivo. En este sentido resulta emblemática la sentencia *Cadbury Schweppes* de 12 de septiembre de 2006 (C-196/04), según la cual las medidas antielusivas serán desproporcionadas y generarán inseguridad jurídica cuando no se apliquen sólo a sociedades “*artificiales, carentes de realidad económica*”.

El párrafo 51 de la citada sentencia dice textualmente:

*“51. En cambio, una medida nacional que restrinja la libertad de establecimiento puede estar justificada cuando tenga por objeto específico los montajes puramente artificiales cuyo objetivo sea eludir la aplicación de la legislación del Estado miembro de que se trate (...).”*

Además, ha de tenerse presente que, según reiterada jurisprudencia del TJUE, no cabe una aplicación desproporcionada de las medidas antielusión.

En este sentido el párrafo 47 de la citada sentencia *Cadbury Schweppes* establece lo siguiente:

*“47. Sólo puede admitirse tal restricción si está justificada por razones imperiosas de interés general. Pero, en tal caso, es preciso además que su aplicación sea adecuada para garantizar la realización del objetivo así perseguido y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo(...).”*

En suma, parecería que sólo serían asumibles aquellas disposiciones antielusivas en las que se permita que el particular acredite que no ha llevado a cabo un montaje puramente artificial con la finalidad de eludir la ley nacional. No se trata ahora de insistir en la difícil relación entre la ausencia de *artificiosidad* que postula la sentencia *Cadbury* y la concurrencia de sustancia económica, cuestión clave que afecta a toda la teoría de la elusión tributaria. Lo cierto es que en *Cadbury* parece que el TJUE se centra, a la hora de definir la simulación, en “*comportamientos cercanos a las simulaciones más groseras*”, lo que se identificaría con simulación absoluta, esto es, con la *artificialidad* de la operación, teniendo en cuenta que *artificial*, que sería lo simulado absolutamente, sería distinto de *artificioso* (que en inglés equivaldría a *contrived, affected*). Así, el artículo 15 de la LGT define el negocio artificioso como susceptible de dar lugar al *conflicto* en la aplicación de la ley tributaria, mientras que el negocio simulado del artículo 16 sería el *artificial*.

Asimismo, ha de mencionarse que la Comisión Europea elaboró una Comunicación sobre la aplicación de medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa dentro de la Unión Europea y en relación con terceros países, de fecha 10 de diciembre de 2007, que tiene por objeto (a la luz de algunas decisiones recientes del TJUE) sentar unas bases para, entre otras cosas, hallar el justo equilibrio entre el interés público de combatir las prácticas abusivas y la necesidad de evitar una restricción exagerada de la actividad transfronteriza en el interior de la Unión Europea. Aunque la Comunicación se refiere a la imposición directa, la Comisión no hace en ella sino plasmar los principios jurisprudenciales del TJUE emanados del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por lo que sus conclusiones son perfectamente trasladables a cualquier otro ámbito legislativo competencia de los Estados miembros, y, por supuesto, a la fiscalidad indirecta.

Pues bien, la citada Comunicación establece que “*se produce un abuso exclusivamente cuando, pese a haberse observado las condiciones previstas por la normativa comunitaria, no se logran los objetivos perseguidos por dicha normativa y existe la voluntad de obtener un beneficio creando artificialmente las condiciones exigidas para su obtención (Sentencia Emsland-Stärke, Asunto C-110/99, y Sentencia Halifax, Asunto C-255/02)*”.

Y a continuación sigue diciendo que “*el concepto de evasión fiscal se limita no obstante a los montajes puramente artificiales cuyo objetivo sea eludir el peso de la obligación fiscal*

*nacional. Para ser lícitas, las normas fiscales nacionales deben ser proporcionadas y aplicarse exclusivamente con el fin de evitar montajes puramente artificiales”.*

Es necesario, por tanto, según lo dispuesto en la mencionada Comunicación de la Comisión a la luz de la jurisprudencia del TJUE, que las medidas antiabuso se centren de forma específica en los montajes puramente artificiales destinados a eludir la legislación nacional. El artículo 108 de la LMV supone una clara restricción de la libertad de establecimiento, que no está justificada por razones de interés general y, en particular, por motivos de lucha contra la evasión fiscal.

Además, entendemos que la regulación actual del artículo 108 de la LMV implica una aplicación desproporcionada de una medida antielusión, ya que somete a tributación por TPO la transmisión de acciones de sociedades operativas del mismo modo que la transmisión de acciones de sociedades de mera tenencia de bienes, sin permitir probar que la sociedad cuyo control se adquiere tiene actividad económica o que, en caso de enajenación de los activos, el impuesto que se devengaría sería el IVA, lo cual es totalmente contrario a la doctrina del TJUE a la que hemos hecho referencia anteriormente.

Desde el punto de vista del Derecho comunitario, el artículo 135,1, f), de la Directiva del IVA dispone la exención de las operaciones de negociación de valores, pero no avala una medida como la prevista en el artículo 108 de la LMV, antes de su reforma por la Ley 7/2012. Su concordancia con la Directiva del IVA resultaba más que dudosa, ya que sometía a tributación en TPO, como si fuese una transmisión de inmuebles, la adquisición de participaciones de una sociedad inmobiliaria, sin tener en cuenta la condición empresarial de los intervinientes en la operación. Si el adquirente es un empresario o profesional con derecho a la deducción íntegra del IVA no tiene sentido sujetarlo a un impuesto indirecto no deducible, sin permitirle la opción de tributar por IVA. Ello afectaba a la neutralidad, pieza clave del sistema comunitario de tributación indirecta de empresarios o profesionales.

La citada reforma pasa a disponer que la excepción de la exención en la transmisión de valores supondrá que las operaciones tributen *“en el impuesto al que estén sujetas como transmisiones onerosas de bienes inmuebles”* por lo que ya no se dice que se aplicará siempre la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas. Ello mitiga en buena medida las objeciones a la posible vulneración de la Directiva del IVA.

A ello hay que unir la vulneración de la Directiva de Concentración de Capitales. Recuérdese que la Comisión Europea, en el procedimiento de infracción abierto contra España (Exp. 2008/4760), había emitido un comunicado de prensa (IP/10/83, de fecha 28 de enero de 2010) en el que informaba que había pedido oficialmente a España, mediante un dictamen motivado, que en el plazo de dos meses modificara el artículo 108 de la LMV por vulnerar la Directiva de Concentración de Capitales en el supuesto de una sociedad cuyo activo está constituido al menos en su 50% por inmuebles situados en territorio español y que amplía capital social, de manera que el accionista que suscribe las nuevas acciones adquiere su control (o aumenta su participación de control). Ello puede acontecer cuando dos socios controlen una inmobiliaria al 50% cada uno y haya que efectuar una inyección de medios económicos, vía ampliación de capital, ya que cualquiera de los socios que acuda a la ampliación suscribiendo las nuevas acciones acabaría controlando más del 50%. O también, cuando una persona física participe en dos sociedades, una de las cuales tenga un activo integrado por inmuebles en más del 50%, aunque la participación de esa persona física sea inferior a este porcentaje. Es posible que tenga que *rescatar* económicamente la sociedad con un activo mayormente inmobiliario.

Esta operación de ampliación de capital social tributaba, según la referida norma española, por OS (1%) y por TPO. La Comisión Europea consideraba que la legislación española infringe el artículo 5 de la Directiva de Concentración de Capitales al contemplar un impuesto que se añade al que grava las aportaciones de capital en el caso de determinadas transmisiones patrimoniales que entran en el ámbito de aplicación de la citada Directiva, excediendo del límite máximo del 1% que impone la Directiva.

El gravamen de operaciones como las descritas es fruto de la inclusión, en el presupuesto del artículo 108 de la LMV, de la referencia a adquisiciones en el mercado primario *cualquiera que sea la forma en que la misma se lleve a cabo* y que siempre requerirá la emisión de nuevas acciones. Respecto a este tipo de operaciones es posible, en el plano teórico, diferenciar la operación de la emisión de acciones y participaciones que conlleva y ambas, de la adquisición subsiguiente. El criterio que ha venido siguiendo la DGT para legitimar la aplicación del artículo 108 de la LMV en estos casos consiste, precisamente, en desdoblarse la operación de ampliación de capital, diferenciando, por una parte, lo que es ampliación de capital y, por otra, la entrega de títulos al suscriptor, que sería lo que se somete a tributación



como adquisición en el mercado primario. Pero, al final, y a través de esta diferenciación que debería operar exclusivamente en el plano teórico, pretendiendo gravar una adquisición se estaría gravando un canje de valores o una aportación no dineraria, y al gravar ésta, se estaría incidiendo en la carga fiscal de una ampliación de capital o una fusión, hechos imposables tributados en OS. Esta modalidad impositiva es incompatible con TPO y no existe base alguna para negar, por vía interpretativa, una incompatibilidad proclamada sin excepciones por el artículo 1.2 de la Ley del ITP y AJD. La postura de la DGT no sólo contravenía una incompatibilidad que estaba en la base de la ordenación de la tributación indirecta, sino que podía afectar al régimen de neutralidad, promovido por la normativa comunitaria, para las operaciones de restructuración empresarial.

En cualquier caso, gravar la adquisición de acciones emitidas, aunque sea por la vía indirecta de la aplicación de una cláusula como la del artículo 108 de la LMV, resultaba contrario a la doctrina del Derecho europeo, que prohíbe que se haga tributar la emisión de acciones, participaciones y otros valores. Así, tanto la Directiva 69/335/CEE del Consejo, de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales de 17 de julio, en su versión modificada por la Directiva 85/303/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1985, como la Directiva de CC, incluyen esta prohibición. En concreto, esta última dispone en su artículo 5,2 que *“los Estados miembros no someterán lo siguiente a ninguna forma de imposición indirecta: a) la creación, la emisión, la admisión a cotización en bolsa, la puesta en circulación o la negociación de acciones, participaciones u otros valores de la misma naturaleza, así como de los certificados representativos de esos valores, sea quien fuere el emisor; b) los empréstitos, incluidos los públicos, contratados en forma de emisión de obligaciones u otros valores negociables, sea quien fuere el emisor, y todas las formalidades a ellos relativas, así como la creación, emisión, admisión a cotización en bolsa, puesta en circulación o negociación de esas obligaciones u otros valores negociables”*.

El gravamen de la emisión de acciones por la vía indirecta de la aplicación del artículo 108 de la LMV vulneraría, a nuestro juicio, esta prohibición. Valga como ejemplo lo expuesto por el TJUE, entre otras muchas, en la sentencia de 15 de julio de 2004 (As. C-415/02), *Comisión contra el Reino de Bélgica*, según la cual el Reino de Bélgica incumplía las obligaciones fruto del artículo 11 de la entonces vigente Directiva 69/335/CEE del Consejo sobre impuestos



indirectos que gravan la concentración de capitales, por someter a imposición las suscripciones efectuadas en Bélgica de títulos nuevos, creados con motivo de la constitución de una sociedad o de un fondo de inversión, bien como consecuencia de la realización de un aumento de capital, o bien con motivo de la emisión de un empréstito. Y aunque es cierto que a través de la aplicación del artículo 108 de la LMV se gravaría la adquisición de las acciones o participaciones derivadas de la emisión y no la emisión propiamente dicha, también es cierto que someter a gravamen la primera adquisición de un título nuevamente emitido supone, en realidad, gravar su propia emisión, pues como dijo el TJUE en la citada sentencia de 15 de julio de 2004, *“una emisión de títulos no basta por sí misma, sino que sólo tiene sentido a partir del momento en que los citados títulos se suscriben”*.

En suma, el artículo 108 de la LMV incluiría una sobreimposición que contraviene la Directiva de Concentración de Capitales en cuanto que ésta prohíbe, con carácter general, establecer impuestos adicionales a los que gravan la constitución o aumento de capital sobre los títulos representativos de dicho capital social. Y ello, porque este capital ya ha sido gravado en la constitución de la sociedad o aumento de su capital (art. 10 en relación con el art. 4). Por lo que tiene de regresivo y de contrario a la línea trazada por la jurisprudencia comunitaria, debe corregirse esta perniciosa interpretación administrativa.

Frente a ello, sin embargo, desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea, la polémica había sido zanjada por el auto del TJUE, de 6 de octubre de 2010 (asunto C-487/09), según el cual: *“la Directiva 69/335 no se opone a dicha norma incluso en los supuestos en que no hubo intención de eludir el impuesto, las sociedades son operativas y los inmuebles no pueden disociarse de la actividad económica de dichas sociedades”*.

#### *3.2.2.3.5 Orientaciones y estrategias en el cuestionamiento del artículo 108 de la LMV desde la perspectiva del derecho de la Unión Europea*

En suma, tres son las líneas que pueden marcar la contravención del Derecho de la Unión Europea por el artículo 108 de la LMV. En primer lugar, el precepto vulnera el Tratado por suponer una violación de la libertad de establecimiento no justificada por razones de interés general y que resulta desproporcionada como cláusula antielusoria. En segundo lugar, viola la Directiva del IVA por sujetar a un impuesto distinto y no deducible, el TPO, operaciones realizadas por empresarios y profesionales. Y, en tercer lugar, vulnera la Directiva de

concentración de capitales por prever un gravamen complementario para la emisión de acciones en relación con ciertas operaciones societarias.

La vulneración de libertades comunitarias se planteaba en relación con los vigentes artículos 43 (libertad de establecimiento) y 56 (libre circulación de capitales) del Tratado CE, en el procedimiento de infracción (Exp. 2008/4760).

Respecto a la aplicación de la medida a actividades que no son propiamente elusivas, fue una de las argumentaciones que expuso el TS en la cuestión prejudicial planteada al TJUE. Así, el TS, mediante auto de 24 de septiembre de 2009, había planteado una cuestión prejudicial con el objeto de que se aclare si la Directiva de Concentración de Capitales permite gravar la transmisión de valores mobiliarios de modo automático y general, siempre que se cumplan determinados requisitos (aun cuando no exista ánimo defraudatorio), tal y como se deduce del texto literal del artículo 108.2 de la LMV, o únicamente en los supuestos de transmisión que en realidad encubren una operación de transmisión de todo o parte del patrimonio inmobiliario de una sociedad para eludir así el TPO. Y también se pedía que se aclarase si la Directiva permite que el artículo 108.2 de la LMV pueda establecer un gravamen por la adquisición de la mayoría del capital de sociedades cuyo activo está mayoritariamente integrado por inmuebles, aunque sean sociedades plenamente operativas y aunque los inmuebles no puedan dissociarse de la actividad económica desarrollada por la sociedad.

En el auto de 6 de octubre de 2010, Asunto C-487/09, el TJUE además de resolver la plena compatibilidad del artículo 108.2 de la LMV con la Directiva 69/335/CEE del Consejo, de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, considera que sus artículos 11 a) y 12.1 a) no se oponen a una normativa de un Estado miembro, como la establecida en el artículo 108.2 de la LMV, en su versión modificada por la Ley 18/1991, que, a fin de impedir la elusión fiscal en el marco de la transmisión de bienes inmuebles mediante la interposición de sociedades, sujeta las transmisiones de valores a TPO cuando dichas transmisiones de valores representan participaciones en el capital social de sociedades cuyo activo está constituido al menos en su 50% por inmuebles y el adquirente obtiene como resultado de la referida transmisión una posición tal que le permite ejercer el control sobre la entidad de que se trate, *“incluso en los supuestos en que, por un lado, no hubo intención de eludir el impuesto y, por otro, dichas sociedades son plenamente*

*operativas y los inmuebles no pueden disociarse de la actividad económica desarrollada por dichas sociedades”.*

Y aunque parece que también se afirma la compatibilidad del artículo 108 de la LMV con la Directiva de Concentración de Capitales, la nota de prensa (IP/10/83, de fecha 28 de enero de 2010) de la Comisión informaba que ésta había pedido oficialmente a España, mediante un dictamen motivado, que en el plazo de dos meses modificara el artículo 108 LMV por vulnerar dicha Directiva. Y, además, el auto citado no cerraba todos los posibles supuestos de incompatibilidad del artículo 108 de la LMV con la normativa europea, entre otras cosas, porque el planteamiento de la cuestión prejudicial a través de la misma no fue lo más acertado desde el punto de vista jurídico, ya que dicho planteamiento había adolecido de ciertos defectos en cuanto a la adecuada invocación de la vulneración de las libertades comunitarias.

Posteriormente, la Asociación Española de Asesores Fiscales (AEDAF) presentaría una denuncia ante la Comisión cuestionando la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea, a partir de la posible vulneración también de la Directiva del IVA. Dicha denuncia fue admitida a trámite el 7 de septiembre de 2010.

Y quedando pendiente un pronunciamiento expreso de la posible compatibilidad del artículo 108 de la LMV con la Directiva del IVA, el auto de 9 de febrero de 2012 del TS vino a plantear ante el TJUE una nueva cuestión prejudicial sobre la base del contenido de la Sexta Directiva, la cual ordena en el artículo 13.B.d.5) la exención, en las condiciones fijadas por los Estados miembros, *“de las operaciones relativas a acciones, participaciones en sociedades o asociaciones, obligaciones y demás títulos valores, salvo que se trate de las participaciones y acciones cuya posesión asegure, de derecho o de hecho, la atribución de la propiedad o del disfrute de un inmueble o de una parte del mismo, supuesto con respecto al que el artículo 5.3 autoriza a los Estados miembros a poder considerarlo como bienes corporales a efectos de la definición del hecho imponible, entrega de bienes”*. El hecho de que el artículo 108 de la LMV tras declarar, con carácter general, la exención, tanto en el IVA como en TPO, para la transmisión de valores, sujeto en ciertos casos tales operaciones al TPO, lleva al TS a plantear que la Sexta Directiva obliga en su artículo 13 B d.5) a sujetar al IVA, sin exención, las operaciones sobre venta de acciones, por un sujeto pasivo del impuesto, que comporten la adquisición del dominio de bienes inmuebles. Ello supone que el

TS se cuestione si la Directiva prohíbe la existencia de normas como el artículo 108 de la LMV que grava la adquisición de la mayoría del capital de la sociedad, cuyo activo está fundamentalmente integrado por inmuebles por un impuesto indirecto distinto al IVA, con desatención de la posible condición empresarial de los intervinientes en la operación.

Por tanto, y a pesar de ciertos pronunciamientos de las instituciones europeas sobre el tema, las dudas sobre la adecuación del artículo 108 de la LMV al Derecho europeo son muy sólidas y militan a favor de la derogación o de, al menos, una reforma en profundidad del precepto.

#### *3.2.2.3.6 La reforma del precepto por la Disposición Adicional de la Ley 7/2012.*

Como hemos apuntado, el texto del artículo 108 LMV experimenta un importante cambio como consecuencia de la disposición final primera de la Ley 7/2012.

Tres son los objetivos de esta reforma.

La primera, que el precepto se aplique sólo cuando la transmisión de acciones o participaciones encubra un comportamiento elusivo, presumiéndose tal comportamiento en los tres casos incluidos en el precepto. Casos que se basan en que la composición del activo de la sociedad cuyas acciones o participaciones se transmiten no esté integrado por inmuebles afectos a una actividad económica. La consulta V2282-12 de 30 de noviembre de 2012 de la DGT, entiende que estos son tres supuestos no tasados. La segunda es excluir de la aplicación del artículo 108 de la LMV a las adquisiciones de acciones o participaciones en mercados primarios. Y la tercera, mantener el impuesto que correspondería originariamente, de manera que si la transmisión de las acciones o participaciones se lleva a cabo por un empresario o profesional, el artículo 108 de la LMV conlleve a la aplicación del IVA y no de TPO.

#### *3.2.2.3.7 Cuestiones polémicas del contenido del artículo 108 de la LMV*

Una vez cuestionado el precepto desde la perspectiva constitucional y europea, debemos hacer una breve referencia a algunos aspectos de su contenido, que adolecen de falta de precisión y son causantes directos de buena parte de las distorsiones que provoca el precepto.

Muchos son los problemas de interpretación que viene suscitando la aplicación del artículo 108 de la LMV, pero vamos a señalar algunos muy significativos y que ponen de manifiesto la escasa claridad del precepto: el relativo al concepto de inmuebles y, en especial, a la

inclusión o no de las concesiones y lo referente a si los bienes del activo inmaterial deben estar o no contabilizados, lo que nos lleva a la cuestión de la inclusión del fondo del comercio en el activo. También genera dudas la cuantificación del tributo en el caso de aplicación de la cláusula.

En primer lugar, la norma contempla la transmisión de acciones y participaciones de sociedades en cuyo activo figuren bienes inmuebles, siendo el concepto de inmuebles uno de los más discutidos. Se debate si se debe optar por el concepto civil, que diferencia entre inmuebles por naturaleza o por destino. Cabe un concepto de inmueble que derive del Derecho Público y de la legislación catastral, que incluiría figuras como los bienes inmuebles de características especiales (BICEs), o cabe un concepto contable, que abarcaría ciertos derechos económicos sobre inmuebles (arrendamientos financieros sobre inmuebles).

En cualquier caso, la inclusión o no en el concepto de inmueble de ciertas concesiones ha sido siempre una de las cuestiones más polémicas, que ha generado dudas y confusiones. Recuérdese que el Código Civil califica en su artículo 334.10 como bienes inmuebles “*las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles*”, así como las concesiones de obras públicas, que la DGT ha calificado como “inmuebles por equiparación” (contestación a consulta de 25 de mayo de 2001). Y en contestaciones a consultas de 14 de abril de 2005 y de 19 de junio de 2007 afirmó que son inmuebles en TPO las concesiones de servicios públicos y las de dominio público, salvo que incluyan la posibilidad de realizar obras públicas.

Estas confusiones legales han exigido al legislador tomar cartas en el asunto. A efectos de adaptar la regulación de la cláusula del artículo 108 de la LMV al nuevo régimen concesional, la Ley 11/2009, de 26 de octubre, introdujo en el texto del precepto una salvedad importante, al decir que “*a los efectos de este precepto, no se considerarán bienes inmuebles las concesiones administrativas y los elementos patrimoniales afectos a las mismas regulados en el Reglamento (CE) N° 254/2009 de la Comisión de 25 de marzo 2009, que modifica el Reglamento (CE) N° 1126/2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) N° 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a la Interpretación N° 12 del Comité de Interpretaciones de las Normas Internacionales de Información Financiera (CINIIF)*”.

El problema, era, sin embargo, si la concesión formaba parte del activo a todos los efectos de aplicación de la cláusula. En la sentencia de 17 de noviembre de 2010, resolviendo un recurso de casación para la unificación de doctrina en relación con la transmisión de las participaciones de una entidad que se dedica a la explotación de una estación de servicios, el TS entiende que nos encontramos ante un conjunto de bienes (la concesión administrativa no registrada contablemente, los terrenos y las instalaciones) que no pueden, en ningún caso, ser objeto por separado de transmisión y cuyo destino es unitario, por lo que se debe tomar el valor real de todos los activos, estén contabilizados o no.

En segundo lugar, se duda si los inmuebles que se toman en consideración son los que integran sólo el activo material o si los bienes son los que integran también el activo inmaterial. En sentencia de 17 de octubre de 2011, el TS acude a una interpretación finalista de la norma para señalar que, a efectos de verificar si el valor de los inmuebles es superior al 50% del activo empresarial, es necesario computar los activos intangibles aunque no estuviesen registrados contablemente. En la misma línea, la sentencia del TS de 17 de noviembre de 2010, según la cual se deben sustituir los valores reales por los valores contables de todos los elementos, incluido el fondo de comercio. Y la resolución del TEAC de 28 de marzo de 2011, que afirmaba *“a los efectos indicados es plenamente válida la inclusión de bienes intangibles o inmateriales siempre y cuando quede debidamente acreditada su existencia”*. Sin embargo, respecto a los bienes inmateriales la cuestión fundamental radicaría en determinar si deben figurar en la contabilidad para ser tenidos en cuenta en el activo, cuestión que también llevó aparejadas múltiples controversias, ya que la DGT venía defendiendo, por ejemplo, en contestación a consulta de 27 de diciembre de 2010 (V2811-10), que la sustitución del valor neto contable por el valor real, en orden a determinar el cómputo del activo, procede en relación con todos los bienes del activo, sin exclusión alguna, *“si bien tratándose del fondo de comercio es imprescindible que figure registrado en el activo de la entidad, por lo que debe estar previamente contabilizado”*. Ello suponía que con la aplicación de este criterio del TS, la transmisión de muchas actividades empresariales, como los parques solares o eólicos, no resultasen gravados vía artículo 108 de la LMV, ya que en ellos la concesión o la autorización administrativa de servicio público es un elemento esencial en la consideración del precio (consultas vinculantes de la DGT V0023-10 y V0107-10 emitidas,

respectivamente, con fecha 18 y 25 de enero). Pero no resulta plausible que este efecto tenga lugar como una consecuencia de una interpretación jurisprudencial, respecto a un precepto que carece de claridad.

Además, también la cuantificación de la carga fiscal por aplicación de la cláusula genera problemas.

Conviene recordar que la Administración venía oponiéndose a que la base del impuesto se calculase sobre el porcentaje aplicado sobre el valor de los inmuebles que representan las participaciones transmitidas sobre el capital. Ello suscitaba la polémica de si esa base imponible (valor real o de mercado de los inmuebles) debía ponderarse o no con el porcentaje de acciones que se estuviera transmitiendo. Así la contestación a consulta de la DGT de 2 de febrero de 1998 y las resoluciones del TEAC de 23 de noviembre de 1995<sup>20</sup>, 23 de julio de 1998<sup>21</sup>, 25 de junio de 1999<sup>22</sup> y 9 de mayo de 2001<sup>23</sup>, y las sentencias del TSJ de Navarra de 18 de diciembre de 2002 y del TSJ de Cataluña de 24 de febrero de 2000. El TS en la sentencia de 18 de octubre de 2011 estableció “*que la base imponible en la transmisión de las acciones de la sociedad Inmobiliaria la Manga, S.A debía estar constituida por el resultado de aplicar al valor total declarado de los bienes inmuebles que integraban el activo de dicha entidad (972.999.989 ptas) el porcentaje de participación social adquirido de D. Maximiliano por la entidad, Inmogolf, S.A, (0,49%)*”.

Estas son algunas de las cuestiones, entre otras, que expresan bien a las claras que estamos ante un precepto que lleva, en su redacción, el germen del conflicto.

### 3.2.2.3.8 Propuestas de reforma

Como hemos visto, estamos ante un precepto de escasa calidad técnica. Así lo dijo el TS en 2004. La reforma operada por la Ley 36/2006 pretendió suplir algunas de sus deficiencias, pero no lo logró. Por otro lado, se ha fiado todo el movimiento reformador del artículo 108 de la LMV a una posible declaración de incompatibilidad con el Derecho comunitario. Pero no

---

<sup>20</sup> JT 1995, 1711.

<sup>21</sup> JT 1998, 1681.

<sup>22</sup> JT 1999, 1284.

<sup>23</sup> JT 2002, 512.



cabe encomendar la mejora del proyecto, exclusivamente, a que los pronunciamientos del TJUE sirvan para reconfigurar sustancialmente esta disposición.

Es, por tanto, el legislador el que debe adoptar una clara decisión respecto a este artículo, decisión que ha de bascular entre la pura y simple derogación del precepto y su profunda reforma.

La derogación del precepto podría basarse en que la existencia de una cláusula especial antiabuso no resulta imprescindible si en el ordenamiento existen cláusulas generales que operan con eficacia. Para ello debería valorarse la oportunidad de mantener vigente únicamente el apartado primero del referido precepto, ya que existen en nuestro ordenamiento fórmulas eficaces para combatir los denominados negocios anómalos, como la cláusula de conflicto del artículo 15 de la LGT o la simulación del artículo 16.

Si se opta por la modificación, ésta debe ser de gran calado y ha de estar orientada a que la cláusula se aplique únicamente sobre auténticas transmisiones de inmuebles encubiertas, eliminando la tributación para las transmisiones de valores representativos de negocios en funcionamiento que no tuviesen ánimo defraudatorio. Así parece haberlo querido hacer la reforma del artículo 108 de la LMV por Ley 7/2012.

Sin embargo, la reforma ha optado por señalar tres supuestos en que la elusión se presume, admitiendo prueba en contra. Quizás hubiera sido más eficaz incluir una referencia a la posibilidad del obligado tributario de probar que la operación tenía un motivo económico válido, que excluiría el fraude o la elusión. En su caso, bastaría la alegación de que la operación no es artificial.

Mención aparte merecen los problemas que va a generar en el futuro la aplicación del artículo 108 de la LMV en el IVA. Recordemos que, como se dice en este Informe, una transmisión de valores cuya posesión asegure, de hecho o de derecho, el uso o disfrute sobre un inmueble, está excluida de la exención en el IVA por mandato del artículo 135.1.f) de la Directiva del IVA. Pero corresponde a cada Estado decidir si dicha operación ha de ser tratada como entrega de bienes o prestación de servicios. Siguiendo lo señalado por la sentencia del TJUE, *Zadellhof Vof.*, de 5 de julio de 2012 (As. C-259/11), sólo cabe no aplicar una excepción a la exención de la transmisión de acciones y participaciones cuya propiedad asegure el disfrute de



inmuebles, calificando la transmisión de acciones como entrega de bienes. El legislador no ha efectuado esta calificación. Y queda por saber si, aplicándose el IVA a través del artículo 108 de la LMV, el adquirente empresario o profesional que lo haya soportado por esta vía podrá deducir sin problema un impuesto que realmente se soportó por una adquisición de acciones o participaciones.

#### **3.2.2.4 Incremento del tipo de AJD cuando el obligado tributario renuncie a la exención en IVA**

El artículo 25.1.d) de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias, atribuye la condición de impuesto cedido al ITP y AJD. Y en el artículo 49.1.a) de la misma Ley, y en relación con las competencias normativas que se ceden respecto del ITP y AJD, se dispone que “*en relación con la modalidad Actos Jurídicos Documentados, las Comunidades Autónomas podrán regular el tipo de gravamen de los documentos notariales*”.

Como es sabido, un buen número de Comunidades Autónomas, al amparo de esta posibilidad, han previsto un tipo incrementado en AJD que grava las escrituras notariales en las que se formalice la transmisión de inmuebles cuando en tales escrituras se incluya la renuncia a la exención del IVA.

Así, Andalucía, Castilla y León y Galicia prevén para estos casos un tipo del 2% (el general es un 1,5%); la Comunidad Valenciana, Extremadura y Murcia, un 2% (el general es un 1,2%); Cataluña, un 1,8% (el general es un 1,5%); Castilla-La Mancha, un 1,5% (el general es un 1,25%); Asturias y Baleares, un 1,5 % (el general es un 1,2%); Aragón, Baleares, Cantabria, Castilla y León, Madrid, Murcia y La Rioja, un 1,5% (el general es un 1%).

Sólo Canarias no ha previsto este incremento, aunque ha aumentado recientemente el tipo del 0,75% al 1%.

A nuestro juicio esta práctica es perniciosa y supone graves objeciones desde la perspectiva constitucional y del Derecho europeo.

##### *3.2.2.4.1 Objeciones desde la perspectiva del Derecho constitucional. La desigualdad por razón del territorio*

La primera gran cuestión de calado constitucional que plantea el uso del poder fiscal por las Comunidades Autónomas para incrementar el tipo de gravamen es la relativa a la eventual vulneración del principio de igualdad que podría derivarse de la existencia de regímenes fiscales diversos. El ejercicio de la autonomía puede significar, en términos generales, divergencias de trato fiscal. La autonomía desemboca en una desigualdad por razón de residencia del contribuyente o del territorio en que se sitúen los bienes o derechos en los que inciden las medidas tributarias adoptadas por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de su autonomía financiera.

Aparentemente, parece inevitable que el ejercicio de la autonomía por parte de las Comunidades Autónomas pueda generar situaciones de desigualdad, si tomamos como referencia la posición jurídica de todos los ciudadanos respecto al conjunto del Estado. Así, desde una perspectiva deudora de las tesis de la equidad propias del federalismo fiscal, autonomía e igualdad estarían en permanente tensión, y el ejercicio de la autonomía afectaría a lo que ya hemos denominado equidad horizontal del sistema impositivo. Este conflicto sería consecuencia de la atribución de capacidad normativa a las Comunidades Autónomas sobre los impuestos cedidos. Como consecuencia del ejercicio de este poder normativo tributario pueden existir diferencias de trato en función de la residencia en una u otra Comunidad, diferencias que, tratándose de tributos del Estado, aunque cedidos a las Comunidades Autónomas, pueden dar lugar a discriminaciones territoriales.

Por tanto, no cabría en principio, una objeción general de vulneración de la igualdad por el mero hecho de que, como consecuencia del ejercicio del poder normativo por las Comunidades Autónomas, el tipo de AJD como consecuencia de la renuncia de la exención en el IVA, resulte diferente en las distintas Comunidades Autónomas. Y ello porque una adecuada definición de la igualdad nos debe llevar a entender que ésta sólo comienza donde termina el contenido constitucional de la autonomía. La igualdad sólo entraría en contradicción con la autonomía si se interpretase como uniformidad, tal y como ha acertado a aclarar el TC en sentencia 150/1990 de 4 de octubre (FJ 7º). Pero la concepción constitucional de la igualdad está muy lejos de esta idea y, como lo ha venido señalando el TC, tiene como contenido esencial la prohibición de discriminaciones injustificadas.

No todo tratamiento desigual es discriminación. A ello se ha referido con extraordinaria claridad el TC en el FJ 9 A de la sentencia 76/1990, de 26 de abril, al señalar: “... *no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del artículo 14 de la Constitución Española, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable*”, añadiendo que “... *el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional*”. Dice el TC que “*el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados*”. Además, para que la diferenciación que pueda establecer una ley fiscal sea constitucionalmente lícita, no es suficiente con que lo sea el fin que con ella se pretende conseguir, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resulten de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, “... *de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional...*”. Esta doctrina ha sido aplicada, entre otras, en la sentencia 214/1994, de 14 de julio (FJ 8º B), como antes lo había sido en la sentencia 27/1981, de 20 de julio ( FJ 4º ).

Por tanto, el concepto constitucional de igualdad que se debe manejar a partir del contenido de la norma fundamental no se identifica con una uniformización de situaciones, sino con la no discriminación desde la perspectiva de la exigencia de igualdad en el contenido de la ley, y que se reconduce al problema de la prohibición de la desigualdad que carezca de una justificación objetiva y razonable.

De este modo, y siempre que se entienda la igualdad en sus justos términos, esto es, en un sentido material que suponga excluir tratamientos diferenciados que carezcan de justificación, no resulta verosímil plantear un conflicto entre igualdad y autonomía, entre otras cosas porque la exigencia de igualdad ha de tomar a la autonomía como un dato previo. Sólo podremos

hablar de igualdad de los ciudadanos una vez que admitamos que ésta ha de invocarse tomando como presupuesto las distintas expresiones de la autonomía.

Ni siquiera aceptando un concepto formalista de capacidad contributiva, como tratamiento “desigual de desiguales”, podrían admitirse vulneraciones de la igualdad a partir de la autonomía; la sentencia 19/1987, de 17 de febrero, señala que *“el artículo 31.1 de la Constitución no puede (...) entenderse desligado de las condiciones propias del sistema de autonomías que la Constitución consagra —artículo 137—”* (FJ 4º).

En cualquier caso, aunque admitamos que el conflicto entre autonomía e igualdad es puramente teórico y que debe resolverse a favor de la autonomía en un ejercicio de ponderación de bienes, no podemos excluir la vigencia del principio de “no discriminación” como consecuencia del contraprinzipio de “desigualdad tributaria”. La existencia de tratamientos claramente diferenciados por razón del territorio permite teorizar sobre lo que se denomina “desigualdad tributaria”, idea a partir de la cual podríamos edificar el concepto de discriminación como aquella situación en la que *“una norma tributaria establece una diferenciación entre supuestos que puedan considerarse iguales, careciendo de justificación objetiva y razonable dicho tratamiento diferente”*. La desigualdad sería un contraprinzipio vinculado a los supuestos de discriminación objetiva. Y aunque el TC rechace la exigencia de “uniformidad” en el marco del Estado autonómico, esa uniformidad ha sido defendida por el propio TC, aunque sin aclarar su contenido, a la hora de regular las relaciones entre la Administración central y las Comunidades Autónomas. Por ejemplo, cuando se refiere a la *“uniformidad de las condiciones de vida en todo el territorio nacional”* (sentencias 71/1981, de 30 de noviembre y 15/1989, de 26 de enero). Por otro lado, en la propia sentencia citada 150/1990, de 4 de octubre, se descarta la uniformidad, pero se reconoce *“a lo sumo”* una *“igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales”* (FJ 7º).

No conviene olvidar que, frente a las diversidades surgidas del ejercicio de la autonomía financiera, el artículo 139 de la Constitución Española proclama que *“todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio español”*, y que el auto del TC 182/1986, de 26 de febrero, establece que de ello se desprende la exigencia de salvaguardar la identidad básica de los deberes de los españoles. Esa identidad básica debe quedar garantizada por el carácter estatal de los impuestos cedidos, muchos de los cuales

forman parte de lo que podríamos llamar “núcleo esencial del sistema impositivo” y, en general, por las competencias legislativas del Estado.

A nuestro modo de ver, resulta determinante lo que señala el TC en su sentencia 116/1994, de 18 de abril, cuando dice *“ciertamente, en el ámbito objeto de las presentes cuestiones, este Tribunal ha advertido que el sistema tributario debe estar presidido por un conjunto de principios generales comunes capaces de garantizar la homogeneidad básica que permita configurar el régimen jurídico de la ordenación de los tributos como un verdadero sistema y asegure la unidad del mismo que es exigencia indeclinable de la igualdad de los españoles y no resulta incompatible con las competencias tributarias de las Comunidades Autónomas y con la autonomía financiera y presupuestaria de las mismas”*.

Tomando el sistema autonómico español como punto de referencia, podemos hacer mención a un principio de no discriminación basado en las exigencias mínimas de homogeneidad inherentes a un sistema tributario y en la necesidad de garantizar un contenido esencialmente igual del deber de contribuir de todos los ciudadanos con independencia de la Comunidad Autónoma en que residan. El deber de contribuir se materializa a través de un sistema tributario que en lo esencial debe ser igual para todos y sólo debe diferir en su aspecto cuantitativo, atendiendo a la capacidad económica individual y de carácter territorial en función del ejercicio de la autonomía financiero-tributaria. Garantizar una mínima uniformidad en el deber de contribuir es garantizar una uniformidad en las condiciones de vida, sin que ello deba ser incompatible con el reconocimiento de capacidad normativa a los demás entes territoriales a los que se atribuye autonomía financiero-tributaria. Y esa uniformidad debe alcanzar al derecho a renunciar a la exención en el IVA.

El Estado tiene competencia para asegurar unas condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el cumplimiento de deberes constitucionales, entre los que se incluye el deber de contribuir, competencia atribuida en el art. 149.1.1º de la Constitución, y sería defendible que se utilizase para homogeneizar el tratamiento fiscal en AJD de las escrituras que incluyen renunciaciones a la exención en el IVA. Por ello, la existencia de un tipo incrementado en AJD para supuestos en que se renuncie a la exención en el IVA plantea serias objeciones desde la perspectiva de la igualdad tributaria.

En este sentido, conviene señalar también que si el parámetro para determinar una posible vulneración de la igualdad es la existencia de capacidades contributivas semejantes, puede apreciarse una vulneración de la igualdad ligada a la capacidad contributiva, a la que hace referencia el artículo 31.1 de la Constitución Española, cuando dice que *“todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”*.

Esa vulneración tiene lugar, sin duda, cuando por aplicación de una ley autonómica a algunos adquirentes de inmuebles que tributan por el IVA se les liquide un tipo incrementado de AJD, mientras que a quienes, realizando el mismo hecho imponible —adquisición de un bien inmueble— y, por tanto, manifestando la misma capacidad económica, se les aplica un tipo inferior simplemente por no renunciar a la exención. De manera que, ante una idéntica capacidad de pago, se trata de forma desigual por un presupuesto, la renuncia a la exención por el IVA, que nada tiene que ver con la capacidad contributiva.

La renuncia a la exención en el IVA es un derecho subjetivo y una opción vinculada al principio de neutralidad, esencial en la ordenación del impuesto. El ejercicio de este derecho no es un elemento objetivo que justifique un tratamiento fiscal diferenciado entre el que renuncia y el que no renuncia. En definitiva, dos manifestaciones de capacidad de pago idénticas se gravan de forma desigual, por lo que claramente se quiebra el principio de igualdad establecido en el artículo 31 de la Constitución Española.

Es conveniente, por tanto, que los contribuyentes planteen solicitudes de que los tribunales ordinarios eleven al TC las correspondientes cuestiones de inconstitucionalidad.

#### *3.2.2.4.2 La configuración de la renuncia a la exención en el IVA como un derecho subjetivo del contribuyente. Su fundamento en la neutralidad*

El régimen de deducción del IVA implantado en España es una consecuencia directa del modelo de impuesto aprobado por la Ley de 1985, derogada por la vigente Ley 37/1992 del Impuesto, de 28 de diciembre. De acuerdo con el contenido de la entonces vigente Sexta Directiva, y al amparo de la actual Directiva del IVA, se establece un modelo IVA que tiene en la neutralidad su nota distintiva, de manera que el impuesto no puede suponer un mayor

coste de los distintos *inputs* de la cadena de producción. Así, la deducción del IVA soportado es un elemento fundamental en el funcionamiento del impuesto. Y ello, esencialmente, por dos motivos.

En primer lugar, la deducción permite configurar de manera clara la materia imponible u objeto de imposición del IVA. La deducción faculta que la materia imponible en el impuesto sea realmente el valor añadido en cada tramo de la cadena de producción y comercialización de los bienes y servicios. El impuesto pretende gravar el valor neto del producto o servicio en cada fase del proceso productivo, para lo cual resulta imprescindible despojar al IVA del impuesto pagado en las anteriores fases del citado proceso, mediante la deducción inmediata de las cuotas de IVA soportadas. De esta manera, la deducción inmediata se convierte en elemento medular del impuesto.

En segundo lugar, la deducción inmediata, además de ser un instrumento técnico orientado a facilitar que el impuesto grave realmente el valor añadido (y, por tanto, instrumento de afirmación de la materia imponible del tributo), constituye el mecanismo que asegura que el impuesto se exija en condiciones de neutralidad. Se trata de un instrumento esencial para asegurar la neutralidad del IVA, como así lo ha reconocido también una constante jurisprudencia del TJUE, integrada, entre otras, por las sentencias de 21 septiembre 1988, As. C-50/87, *Comisión/Francia*; 11 julio 1991, As. C-97/90, *Lennartz* y 6 julio 1995, As. C-62/93, *BP Soupergaz*. Y ello, porque si el objeto-fin del impuesto es gravar el consumo, el IVA que los sujetos pasivos pagan a sus proveedores no debe suponer un coste para ellos. Si lo fuera, el proveedor estaría siendo considerado un consumidor final y se estaría desvirtuando la aplicación del impuesto.

Como se ha dicho, la neutralidad requiere que el impuesto no suponga una carga para los empresarios y profesionales, recayendo únicamente sobre el consumidor final, como señala la sentencia del TJUE de 21 de marzo de 2000 (asuntos acumulados C-110/98 a C-147/98, *Gabalfrisa S.L.* y otros contra la AEAT). Y el sistema común del IVA garantiza, por lo tanto, la perfecta neutralidad con respecto a la carga fiscal de todas las actividades económicas, cualesquiera que sean los fines o los resultados de esas actividades, a condición de que estén a su vez sujetas al IVA. Similares afirmaciones se encuentran, entre otras, en las sentencias del



TJUE de 14 de febrero de 1985, *Rompelman*, 268/83 (Rec. p. 655, apartado 19) y de 15 de enero de 1998, *Ghent Coal Terminal*, C-37/95, (Rec. p. I-1, apartado 15).

La Sexta Directiva reconocía el derecho a la deducción de las cuotas soportadas en el interior del país por las adquisiciones de bienes y servicios utilizados en el desarrollo de las actividades sujetas. Así, su artículo 17.1 señalaba que “*el derecho a deducir nace en el momento en que es exigible el impuesto deducible*”. De igual manera, los artículos 167 y 168 de la Directiva del IVA insisten en que los sujetos pasivos tienen derecho a la deducción de las cuotas soportadas, aun cuando dicha deducibilidad esté sujeta a condiciones.

En cualquier caso, el TJUE ha destacado de forma reiterada ese aspecto nuclear que tiene el derecho a la deducción en el régimen común del IVA. Así, la sentencia de 5 de mayo de 1982 (*Schul*, 15/81, Rec. 1982, p. 1409), dispone que “*uno de los elementos de base del sistema del IVA consiste en que el IVA sólo se exige en cada transacción una vez que se ha deducido el importe del IVA que gravó directamente el coste de los diversos elementos integrantes del precio de los bienes y de los servicios...*”. Y las sentencias *Rompelman Aff.*, de 14 de julio de 1998 (Ass. 123 y 330/87), *Oro* de 5 de diciembre de 1989 (As. 165/88) y *Genius Holding* de 13 de diciembre de 1989, (As. 342/87), insisten en que “*un elemento básico del sistema del IVA consiste en que, en cada transacción, el IVA sólo es exigible hecha la deducción del importe de la cuota que ha gravado directamente el coste de los diversos elementos constitutivos del precio de los bienes y de los servicios*”. El sistema común del IVA, como dice la sentencia del TJUE *Ghent Coal Terminal*, de 15 de enero de 1998, As. 37/1995, “*garantiza, por lo tanto, la perfecta neutralidad con respecto a la carga fiscal de todas las actividades económicas, cualquiera que sean los fines o los resultados de las mismas...*”.

Siendo la deducción en materia de IVA un elemento sustancial del impuesto, que define su neutralidad, ello supone, como vimos, que tal deducibilidad sólo puede limitarse en los términos admitidos por la normativa europea. Por tanto, puede legítimamente reputarse contraria a la normativa, una norma que, con carácter general, tiene como objetivo fundamental desincentivar y penalizar indiscriminadamente la posibilidad de renunciar a la exención para poder deducir el IVA soportado. Esto es, puede considerarse —así lo debería hacer el TJUE, al resolver la correspondiente cuestión prejudicial— una medida contraria a las exigencias de neutralidad que presiden el régimen común de IVA en la Unión Europea,



declarando que el incremento de AJD por la renuncia de la exención en el IVA supone vulnerar el derecho a la deducción del IVA. Y ello, porque el artículo 115,1 de la Ley 37/1992 reguladora del IVA configura el acceso a la deducción como un derecho subjetivo vinculado a las exigencias de neutralidad, que se vería violado por una norma que dificulta su ejercicio.

#### 3.2.2.4.3 *Vulneración de las normas sobre financiación autonómica. La prohibición de la compensación oculta (Stillfinanzausgleich)*

El control de constitucionalidad de las normas sobre financiación autonómica, de conformidad con el artículo 28,1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, debe llevarse a cabo, no sólo a partir de los preceptos de la Constitución, sino también de las normas que integran el *bloque de inconstitucionalidad*, entre las que se incluyen la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas. Esta Ley, como ha señalado el TC en sentencia 85/1984, es una norma con naturaleza delimitadora de competencias financieras entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En este sentido, como es sabido, la mencionada Ley, dispone en su artículo 12,1 que “*las Comunidades Autónomas podrán establecer recargos sobre los tributos del Estado susceptibles de cesión...*”, añadiendo que los recargos previstos en el apartado anterior no podrán configurarse de forma que puedan suponer una minoración en los ingresos del Estado por dichos impuestos, “*ni desvirtuar la naturaleza o estructura de los mismos*”.

Aunque este precepto viene referido a recargos, es lógico pensar que lo que no se puede hacer mediante recargos tampoco se podrá hacer por medio del tipo de gravamen. Y, sobre todo, porque lo que pretende prohibir la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas son medidas de las Comunidades Autónomas que alteren de modo unilateral la distribución de ingresos entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Esto es, el precepto prohíbe las llamadas *compensaciones (Stillfinanzausgleich)* que han sido configuradas en la legislación y doctrina alemanas.

Así, el incremento de AJD cuando se renuncia a la exención en IVA debe catalogarse como una previsión normativa que puede ser inconstitucional, pues pretende disuadir la renuncia a la exención en el IVA cuya recaudación se atribuye a Estado, lo que, al mismo tiempo, constituye un incentivo a tributar por Transmisiones Patrimoniales Onerosas, cuyo ingreso corresponde a la Comunidad Autónoma. La regla prevista supone mermar los ingresos del

Estado e incrementar los de las Comunidades Autónomas, pudiendo constituir una medida de compensación indirecta o *compensación silenciosa*. Se provocaría un efecto de compensación no previsto como consecuencia de unas disposiciones unilaterales de las Comunidades Autónomas que provocan una alteración sobrevenida y unilateral de las reglas de reparto de las fuentes de financiación entre el Estado central y los territorios autónomos. En este sentido, las leyes autonómicas que prevén el incremento de la alícuota de AJD, vulnerarían el *bloque de constitucionalidad*.

#### *3.2.2.4.4 Otras cuestiones objetables en la regulación positiva de la renuncia a la exención y conclusiones*

Además de todo lo anterior, la regulación del incremento de AJD por la renuncia de la exención en IVA incluye algunas deficiencias técnicas en su contenido, que han abierto la vía a alternativas negociales tendentes a evitar la aplicación de este tipo incrementado.

Así, en la medida en que la norma prevé el tipo de gravamen incrementado para las primeras copias de escrituras que recogieran de manera expresa la renuncia a la exención contenida en el art. 20.Dos de la Ley del IVA, se suscitó la duda si tal incremento del tipo debía aplicarse cuando la renuncia a la exención se incluyese en un documento privado previo (por ejemplo, en el contrato de promesa de compraventa). En estos casos, a la formalización de la escritura, las partes se limitan a hacer constar el sometimiento y repercusión del IVA.

La redacción de estos preceptos autonómicos deja abiertos resquicios para evitar incurrir en el incremento del tipo de AJD. Ello denota una escasa calidad técnica en unas normas guiadas, exclusivamente, por un afán recaudatorio.

La posible vulneración del principio de capacidad económica, la provocación de compensaciones silenciosas y la eventual contradicción con la Directiva del IVA justifican la derogación de estas previsiones legales autonómicas o, subsidiariamente, la fijación de un tipo incrementado mínimo y máximo por el Estado, para evitar situaciones de manifiesta desigualdad tributaria por razón del territorio.

### **3.2.2.5 La comprobación de valores y mecanismos de resolución de conflictos sobre valoración de bienes. Los sistemas de solicitud de información vinculante**

#### *3.2.2.5.1 Introducción a la comprobación de valores*

Dentro del capítulo III, que la LGT dedica a los denominados “*elementos de cuantificación de la obligación tributaria principal y de la obligación de realizar pagos a cuenta*”, se incluye el artículo 57, en el que se trata la comprobación de valores. A pesar de que nos encontramos ante un precepto situado entre las disposiciones relativas a la base imponible, la comprobación de valores es, en realidad, una especie de la comprobación tributaria. Si por comprobación tributaria entendemos la verificación de la veracidad de los datos referentes al hecho imponible declarado, la comprobación tributaria tendrá como objeto unos aspectos determinados de la base imponible. Así, el artículo 57.1 de la LGT dispone que “*el valor de las rentas, productos, bienes y demás elementos determinantes de la obligación tributaria podrá ser comprobado por la Administración tributaria*”, señalándose a continuación los medios a través de los cuales puede llevarse a cabo esta comprobación. En virtud de ello, la comprobación de valores puede definirse como aquella comprobación orientada a constatar la exactitud y legalidad de las bases imponibles declaradas (valor de las rentas, productos, bienes, etc.) por los obligados tributarios.

Con carácter general, la comprobación forma parte del procedimiento de aplicación del tributo y está dirigida a su correcta liquidación, integrándose en el procedimiento de gestión tributaria del que forma parte. Así lo ha reconocido, incluso, el propio TC, en la sentencia 161/2012, al decir que “*la comprobación de valores forma parte del proceso de gestión tributaria, pues su objeto es la valoración de los bienes o rentas que conforman la base imponible de los tributos*”. Su especialidad radica en el objeto de la misma; la dimensión cuantitativa de la base imponible en los supuestos en que la norma fiscal fija algún elemento de la obligación tributaria por referencia a magnitudes diferentes a la dineraria. Así ocurre en los impuestos que tienen como objeto la propiedad o transmisión de ciertos bienes o derechos y, en especial, los relativos a bienes inmuebles.

El artículo 57 de la LGT regula el presupuesto para el ejercicio de tal potestad y los medios para llevarla a cabo, abundando en la confusión que supone incluir parte del régimen de la comprobación de valores entre las disposiciones destinadas a regular la base imponible. A los aspectos procedimentales hace referencia el apartado cuarto, cuando dice que la comprobación de valores deberá ser realizada por la Administración Tributaria a través del procedimiento previsto en los artículos 134 y 135 de la LGT, en los supuestos en que “*dicha*

*comprobación sea el único objeto del procedimiento, o cuando se sustancie en el curso de otro procedimiento de los regulados en el título III, como una actuación concreta del mismo”.*

#### *3.2.2.5.2 Comprobación de valores y seguridad jurídica*

***En suma, la comprobación es una actividad de naturaleza administrativa, y va a ser únicamente la Administración la que la desarrolle, la cual podrá elegir y aplicar los medios de comprobación, previstos en el art. 57 de la LGT atendiendo a las exigencias particulares del tributo y del bien comprobado. La comprobación supone la aplicación por la Administración de un concepto indeterminado como el valor real, y del recurso por parte de la Hacienda Pública a la llamada discrecionalidad técnica.***

La realidad es que la presencia de conceptos jurídicos indeterminados conlleva una innegable carga de incertidumbre, tanto en lo relativo a la aceptación de los valores propuestos por los contribuyentes como a la posibilidad o no de practicar comprobaciones. Y ello, porque el poder de fijación por parte de la Administración del valor real supone un margen de apreciación que da entrada a una actividad interpretativa de la ley cuyo resultado final no puede, lógicamente, conocer el contribuyente.

Por eso, la delimitación de las facultades de comprobación debe hacerse desde una perspectiva amplia, que complete su régimen jurídico atendiendo a una serie de circunstancias que se encuentran reguladas en distintos apartados de la LGT, y tomando en consideración la necesidad de atemperar la incertidumbre que conlleva la propia figura de la comprobación de valores, como mecanismo para aplicar un concepto indeterminado. Parece necesario, por tanto, prever criterios de valoración de aceptación obligatoria por la Administración, que excluyan la práctica de una comprobación, pues esta es una magnífica vía para disminuir la incertidumbre inherente a la propia categoría de la comprobación de valores.

Así, sería interesante recoger algunas de las aportaciones recientes de la jurisprudencia en materia de comprobaciones desde la perspectiva de la seguridad jurídica. Destacan las sentencias relativas a los medios de comprobación, teniendo en cuenta la doctrina del TC en la sentencia 161/2012, de 20 de septiembre, que defiende la identidad básica de estos medios de comprobación en todas las Comunidades Autónomas y la sentencia del TS de 29 de marzo

de 2012, que propone que la regla general sea la valoración con comprobación *in situ* de la situación del inmueble por el funcionario competente.

Se trataría de que el artículo 57 de la LGT incluyera valores de aceptación obligatoria. El primero de ellos sería la denominada *unicidad de valoraciones*.

### 3.2.2.5.3 La unicidad de valoraciones

Así, el primer valor de aceptación obligatoria procedería del respeto a anteriores valoraciones de ese mismo bien efectuadas en relación con otros tributos, a pesar de que el art. 134.4 de la LGT a la hora de referirse al procedimiento de comprobación de valores dispone que “*en los supuestos en que la Ley establezca que el valor comprobado debe producir efectos respecto a otros obligados tributarios, la Administración tributaria actuante quedará vinculada por dicho valor*”. Se trata de aquellos supuestos en los que el bien o valor comprobado constituye el objeto de una operación en la que están implicados dos o más sujetos, por lo que la valoración del bien o derecho debe ser igual para todos, aunque se encuentren implicados tributos diferentes.

Sin embargo, a nuestro modo de ver, la seguridad jurídica impone dar rango legal al principio de unicidad, que no se contradice con el hecho de que existan valoraciones diversas para un mismo bien a efectos de los diferentes tributos. Esta pluralidad de valoraciones no puede legitimar, sin embargo, que si el parámetro de valoración es igual en dos tributos distintos, la Administración pueda efectuar una valoración distinta de ese bien. O lo que es lo mismo, que exista una *estanqueidad* a nivel de normativo de valoraciones, entendiendo por tal que dos impuestos asignen a un mismo bien un valor distinto, no puede suponer trasladar esa *estanqueidad* a los procedimientos, en el sentido de que la Administración pueda desconocer completamente una valoración efectuada con anterioridad respecto al mismo bien. La unicidad de valoraciones fue defendida por el TS en la conocida sentencia de 10 de marzo de 1986, en la que se proclamaba que, respecto al ITP y AJD, no cabía comprobación de valores para hallar su valor real cuando el contribuyente hubiera declarado el valor deducido conforme a las reglas de valoración del entonces vigente Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio, matizando más adelante el propio TS, en sentencia de 21 de junio de 1988, que cuando el contribuyente se apartase de los valores fijados para el Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio quedaba abierta la posibilidad de comprobar. Pero, frente a ello, el

legislador volvió a introducir la libertad de comprobación y a consagrar el principio de estanqueidad, a través de la disposición final segunda de la Ley del ISD, que modificó los artículos 10 y 49 de la Ley del ITP y AJD, y del artículo 46.1 de la Ley del ITP y AJD.

Aunque la defensa de la unicidad de valoraciones se hizo en las sentencias citadas sobre la base de entender trasladables las definiciones legales de *valor* procedentes de la Ley de un tributo, la reacción legislativa ha sido desproporcionada y contraria a la exigencia constitucional de seguridad jurídica, que debe significar que, fijado administrativamente el valor de un bien (generalmente, el valor *real*), la Administración debe quedar vinculada por el mismo para todos los tributos cuya base imponible se identifique con dicho valor. Una buena parte de jurisprudencia (es el caso de la sentencia del TS de 27 de noviembre de 1996), viene admitiendo como “deseable y clarificadora” la unicidad de valor de los bienes para todos los tributos, lo que no le impide afirmar que, *de lege data*, un bien puede tener asignado distintos valores en función del impuesto que lo grave y que esto no es contrario al principio de igualdad y a la seguridad jurídica. Esto no debe confundirse con la deseable exigencia de que si la Administración atribuye un valor a un bien mediante comprobación, no vaya contra sus propios actos, asignándole un valor distinto.

Esta exigencia de unicidad de valores en sede de comprobación resultó inicialmente defraudada por la LGT, aunque introducía alguna novedad esperanzadora, como la posibilidad de que el valor comprobado produzca efectos con relación a otros obligados tributarios (artículo 134.4). Y, posteriormente, la reforma del artículo 57 de la LGT por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas de prevención del fraude fiscal, introdujo, como novedad, la posibilidad de utilizar como medio de comprobación el precio o valor declarado correspondiente a otras transmisiones del mismo bien. Aunque la ley esté pensando en una *unificación cronológica* que impida que existan diferencias de valores en un período corto de tiempo, el obligado tributario podrá invocar un valor declarado único en relación con distintas transmisiones efectuadas y que tengan como objeto el mismo bien. En desarrollo de esta previsión, el artículo 158.4 del RD 1065/2007, de 27 de julio, que aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, requiere que se mantengan sustancialmente las circunstancias de carácter físico, jurídico y

económico determinantes de dicho valor. Sin embargo, no se articula ningún mecanismo legal para que la Administración acepte este valor si fue declarado y no comprobado o aceptado expresamente respecto a otra transmisión.

En los últimos tiempos, la jurisprudencia ha recuperado el principio de unicidad, en resoluciones como la sentencia de la AN de 15 de septiembre de 2011, que señala que una comprobación realizada por una Comunidad Autónoma respecto a TPO podía sufrir plenos efectos para determinar el precio de mercado entre partes vinculadas en el IS.

Por el contrario, los únicos supuestos que recoge la LGT de imposibilidad de comprobar se encuentran, por una lado, en el artículo 90 y, por otro, en el artículo 134.1. Se trataría de lo que podríamos llamar “sistemas de solicitud de información vinculante”.

#### *3.2.2.5.4 Los sistemas de solicitud de información vinculante*

El artículo 90 de la LGT prevé la obligación de informar sobre el valor de los inmuebles objeto de adquisición y transmisión. No cabe duda de que se trata de un precepto que introduce mayor seguridad en las relaciones jurídicas entre Administración y administrado, y si algo debemos lamentar de su redacción es que limita el alcance de sus efectos al valor de los bienes inmuebles y no de cualesquiera otros activos o elementos susceptibles de ser objeto de transmisión o adquisición.

Este artículo dispone la vinculación por parte de la Administración de aquellos valores declarados que se correspondan con el valor que le haya sido comunicado al efecto por la Administración Tributaria en los términos previstos en este precepto. Este precepto tenía un antecedente claro; el artículo 25 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, que preveía la posibilidad del contribuyente de solicitar a la Administración Tributaria la valoración previa de inmuebles, lo que supone una legalización de la práctica que venían llevando a cabo las Comunidades Autónomas.

Aunque el ámbito de aplicación de este precepto es limitado con relación al tipo de tributo al que afecta (apenas exclusivamente TPO, OS y la modalidad de donaciones de ISD) lo cierto es que la resolución que asigna un valor al inmueble condiciona la posibilidad de comprobar el valor a partir del carácter vinculante de la información sobre él, que el artículo 90 de la LGT circunscribe al plazo de tres meses y limita a la Administración que haya informado. La



vinculación se condiciona a que el obligado haya ajustado su declaración al valor consignado en la información.

Pero esta vinculación no se traduce en una imposibilidad absoluta de comprobar. El artículo 90 de la LGT sí permite que, ulteriormente puedan comprobarse “*los elementos de hecho y circunstancias manifestadas por el obligado tributario*”, pero resulta claro que esta mención legal no puede desvirtuar el significado del precepto, de manera que la comprobación que pueda llevar a cabo la Administración una vez emitida la información sobre el valor no puede ser una comprobación en sentido propio, debiendo limitarse a “*hechos o circunstancias declarados por el obligado tributario, y sólo en la medida en que tales hechos incidan en la valoración*”. En cualquier caso, la norma debería incluir expresamente la plena prohibición de comprobación, como expresión suprema de la vinculación de la Administración con el valor que ha asignado al inmueble.

El segundo límite a la posibilidad de comprobar tiene lugar cuando el obligado tributario hubiese declarado alguno de los valores publicados por la propia Administración actuante en aplicación de los medios previstos en el artículo 57.1 de la LGT. A ello se refiere también la propia LGT en su artículo 134.1 de la LGT, el cual dispone que la Administración Tributaria podrá proceder a la comprobación de valores salvo que el obligado tributario hubiera declarado utilizando los valores publicados por la propia Administración actuante en aplicación de alguno de los citados medios. Ello supone impedir que se lleve a cabo la comprobación de valores si el obligado tributario hubiera declarado de conformidad con los coeficientes objeto de publicación. Sin embargo, la existencia de estos valores publicados no hace perder su sentido al artículo 90 de la LGT, puesto que el obligado, aun cuando el bien pueda valorarse a partir de la aplicación de los coeficientes publicados, siempre podrá pedir la información prevista en dicho artículo 90.

En relación con estas vías de reforzamiento de la seguridad jurídica, entendemos que son un buen punto de partida, pero que resulta imprescindible introducir algunas mejoras.

#### *3.2.2.5.5 Propuestas de modificación*

En tal sentido, proponemos respecto a la información del artículo 90 de la LGT los siguientes ajustes normativos.



- En primer lugar, y de acuerdo con las propuestas de unicidad de valoraciones, debe matizarse la referencia a que “*cada Administración tributaria informará, a solicitud del interesado y en relación con los tributos cuya gestión le corresponda, sobre el valor a efectos fiscales de los bienes inmuebles que, situados en el territorio de su competencia, vayan a ser objeto de adquisición o transmisión*”. La obligación de informar sobre los tributos que corresponden a cada Administración no debería traducirse en una limitación de los efectos de la valoración a esa Administración. Así, el valor atribuido por una Comunidad Autónoma debería ser vinculante también para la Administración del Estado en los tributos que gestione la AEAT.
- Deben modificarse los aspectos temporales del precepto. Debería decirse que los efectos vinculantes tendrán lugar si la declaración del particular se ajusta al valor asignado por la Administración cuando tal valor se utilice en la declaración del consultante, que habrá de presentarse en los seis meses siguientes a la comunicación de la valoración. Y ello tanto en período voluntario como ejecutivo.
- La valoración por la Administración debe tener plenos efectos vinculantes para ésta, lo que debe traducirse en una imposibilidad de comprobación futura; esta imposibilidad no debe admitir excepciones.
- Las resoluciones en las que se asigna a un bien un determinado valor deberían ser recurribles. Estas resoluciones no tienen la condición de actos de trámite, y obligar a esperar a la incorporación del valor a un acto administrativo que ponga fin al procedimiento de gestión, supone una injustificada dilación en el acceso a la justicia.
- El sistema de solicitud de información debe contemplar un método alternativo en el cual el particular pueda proponer un valor para el bien, de modo similar a lo que ocurre con los acuerdos previos de valoración. En tal caso, la falta de resolución en el plazo de seis meses debe significar que la Administración acepta el valor propuesto por el obligado tributario.

### **3.3 TRIBUTACIÓN LOCAL Y AUTONÓMICA**

#### *3.3.1 EL VALOR CATASTRAL*

##### **3.3.1.1 El valor catastral**

En los últimos tiempos el valor catastral se ha convertido en una figura de gran protagonismo dentro de nuestro ordenamiento tributario. Su relevancia en el ámbito local es indudable, en la medida en que constituye la base imponible del IBI y sirve para determinar el valor de los terrenos en el momento del devengo del IIVTNU.

Pero no sólo presenta importancia en relación con los tributos locales, sino también en los siguientes impuestos estatales:

- En el IRPF, constituye uno de los elementos determinantes de las rentas inmobiliarias imputadas. Asimismo, sirve de referencia para determinar el valor de la construcción y del suelo, a efectos de calcular las amortizaciones deducibles de los rendimientos de capital inmobiliario.
- En el IP, es uno de los tres valores que se establecen como referencia para valorar los bienes inmuebles.
- En el IS, sirve de criterio para establecer la proporción entre los valores del suelo y la construcción, a efectos de amortización de las edificaciones.
- De igual modo, en el IRnR conforma la base imponible en el Gravamen Especial sobre Bienes Inmuebles de Entidades no Residentes.
- En el ISD, en la medida en que puede llegar a constituir la base imponible de los inmuebles del IP, la valoración de los inmuebles transmitidos según el valor catastral puede dar lugar a la exclusión de sanciones ante una comprobación administrativa.
- A efectos tanto del ISD como del ITP y AJD hay muchas Comunidades Autónomas que están recurriendo al método de valoración consistente en aplicar un coeficiente multiplicador sobre el valor catastral.

Según el art. 23.1 de la LCI, para la determinación del valor catastral se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

- a) La localización del inmueble, las circunstancias urbanísticas que afecten al suelo y su aptitud para la producción.
- b) El coste de ejecución material de las construcciones, los beneficios de la contrata, honorarios profesionales y tributos que gravan la construcción, el uso, la calidad y la antigüedad edificatoria, así como el carácter histórico-artístico u otras condiciones de las edificaciones.
- c) Los gastos de producción y beneficios de la actividad empresarial de promoción, o los factores que correspondan en los supuestos de inexistencia de la citada promoción.
- d) Las circunstancias y valores del mercado.
- e) Cualquier otro factor relevante que reglamentariamente se determine.

El valor catastral tiene como límite el valor de mercado de los inmuebles. Por tal se considera *“el precio más probable por el cual podría venderse, entre partes independientes, un inmueble libre de cargas”*. Mediante Orden del Ministro de Economía y Hacienda se fijará un coeficiente de referencia al mercado para los bienes de una misma clase.

En los bienes inmuebles con precio de venta limitado administrativamente (caso de las viviendas protegidas), el valor catastral no podrá en ningún caso superar dicho precio (art. 23.2 LCI).

La determinación del valor catastral se efectúa mediante la aplicación de la correspondiente ponencia de valores. De esta regla general se exceptúan los supuestos de cambios de naturaleza del suelo por la modificación del planeamiento y hasta que no se apruebe el instrumento que establezca la edificabilidad de cada parcela (art. 24.1 y 30.2.c LCI). La incorporación o modificación del Catastro Inmobiliario practicada en virtud de los procedimientos de declaración, comunicación, solicitud, subsanación de discrepancias e inspección ha de incluir, cuando sea necesario, la determinación individualizada del valor catastral del inmueble afectado con sus nuevas características aplicando la ponencia o los módulos establecidos para el procedimiento de valoración colectiva simplificada (art. 24.2 LCI).

Las ponencias de valores han de recoger, según los casos, los criterios, módulos de valoración, planeamiento urbanístico y demás elementos precisos para llevar a cabo la determinación del valor catastral y se ajustarán a las directrices dictadas para la coordinación de valores (art. 25.1 LCI).

Estas ponencias pueden contener los elementos y criterios necesarios para la valoración de los bienes inmuebles que, por modificación de planeamiento, adquieran la clase a que se refiere dicha ponencia con posterioridad a su aprobación, a cuyo efecto establecerán las bandas de valores que, en función de tipologías, usos, aprovechamientos urbanísticos y grados de desarrollo del planeamiento y convenientemente coordinados con los del resto del Municipio, puedan asignarse a los bienes inmuebles afectados (art. 25.2 LCI).

Las ponencias de valores han de ser de ámbito municipal, salvo cuando circunstancias de carácter territorial, económico, administrativo o de otra índole justifiquen una extensión mayor (art. 26.1 de la LCI). Dentro de su ámbito territorial, las ponencias de valores podrán ser (art. 26.2 de la LCI):

- a) Totales, cuando se extiendan a la totalidad de los bienes inmuebles de una misma clase.
- b) Parciales, cuando se circunscriban a los inmuebles de una misma clase de alguna o varias zonas, polígonos discontinuos o fincas.
- c) Especiales, cuando afecten, exclusivamente, a uno o varios grupos de bienes inmuebles de características especiales.

La elaboración de las ponencias de valores se llevará a cabo por la Dirección General del Catastro, directamente o a través de los convenios de colaboración que se celebren con cualesquiera Administraciones públicas (art. 27.1 de la LCI).

Las ponencias de valores son recurribles en vía económico-administrativa, sin que la interposición de la reclamación suspenda la ejecutoriedad del acto (art. 27.4 LCI).

### **3.3.1.2 Análisis crítico de la fijación de los valores catastrales: propuestas de reforma**

Es preciso llevar a cabo una reflexión crítica sobre la utilización del valor catastral como base imponible del IBI y elemento determinante de la base imponible del IIVTNU. Decimos esto, ya que no está cumpliendo su función de medición de la capacidad económica derivada de la

propiedad inmueble. Y ello, en la medida en que las revisiones catastrales no han alcanzado una cadencia suficiente y, además, quedan en gran parte neutralizadas tanto por las reducciones que pueden aplicarse como por la propia evolución del mercado inmobiliario.

En este sentido habría que avanzar hacia el establecimiento de un valor administrativo de los inmuebles que funcionara como valor de referencia para la totalidad de los tributos inmobiliarios y que se fijara, con una alta frecuencia, en niveles estadísticamente representativos del comportamiento del mercado. Este valor serviría para garantizar la equidad en este tipo de tributos y evitar las enormes desigualdades que hoy pueden apreciarse entre la imposición local y la estatal (el caso del IRPF o del ITP y AJD), pues en esta última existe comprobación de valores.

A nuestro juicio, este objetivo puede conseguirse mediante una reforma del modelo de valoración, cuyas líneas generales parece que ya están marcadas por la propia Administración (en este sentido, puede consultarse Alvarez Capón, A.M.: “Valoración catastral: análisis y líneas estratégicas para un nuevo modelo”, *Catastro*, diciembre 2011, pp. 7 y ss).

Ello no exige tanto una reforma normativa como un cambio en el modo de actuar del Catastro. Se trata de que dicho organismo sea capaz de asignar valores que reflejen los de mercado, así como la constante y rápida evolución del mercado inmobiliario. De esta forma, se tendría una base imponible del IBI más próxima a la realidad. Pero, insistimos, esta propuesta no pasa tanto por la realización de cambios normativos como por un perfeccionamiento en el modo de actuar de un órgano estatal, como es el Catastro.

En términos más concretos, la reforma pasaría por potenciar la actualización de los valores a través de la LPGE. Ello exige superar el actual modelo, de aplicación de un único coeficiente, que no capta las diferencias entre las diferentes zonas de valor. Sería necesario, por el contrario, la aplicación de coeficientes diferenciados por zona de valor —hay sesenta en España— y por módulo básico de construcción, lo que haría innecesario acudir, en muchos casos, a los procedimientos de valoración colectiva de carácter general.

Adicionalmente, y aquí sí es necesario un cambio normativo, deberían preverse supuestos automáticos de realización de procedimientos de valoración colectiva de carácter general. Estos devendrían en obligatorios cuando, a pesar del uso de la actualización periódica y

permanente, se produzcan variaciones significativas entre los valores catastrales y de mercado que afecten a un número elevado de inmuebles del municipio. Esto es, se trata de poner en marcha estos procedimientos no a petición del municipio o como consecuencia del transcurso del tiempo, sino cuando alteraciones en el mercado determinen el desfase —al alza o a la baja— de los valores catastrales.

No obstante, no es menos cierto que, en el momento en que se introduzcan estos nuevos valores de referencia, se producirán aumentos muy importantes de la base imponible del IBI y, por tanto, de las cuotas tributarias. Por ello, debe darse a los Ayuntamientos la posibilidad de reducir la carga tributaria de sus vecinos.

Una primera posibilidad pasa por trasladar la reducción, regulada en los arts. 67 a 69 de la LHL, con base en una norma transitoria de aplicación generalizada. Es decir, se trata de extender dicha reducción a todos los inmuebles del municipio durante, por ejemplo, los diez primeros años, toda vez que el incremento en base afectará por igual a todos ellos.

Sin embargo, lo cierto es que esta reducción no deja margen de maniobra a los Ayuntamientos, limitando su actuación a la aplicación de una fórmula matemática. Por ello, ha de pensarse en una reducción en base que profundice en la autonomía local. Ésta podría consistir en la aplicación de un porcentaje —con un límite mínimo y máximo—, durante un plazo —con los mismos límites—, a los nuevos valores. De esta forma, se trataría de una reducción obligatoria durante un determinado plazo y en cierta cuantía, pero que podría ser objeto de mejora en ambos aspectos por parte de los Ayuntamientos.

Como puede observarse, la reducción se configura como un paso previo para obtener la base imponible y no como una reducción sobre ésta para hallar la liquidable. Su razón de ser es que nos encontramos ante una medida de carácter transitorio, que no debe alterar la estructura del impuesto.

Es evidente que la propuesta anterior va a permitir que, cada año, los Ayuntamientos cuenten con valores actualizados de modo automático. Sin embargo, existen razones que aconsejan que aquéllos tengan cierta capacidad de decisión a la hora de adaptar los valores a su concreta realidad.

En atención a estas consideraciones, parece razonable proponer la introducción de una reducción en base imponible, aplicable para obtener la liquidable. Su aplicación debe ser voluntaria, en función de dos circunstancias: por un lado, para adaptar el valor a la peculiar evolución del mercado inmobiliario de cada ciudad; por otro, para realizar una política social. La primera ha de ser de aplicación generalizada a todo el municipio; la segunda, por el contrario, podría aplicarse a determinadas zonas y sectores, aunque asegurando la igualdad. Por ello, ha de exigirse que se aplique, por igual, a todos los inmuebles de la zona en la que se quiera realizar esta política social.

### **3.3.1.3 La doble vía de impugnación de los valores catastrales**

El IBI se caracteriza, en cuanto a su gestión, por la diferencia entre gestión catastral y gestión tributaria. La primera corresponde a la Administración del Estado, a través del Catastro y comprende la elaboración de las ponencias de valores, la fijación, revisión y modificación de los valores catastrales y la formación del padrón del impuesto. Los actos de gestión catastral son reclamables en vía económico-administrativa.

La gestión tributaria pertenece a los Ayuntamientos y abarca la concesión y denegación de exenciones y bonificaciones, práctica de las liquidaciones, emisión de los documentos de cobro, resolución de los expedientes de ingresos indebidos, resolución de recursos contra los actos de la propia gestión tributaria y la asistencia e información al contribuyente.

En este contexto, los recursos contra los valores deben interponerse cuando éstos se fijan a través de las ponencias, impugnando éstas. Ahora bien, no es menos cierto que en este momento el ciudadano no es consciente de las repercusiones tributarias de la fijación de los valores, ya que no conoce el importe de las liquidaciones que luego practicará el municipio. Ello determina que, al recibir la liquidación del IBI, los contribuyentes interpongan recursos no sólo dirigidos contra los aspectos liquidativos, sino también contra los relativos a la valoración.

Dicho con otros términos, en la actualidad se simultanean recursos directos contra las ponencias de valores, cuya resolución suele corresponder, en vía judicial, a la AN, con recursos indirectos, resueltos por los TSJ. Además, estos últimos están aceptando tales recursos, incluso, en ocasiones, otorgándolos efectos generales.

El resultado de todo lo anterior son múltiples recursos, resueltos frente a órganos distintos, en los que recaen, en ocasiones, pronunciamientos contradictorios. Además, tal situación introduce un marco jurídico muy inestable, ya que la impugnabilidad de las ponencias se prolonga por un tiempo excesivo. Pero, por otro lado, no puede dejar de reconocerse que la garantía de los derechos de los contribuyentes se salvaguarda mejor si se le da la oportunidad de discutir el valor en el momento en que es conocedor de las consecuencias patrimoniales que le reporta el acto de valoración. Y eso no sucede hasta que no recibe la liquidación por IBI.

La solución a este problema que pretendía dar el Proyecto de Ley por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica pasa por negar la posibilidad de recurso indirecto. Así, se proponía una modificación del art. 27.4 de la LCI, con el siguiente tenor literal:

*“4. Las ponencias de valores serán recurribles en vía económico-administrativa, sin que la interposición de la reclamación suspenda la ejecutoriedad del acto. Dichas ponencias no podrán ser objeto de impugnación con ocasión de la determinación individualizada o la posterior aplicación de los valores catastrales resultantes de las mismas”.*

Esta solución no ha encontrado, finalmente, reflejo real y, a nuestro juicio, no es la mejor para combinar la protección de todos los intereses en juego. Creemos que deben evitarse los recursos indirectos, pero también somos conscientes de la necesidad de ofrecer la necesaria garantía al derecho a la tutela judicial efectiva. Por ello, la solución tal vez pase por complementar una medida similar a la propuesta, de prohibición de los recursos indirectos, con una previsión de mayor información al ciudadano. Consistiría en establecer la obligatoriedad de que, tras la aprobación de la ponencia de valores y en un plazo breve, los municipios tuvieran el deber de realizar y notificar propuestas de liquidaciones de IBI, estimativas y con efectos meramente informativos, de manera que el plazo para interponer el recurso directo se contara desde la notificación de tal liquidación.

### 3.3.2 LA BASE IMPONIBLE EN EL IIVTNU

El IIVTNU es un tributo directo, real y objetivo, que grava el incremento de valor que experimenten los terrenos —en definitiva, una manifestación de la renta, por lo que es un



impuesto sobre la renta— y se ponga de manifiesto a consecuencia de la transmisión de su propiedad, por cualquier título, o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio sobre los mismos (art. 104.1 de la LHL).

Pese a esta definición, lo cierto es que no estamos ante un tributo que, realmente, someta a gravamen su objeto imponible: es decir, las verdaderas plusvalías derivadas de las transmisiones de terrenos. Esta conclusión se desprende del examen de los elementos de cuantificación del tributo y, en particular, de su base imponible. La base imponible del IIVTNU está constituida por el incremento del valor de los terrenos, puesto de manifiesto en el momento del devengo y experimentado a lo largo de un período máximo de 20 años. A efectos de su determinación ha de tenerse en cuenta tanto el valor del terreno en el momento del devengo como el porcentaje en función del número de años transcurridos (art. 107.1 LHL).

Como puede observarse, la Ley ha establecido un sistema cuasi objetivo para la determinación de la base imponible, ya que se llega al incremento de valor del terreno mediante el expediente de aplicar unos coeficientes sobre el valor catastral. Incluso existe algún pronunciamiento judicial que ha abierto la puerta para que dicho sistema no se presente como una ficción o una presunción sin posibilidad de prueba en contrario, sino como una mera presunción *iuris tantum*. Nos referimos a la STSJ de Canarias de 12 de enero de 2001 (JT 2001, 578), que considera que la referencia al “incremento real” que contiene el precepto determina *“que si el incremento verdadero fuese inferior al que resulta de la aplicación de los porcentajes al valor catastral, habría que dar prevalencia a aquél frente a éste. Y técnicamente esto es posible impugnando indirectamente los porcentajes al recurrir la liquidación de que se trate (...), pues en ningún caso es admisible cercenar las posibilidades de defensa del contribuyente frente a la posible determinación arbitraria de unos porcentajes cuya aplicación va a suponer un claro distanciamiento de los incrementos de valores reales”*.

Cualquier propuesta de reforma del IIVTNU debe convertirlo en un tributo que, realmente, someta a gravamen su objeto imponible, es decir, las verdaderas plusvalías derivadas de las transmisiones de terrenos. Puede replicarse, de contrario, que una propuesta como la presente puede suponer una sobreimposición, por su confluencia con el IRPF y con el IS. No obstante,

dicha situación es aún peor en la actualidad, cuando se da esta imposición acumulada, pero sobre valores no reales, sino meramente estimados.

Así las cosas, entendemos que debe buscarse una fórmula que consiga dos objetivos. El primero ya lo hemos señalado, que es el de gravar las plusvalías reales. El segundo pasa por compatibilizar el objetivo anterior con una gestión eficaz del IIVTNU. Para ello, ha de acudir a los impuestos que ya gravan estas plusvalías —IRPF e IS—, partiendo de la misma base imponible. No obstante, es preciso tener en cuenta que, en la mayor parte de las ocasiones, el objeto transmitido es una edificación, lo que obliga a separar los valores del suelo y la construcción. Para ello, debe aplicarse la norma que ya existe a efectos de amortizaciones, consistente en aplicar a la plusvalía la misma proporción que se desprende del valor catastral.

De acuerdo con las ideas anteriores, el art. 107 del LHL debería incorporar, tras la definición general de la base imponible como el incremento del valor de los terrenos, las siguientes reglas:

1. El incremento del valor de los terrenos en el momento del devengo se determinará con arreglo a las siguientes reglas:
  - a) Tratándose de sujetos pasivos del IS, la base imponible se determinará aplicando las reglas de la Ley del IS.
  - b) Tratándose de sujetos pasivos del IRPF, del IRnR y de entidades en régimen de atribución de rentas, la base imponible se determinará aplicando las reglas de la Ley del IRPF, a excepción de lo dispuesto en su disposición transitoria novena.
2. En todos los casos, si el inmueble transmitido o sobre el que se ha constituido o transmitido el derecho está compuesto por terrenos y construcciones, la base imponible será el resultado de aplicar al valor obtenido por aplicación de las dos letras anteriores la misma proporción que represente el valor catastral del suelo sobre el total en el momento del devengo.

### **3.3.2.1 Propuestas de reforma**

A la luz de todo lo señalado hasta el momento, las propuestas que cabe realizar en el ámbito de los dos tributos locales examinados son las siguientes:

1. El valor catastral no está cumpliendo, actualmente, su función de medición de la capacidad económica derivada de la propiedad inmobiliaria, por tres razones. Por un lado, porque las revisiones catastrales no se han realizado con la frecuencia necesaria; por otro lado, porque dichas valoraciones, cuando se realizan, quedan neutralizadas por las reducciones que pueden aplicarse; y por último, por la propia evolución del mercado inmobiliario.
2. Para lograr el objetivo anterior, se hace necesario un valor de referencia para todos los tributos inmobiliarios. Dicho valor debería fijarse con alta frecuencia en niveles estadísticamente representativos del comportamiento del mercado.
3. Convertir el valor catastral en dicho valor de referencia exige potenciar su actualización a través de la LPGE, mediante la aplicación de coeficientes diferenciados por zona de valor y por módulo básico de construcción.
4. Adicionalmente, es necesario prever supuestos automáticos de realización de procedimientos de valoración colectiva de carácter general. Se trata de que los procedimientos no se pongan en marcha a petición del municipio, sino ante alteraciones en el mercado que den lugar a desfases relevantes de los valores catastrales.
5. Por lo que se refiere a la impugnación de los valores catastrales, la prohibición de recurso indirecto que se proyecta debe complementarse con mayor información al ciudadano. Así, debe regularse la obligación de los municipios de remitir liquidaciones informativas a los ciudadanos en un plazo muy breve tras la aprobación de una ponencia de valores. De esta forma, se garantiza que los ciudadanos conozcan la verdadera repercusión del nuevo valor, favoreciendo el recurso directo.
6. Es necesario conseguir que la base imponible del IIVTNU refleje, realmente, la plusvalía obtenida. Para ello nada mejor que acudir a las reglas formuladas para los impuestos personales que gravan tales alteraciones patrimoniales, IRPF e IS. La atribución de la

plusvalía al terreno se efectuaría, entonces, tomando los porcentajes que se desprenden del valor catastral.

\* \* \*