

TRIBUTACIÓN	FISCALIDAD EN LAS CESIONES DE CONTRATOS DE VIVIENDAS EN CONSTRUCCIÓN: «COMPRAR PARA DAR EL PASE»	Núm. 81/2005
--------------------	---	-------------------------



SONIA DÍAZ ESPAÑOL

Inspectora de Tributos de la Generalitat Valenciana

Extracto:

Es práctica habitual en los últimos tiempos en el mercado inmobiliario que una promotora inmobiliaria suscriba un contrato de compraventa de una vivienda, que está en fase de construcción, con una persona física o jurídica (parte compradora); en los plazos convenidos se efectúan los pagos estipulados y antes de la terminación de las obras la parte compradora **cede los derechos de compra de la vivienda** a un tercero, siendo el importe de dicha cesión lo pagado al promotor más un beneficio.

Lo que pretendemos en este artículo es analizar la fiscalidad de las cesiones de contratos de viviendas en construcción. Realizar un planteamiento jurídico-tributario sobre estas operaciones y ver ante qué figura impositiva (Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados o Impuesto sobre el Valor Añadido) nos encontramos.

Para ello realizaremos el planteamiento de las tres fases que se producen en este tipo de operaciones (*contrato privado de compraventa entre una promotora inmobiliaria y una persona física o jurídica; cesión del derecho del contrato de compraventa de vivienda en construcción y otorgamiento de la escritura pública de la compraventa*) y analizaremos las distintas alternativas que se pueden ocasionar dentro de las mismas que serán determinantes a la hora de aplicar un impuesto u otro.

Sumario:

- 1.^a Fase: Contrato privado de compraventa entre una promotora inmobiliaria y una persona física o jurídica.

- 2.^a Fase: Cesión del derecho del contrato de compraventa de vivienda en construcción.
 - 2.1. Cesión del derecho por parte de una persona física a otra persona física.
 - 2.2. Cesión del derecho por parte de una persona física a una persona jurídica.
 - 2.3. Cesión del derecho por parte de una persona jurídica a una persona física.
 - 2.4. Cesión del derecho por parte de una persona jurídica a otra persona jurídica.

- 3.^a Fase: Otorgamiento de la escritura pública de la compraventa.

El objeto de este artículo es analizar, desde un punto de vista tributario, la fiscalidad de las cesiones de contratos de viviendas en construcción, práctica muy habitual en los últimos tiempos en el mercado inmobiliario.

En el mencionado mercado inmobiliario la forma de proceder habitualmente es la siguiente: *una entidad promueve la construcción de viviendas, suscribiendo contratos privados de compraventa sobre las futuras fincas. Esta entidad se obliga a entregar el inmueble objeto de estos contratos a una fecha determinada y el comprador a efectuar una serie de pagos y, normalmente, el último de ellos suele coincidir con la entrega del bien, documentándose en Escritura Pública.*

En las fases de promoción y comercialización de un proyecto inmobiliario es frecuente que el comprador de una vivienda sobre plano decida ceder a un tercero los derechos del contrato privado de compraventa celebrado con el promotor, antes de la elevación a público del mismo.

En el mercado inmobiliario, esta cadena de transmisiones responde, en su jerga, al concepto de «**comprar para dar el pase**». Consiste en una práctica dirigida a la *especulación inmobiliaria* por parte de los *particulares*, motivada por la espectacular subida de los precios de las viviendas en la última década. Esta práctica podría considerarse como una forma de inversión, *a priori* exenta de gastos fiscales para el primer comprador, que puede llegar a plantear un inconveniente para el segundo comprador, como puede ser la posible pérdida de las garantías que le corresponderían como consumidor, todo ello añadido al problema de la propia inflación del valor del piso y de la doble imposición, como posteriormente analizaremos.

Con el sistema legislativo actual el mecanismo es lícito, siempre y cuando no se contravenga otro tipo de normativa que prohíba la reventa, como por ejemplo en el caso de las Viviendas de Protección Oficial.

Habitualmente, en un contrato de compraventa realizado entre una promotora inmobiliaria y el comprador suele insertarse la cláusula por la cual éste podrá subrogar su derecho a un tercero, en las mismas condiciones contractuales, antes de la elevación a pública de la compraventa, siempre y cuando se ponga en conocimiento del vendedor y éste dé su consentimiento.

En el caso que el primer comprador decida subrogar su derecho a un tercero, el promotor no recibe el precio total del piso del primer adquirente ni renuncia al beneficio del plazo, ni lo compra de éste para ofrecerlo al segundo comprador, sino que en presencia de todas las partes, y en el

mismo momento fijado para el otorgamiento de la Escritura Pública de compraventa, el primer comprador recibe del segundo el precio que ya pagó más el margen de beneficio que acordaron entre ellos, produciéndose a partir de ese momento una cesión contractual y otorgando Escritura Pública la promotora a favor del segundo comprador.

En este sentido antes de realizarse la entrega de la cosa al primer comprador, éste ostenta un derecho de crédito frente al vendedor y este derecho puede transmitirse.

Las obligaciones tributarias que se generan ante la cesión de los derechos de compra de una vivienda en construcción son diferentes dependiendo de la persona jurídica que intervenga en la operación, produciéndose una situación de *dobles gravamen* si es un particular el implicado en la cesión del contrato.

Sin duda, uno de los mayores problemas que se plantean en el ámbito de la tributación indirecta consiste en la delimitación del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) y de la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO) del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP-AJD), especialmente cuando nos encontramos frente a operaciones inmobiliarias.

De este modo, en cualquier transmisión de bienes o derechos *inter vivos* deberemos plantearnos una primera cuestión: ¿a qué impuesto se encuentra sujeta la operación, IVA o TPO?

Para dar respuesta a esa disyuntiva debemos acudir a la figura de la persona que realiza la entrega; si esa persona actúa en condición de empresario o profesional, tal y como se delimita en el artículo 5 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (LIVA), la operación estará sujeta al IVA y no sujeta a TPO [arts. 4. Cuatro LIVA y 7.5 del RDLeg. 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 (TRITP-AJD)]. En caso contrario, la operación estará sujeta a TPO.

Sin embargo, en las operaciones inmobiliarias puede producirse la sujeción pero exención en el IVA por alguno de los motivos establecidos por el artículo 20. Uno. 20.º, 21.º, 22.º, 23.º, 24.º y 25.º LIVA, en cuyo caso la operación tributará por el concepto de TPO, del ITP-AJD.

Se debe tener en cuenta, por otra parte, que las exenciones establecidas en el citado artículo son renunciables, pudiendo tributar esas operaciones por IVA si se opta por la renuncia a la exención, en las condiciones establecidas en el artículo 20. Dos:

- a) El adquirente debe ser sujeto pasivo del IVA, actuando en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional.
- b) El adquirente debe tener derecho a la deducción total del impuesto por la correspondiente adquisición.

- c) Comunicación fehaciente al adquirente, con carácter previo o simultáneo, de la renuncia (art. 8 RIVA).
- d) Declaración suscrita por el adquirente en la que se hagan constar los puntos a) y b) (art. 8 RIVA).

Por lo que se refiere al concepto de Actos Jurídicos Documentados (AJD), es incompatible con TPO, pero se deberá tributar por este concepto para los supuestos que estén sujetos y no exentos al IVA (art. 18.1 TRITP-AJD) y que cumplan los requisitos del artículo 31.2 TRITP-AJD, es decir:

1. Que se trate de la primera copia de una escritura o acta notarial.
2. Que tenga por objeto cantidad o cosa valuable.
3. Que sea inscribible en los Registros de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad Industrial y de Bienes Muebles.
4. Que el acto no esté sujeto a los conceptos de Transmisión Patrimonial Onerosa, Operación Societaria, ni al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

De todo lo expuesto podemos extraer una importante conclusión: la trascendencia que tiene calificar adecuadamente una operación, pues de ello dependerá su tributación en el ámbito del IVA o en el de TPO.

Si consideramos que está sujeta a TPO, y se trata de una operación relativa a bienes inmuebles, tributará por dicha modalidad al tipo de gravamen del 6 por 100 (sin perjuicio de que la Comunidad Autónoma correspondiente haya ejercido su potestad normativa y variado el tipo), excluyendo la posibilidad de aplicar la cuota variable del 0,5 por 100 (siempre y cuando la Comunidad Autónoma correspondiente no haya ejercido su potestad normativa y variado el tipo), por AJD.

Si entendemos que la operación está sujeta a IVA, refiriéndose igualmente a bienes inmuebles, tributará en el ámbito de dicho impuesto al tipo del 7 o del 16 por 100, concurriendo, si se documenta en escritura pública, con el gravamen gradual de AJD.

Una incorrecta calificación del hecho imponible originará asimismo una incorrecta autoliquidación, siendo de aplicación a este respecto lo dispuesto en los artículos 18 del TRITP-AJD y 33 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (RITP-AJD).

Dicho precepto, después de establecer que, sin perjuicio de la tributación que pueda corresponder por el gravamen de actos jurídicos documentados, se liquidarán sin excepción por el IVA todas las transmisiones empresariales de bienes inmuebles sujetas y no exentas por dicho impuesto, o en las que se hubiese renunciado a la aplicación a la exención, dispone que:

Si a pesar de ello «se efectuara la autoliquidación por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, ello no eximirá en ningún caso a los sujetos pasivos sometidos al IVA de sus obligaciones tributarias por este concepto, sin perjuicio del derecho a la devolución de los ingresos indebidos a que hubiere lugar, en su caso, por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas».

Del mismo modo, si procediendo liquidación por la modalidad de TPO, se efectuara indebidamente la repercusión del IVA, ello no eximirá en ningún caso a los sujetos pasivos del ITP-AJD de sus obligaciones tributarias, sin perjuicio del derecho del vendedor a la devolución de los ingresos indebidos a que hubiere lugar, en su caso, por el citado IVA.

Para llegar a una correcta calificación del hecho imponible a efectos de su encuadramiento en el ámbito empresarial o en el de transmisiones patrimoniales onerosas es necesario atender a dos circunstancias:

1. En primer lugar debemos atender a una circunstancia de carácter subjetivo: la condición que ostente *quien realiza la operación de que se trate*.
2. En segundo lugar, circunstancia de carácter objetivo, referida al tipo de operación de que se trate, a efectos de determinar si puede incluirse en alguna de las excepciones del artículo 7.5 TRITP-AJD permitiendo su tributación por la modalidad de TPO, lo que tendrá lugar en los siguientes casos:
 - 1.ª Excepción: operaciones de *entregas, arrendamientos, constitución y transmisión de derechos reales referidas a bienes inmuebles que gocen de exención en IVA*.
 - 2.ª Excepción: operaciones de *entrega de inmuebles, incluidas en la transmisión de la totalidad del patrimonio, cuando la operación no esté sujeta a IVA*.

La Dirección General de Tributos, en las resoluciones a las consultas: **0851/1999, de 26 de mayo** (NFC009528); **1331/2002, de 17 de septiembre**; **2375/2003, de 19 de diciembre** (NFC018659) y **V0701/2005, de 26 de abril** (NFC020934) ha puesto de manifiesto el criterio que debe seguirse en relación con la tributación de las cesiones contractuales objeto de este artículo.

En esta práctica del denominado «comprar para dar el pase» podemos diferenciar las siguientes fases:

1.ª FASE: CONTRATO PRIVADO DE COMPRAVENTA ENTRE UNA PROMOTORA INMOBILIARIA Y UNA PERSONA FÍSICA O JURÍDICA

La promotora inmobiliaria suscribe un contrato de compraventa de una vivienda, que está en fase de construcción, con una persona física o jurídica (parte compradora). En los plazos conveni-

dos se efectúan los pagos estipulados y antes de la terminación de las obras, la parte compradora cede los derechos de compra de la vivienda a un tercero, siendo el importe de dicha cesión lo pagado al promotor más un beneficio.

Implicaciones fiscales para la promotora inmobiliaria.

Dado que la promotora inmobiliaria es empresario o profesional que actúa en el ámbito de su actividad, en virtud del artículo 4.Uno LIVA, es **Sujeto Pasivo**, a efectos de IVA.

Por las entregas a cuenta que reciba deberá repercutir el IVA correspondiente. La **Base Imponible** serán las cantidades percibidas a cuenta y, dado que nos encontramos ante una vivienda, el **Tipo de Gravamen** aplicable será del 7 por 100.

Implicaciones fiscales para la persona física o jurídica.

En ambos casos deberán soportar el IVA que les repercute la promotora. La diferencia es que así como la persona jurídica podrá compensar ese IVA repercutido con el IVA que ella misma repercute en su actividad, por lo que no será un coste para ella; la persona física deberá soportar el IVA considerándolo como un gasto-coste para ella, dada la no deducibilidad del mismo por su parte.

2.ª FASE: CESIÓN DEL DERECHO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE VIVIENDA EN CONSTRUCCIÓN

Esta fase la podemos subdividir en función de los sujetos intervinientes en la cesión:

2.1. Cesión del derecho por parte de una persona física a otra persona física.

Esta operación está **sujeta** al ITP-AJD, en su modalidad de *Transmisión Patrimonial Onerosa*, en virtud del artículo 7.1 TRITP-AJD, que dispone que se consideran transmisiones patrimoniales sujetas al impuesto las transmisiones onerosas por actos *inter vivos* de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas. En este sentido, se considera que la cesión de derechos es una operación sujeta al impuesto.

La **Base Imponible (BI)** de la cesión de los derechos del contrato privado de compraventa está constituida por el valor real del bien transmitido o del derecho que se constituya o ceda, de conformidad con el artículo 17 TRITP-AJD. En concreto, en la transmisión de créditos o derechos cuyo

ejercicio de los mismos suponga la adquisición de bienes determinados y de posible estimación, se exigirá el impuesto por *iguales conceptos y tipos* que gravan la adquisición de los mismos bienes y derechos. Por lo tanto, la BI será el valor real del inmueble cuyos derechos se han cedido.

El **Valor Real**, según *Sentencia de 7 de mayo de 1991* (NFJ001200), del Tribunal Supremo, es el valor intrínseco o por naturaleza del bien o derecho, el valor verdadero y se asimila al valor de mercado cuando esto sea posible por existir un mercado de los bienes o derechos transmitidos.

El **Tipo de Gravamen (TG)** será el correspondiente al bien que se transmite, en este caso el tipo correspondiente a la transmisión de bienes inmuebles, que según el *artículo 11.1 TRITP-AJD* es del *6 por 100*, salvo que la Comunidad Autónoma correspondiente hubiese aprobado un tipo diferente.

El **Sujeto Pasivo (SP)** será el que adquiere los derechos, en este caso el segundo comprador, según el *artículo 8 TRITP-AJD*.

Por tanto, la cesión de un derecho sobre un contrato de compraventa supone para el segundo comprador una tributación equivalente al *6 por 100*, salvo que las Comunidades Autónomas hayan aprobado un tipo superior, sobre el valor real del inmueble que se pretende adquirir.

2.2. Cesión del derecho por parte de una persona física a una persona jurídica.

Nos encontramos ante un caso similar al expuesto anteriormente en el apartado 2.1, pues la forma de tributación viene condicionada por la persona que transmite o cede el derecho, en estos supuestos, persona física.

2.3. Cesión del derecho por parte de una persona jurídica a una persona física.

Una persona jurídica, que se dedica a la compraventa de bienes inmuebles, transmite a un tercero (persona física) el derecho a recibir del promotor la vivienda terminada, una vez finalizada la construcción. La persona jurídica desaparece de la relación jurídica que le unía al promotor, siendo sustituida por un tercero. Una vez finalizada la construcción, el promotor otorga escritura pública de compraventa directamente al tercero, en virtud del derecho que ostenta éste frente al promotor, que fue adquirido a la persona jurídica.

La cesión contractual de la persona jurídica a la persona física está sujeta y no exenta al IVA por tratarse de una transmisión onerosa de derechos sobre bienes inmuebles efectuada por un empresario actuando como tal (*art. 11 LIVA, la operación de cesión de derechos derivados de un contrato tiene la consideración de prestación de servicios*).

Al tratarse de una compraventa de vivienda, el tipo aplicable a la referida transmisión es del *7 por 100*.

2.4. Cesión del derecho por parte de una persona jurídica a otra persona jurídica.

Se produce la misma circunstancia que hemos comentado en el apartado 2.2. Como la persona que marca la dirección de la tributación es el transmitente, tanto en el supuesto 2.3 como en el 2.4, al ser éste, una persona jurídica, nos encontramos en el ámbito del IVA.

La diferencia respecto al caso anterior es que, al ser el adquirente también sujeto pasivo de IVA, va a gozar de la deducibilidad de las cuotas soportadas de IVA.

3.ª FASE: OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE LA COMPRAVENTA

Operación *sujeta y no exenta de IVA*, por tratarse de una primera transmisión de vivienda terminada efectuada por el promotor inmobiliario.

Una cuestión a tener en cuenta es que, si se otorga la Escritura a favor del primer adquirente y éste a favor del segundo adquirente, no estamos ante una cesión de derechos sino ante dos compraventas que tendrán una tributación distinta.

El supuesto concreto sería el siguiente: una persona jurídica, que se dedica a la compraventa de bienes inmuebles, no transmite a un tercero el derecho a recibir del promotor la vivienda terminada una vez finalizada la construcción, sino que se obliga con dicho tercero a entregarle la vivienda terminada cuando la reciba del promotor. Se mantiene la relación jurídica entre la persona jurídica y el promotor y nace una nueva relación jurídica entre ésta y el tercero. Finalizada la construcción, el promotor se la debe entregar a la persona jurídica y, a continuación, ésta, se la debe entregar al tercero.

Se producen 4 operaciones:

- 1.ª OPERACIÓN. Transmisión del promotor a la persona jurídica del derecho a recibir la vivienda terminada.
- 2.ª OPERACIÓN. Transmisión de la persona jurídica a un tercero del derecho a recibir de aquélla la vivienda terminada cuando le sea entregada por el promotor.
- 3.ª OPERACIÓN. Transmisión por el promotor a la persona jurídica de la vivienda terminada.
- 4.ª OPERACIÓN. Transmisión de dicha vivienda terminada de la persona jurídica al tercero.

Las tres primeras operaciones descritas están *sujetas y no exentas* al IVA, por tratarse las dos primeras de transmisiones onerosas de derechos sobre bienes inmuebles efectuadas por un empresario como tal y la tercera por tratarse de una primera transmisión de vivienda terminada efectuada por el promotor.

Por el contrario, la última operación estará *sujeta pero exenta* al IVA, de acuerdo con el artículo 20.Uno.22.º LIVA, al tratarse de segunda entrega de edificación (*salvo que se den los requisitos para renunciar a la exención y se renuncie efectivamente*).

Por tanto, y de conformidad con lo expuesto, la Administración Tributaria, en las contestaciones a consultas planteadas a la Dirección General de Tributos, ha entendido que el tercero adquirente de los derechos del contrato privado de compraventa, siempre y cuando el **transmitente sea persona física**, debe satisfacer el ITP-AJD, sobre el valor real del inmueble, con independencia del precio fijado para la cesión o pase.

En consecuencia, la cesión de un contrato de compraventa privado de una vivienda valorada en 240.000 euros por un particular a favor de un tercero por 50.000 euros lleva asociada la tributación por parte del adquirente sobre un importe total de 240.000 euros al tipo del 6 por 100 (con la salvedad de que la Comunidad Autónoma haya ejercitado su potestad normativa y variado el tipo) con independencia del precio pactado por la cesión del contrato privado.

La situación descrita, además de enfrentarse al principio constitucional de capacidad contributiva, determina, en la mayoría de los casos, una doble tributación, pues en el momento del otorgamiento de la escritura pública se devengará nuevamente el IVA al tipo del 7 por 100, sobre el valor o precio de venta menos, en su caso, los anticipos abonados a la promotora.

Resulta significativo que la propia Dirección General de Tributos haya establecido lo contrario cuando la cesión de los derechos de un contrato privado se realiza por un empresario. En estos supuestos se establece que la carga fiscal, ahora en sede del IVA, se computa sobre el precio efectivo de la cesión de los derechos del contrato privado y no sobre el valor real de la vivienda.