

**TRIBUTACIÓN**

**INGENIERÍA FISCAL INMOBILIARIA:  
CONCEPTO Y SUPUESTOS PRÁCTICOS**

**Núm.  
60/2001**

**JOAN PAGÈS I GALTÉS**

*Catedrático de Derecho Financiero de la Universitat «Rovira  
i Virgili» (Tarragona-Reus)*

**Extracto:**

**E**L presente trabajo está dedicado a la ingeniería fiscal inmobiliaria. Tras definir en su primer apartado el concepto de ingeniería fiscal inmobiliaria, se pasa en los apartados siguientes a explicar varios supuestos prácticos.

De este modo, se pretende hacer una doble aportación. Por un lado, concretar dogmáticamente una materia que, en lo que a nuestro conocimiento alcanza, todavía no había sido definida por la doctrina; y, por otro lado, ejemplificar cómo a la praxis esta materia es susceptible de desenvolverse.

---

## Sumario:

---

1. Conceptos básicos.
2. El arrendamiento inmobiliario como actividad económica beneficiaria de bonificación en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.
3. El alquiler de un negocio como presupuesto de hecho para poder obviar el límite máximo de deducción de los gastos de financiación fijado para el alquiler de inmuebles.
4. El arrendamiento de finca y posterior recuperación de su posesión vía el subarrendamiento para conseguir unos mayores gastos deducibles en el IRPF.
5. El arrendamiento de finca por el tiempo imprescindible para poder deducir los gastos de conservación en el IRPF.
6. La realización conjunta de obras de conservación y de mejora en los inmuebles arrendados a los efectos de poder optar entre deducirlas globalmente como gasto o como amortización de inversiones.
7. La estipulación contractual de que el arrendatario de finca se haga cargo de los gastos generales a cambio de pactar un alquiler menor.
8. El pacto de que la renta del alquiler sea exigible pasados los dos primeros años de duración del contrato para obtener las ventajas fiscales de los rendimientos irregulares.
9. La adquisición *ope legis* por parte del propietario de las obras realizadas por el arrendatario en la finca arrendada sin mediar sujeción a ningún tributo por la transmisión.
10. La separación matrimonial como presupuesto del no gravamen de la transmisión patrimonial inmobiliaria.

**NOTA:** Este trabajo parte de la exposición de la ponencia que el autor expuso en las «Jornades sobre Fraus de llei tributària versus economia d'opció» celebradas en Tarragona los días 5 y 6 de abril de 2001 bajo la organización de la «Universitat Rovira i Virgili» en colaboración con los Ilustres Colegios de Abogados de Tarragona y de Reus, donde también participaron como ponentes los Drs. Ramón FALCÓN Y TELLA, Luís Manuel ALONSO GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> José FERNÁNDEZ PAVÉS, Javier PÉREZ ARRAIZ y Àngel URQUIZU CABALLÉ, así como los Srs. Julián MOLLÀ RUDÍEZ y Luís ATIENZA ALARCÓN.

## 1. CONCEPTOS BÁSICOS

En este trabajo examinaremos varios supuestos de ingeniería fiscal relacionados con el ámbito inmobiliario. Pero, antes que nada, con carácter previo, resulta importante concretar estos **conceptos** que se nos presentan como básicos para abordar con fundamento el presente estudio:

- a) El de ingeniería fiscal, íntimamente relacionado con los de planificación fiscal, economía de opción y fraude de ley.
- b) El de tributación inmobiliaria.
- c) Y, como corolario, el de ingeniería fiscal inmobiliaria.

### A) Ingeniería y planificación fiscales. Economía de opción y fraude de ley.

El sentido común impone que toda actividad humana mínimamente relevante sea producto de una previa reflexión por parte del agente ejecutor. Realmente es este proceso reflexivo el que, en última instancia, más diferencia los seres racionales de los irracionales. Cuando la actividad humana objeto de reflexión previa sea las consecuencias tributarias de los actos y negocios jurídicos que se puedan realizar, estaremos ante la denominada «**planificación fiscal**».

En este sentido la «planificación fiscal» se encuentra íntimamente vinculada a la denominada «ingeniería fiscal», si bien, debemos reconocer que esta última expresión tan sólo puede utilizarse en un sentido vulgar y coloquial.

En efecto, la primera acepción que nos da el *Diccionario de la Real Academia Española* del vocablo «ingeniería» consiste en decir que se trata del «Conjunto de conocimientos y técnicas que permiten aplicar el saber científico a la utilización de la materia y de las fuentes de energía». En parejo sentido se pronuncia el *Diccionari de la Llengua Catalana* del «Institut d'Estudis Catalans», y el, a mi juicio, no menos relevante diccionario del idioma catalán, elaborado por Pompeu Frabra. En consecuencia, la «ingeniería», como saber científico, se refiere, estricta y básicamente, al conjunto de conocimientos relativos a las ciencias fisicoquímicas, naturales y exactas, en cualquier caso leja-

nas a las ciencias sociales o humanas entre las que se encuadran la historia, la filosofía o el derecho. De ahí que la expresión «ingeniería fiscal» tan sólo pueda utilizarse correctamente dando al vocablo «ingeniería» un sentido amplio capaz de abarcar cualesquiera de los saberes científicos, incluso los que no estén relacionados con la materia y las fuentes de energía.

En este sentido sí que puede utilizarse la expresión «ingeniería fiscal», siempre y cuando se tenga en cuenta que la *communi opinio* relaciona esta expresión con la «planificación fiscal», de tal modo que la «**ingeniería fiscal**» puede definirse como el «Conjunto de conocimientos y técnicas que permiten aplicar el saber científico propio de la planificación fiscal».

En este marco de la «ingeniería y planificación fiscal» nos surgen los conceptos clásicos de «economía de opción» y de «fraude de ley».

En efecto, hemos de partir de la base que, ante una cuestión determinada, el ordenamiento jurídico suele dejar en manos de los particulares varias opciones para que sean ellos los que escojan la que estimen más oportuna. Esto es lo que la doctrina denomina «**economía de opción**», la cual, según ya explicó LARRAZ («Metodología aplicativa del Derecho Tributario», en *Revista de Derecho Privado*, 1952, págs. 60 y ss.), tiene de común con el *frau legis* la concordancia entre lo formalizado y la realidad y, por ende, no se da **simulación**, pero divergen en que, mientras la economía de opción no atenta a lo querido por el espíritu de la ley, el *frau legis* sí que provoca un atentado contra el espíritu de la ley. De ahí que, ROSEMBUJ, T. (*El fraude de ley, la simulación y el abuso de las formas en el Derecho Tributario*, Ed. Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 1999, págs. 68 y 69) haya sostenido que «El ahorro fiscal o la economía de opción (...), en rigor, es una especificación de las prioridades de la racionalidad del comportamiento típico entre particulares (...) La economía de opción es ineludible: está en la ley y en la aplicación correcta de la misma, extrae sus ventajas para el contrato en curso; supone crear situaciones de ventaja cuyas alternativas ofrece el ordenamiento jurídico».

## B) Fiscalidad inmobiliaria.

Ahora bien, el objeto de este trabajo no abarca la «ingeniería fiscal» en general, sino tan sólo la referida al ámbito inmobiliario, lo cual nos ha de llevar a concretar qué entendemos por «fiscalidad inmobiliaria». A nuestro modo de ver, la «**fiscalidad inmobiliaria**» puede definirse diciendo que es «la fiscalidad constituida por las figuras financieras en cuyo presupuesto de hecho o cuantificación se toman en consideración aspectos inmediatamente relacionados con los inmuebles».

## C) Ingeniería fiscal inmobiliaria.

Consecuentemente, la «**ingeniería fiscal inmobiliaria**» consistirá en el «Conjunto de conocimientos y técnicas que permiten aplicar el saber científico propio de la planificación fiscal relativa a las figuras financieras en cuyo presupuesto de hecho o cuantificación se toman en consideración aspectos inmediatamente relacionados con los inmuebles».

Por tanto, la tarea del ingeniero fiscal inmobiliario deberá centrarse en delimitar científicamente los supuestos de economía de opción y de fraude de ley (o, en su caso de simulación) en el ámbito de la fiscalidad inmobiliaria.

De acuerdo con este planteamiento, nos vamos a centrar en el estudio de determinados supuestos que, perspicazmente planificados, originan un ahorro fiscal, para ver si constituyen una lícita economía de opción o un ilícito fraude de ley (o, en su caso, un, no menos ilícito, supuesto de simulación).

## 2. EL ARRENDAMIENTO INMOBILIARIO COMO ACTIVIDAD ECONÓMICA BENEFICIARIA DE BONIFICACIÓN EN EL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES

### A) Arrendamiento inmobiliario.

Según el artículo 1.543 del Código civil, «*en el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce de una cosa por tiempo determinado y precio cierto*». De conformidad con los artículos 1.543 y 1.545 del mismo Código, puede ser objeto de arrendamiento cualquier cosa que esté en el comercio (y, por ende, que pueda ser objeto de apropiación), excepto los bienes fungibles que se consuman con el uso. Del artículo 335 de este Código se deduce que las cosas que pueden ser objeto de apropiación pueden ser bienes muebles o inmuebles, distinguiéndose unos bienes de otros por los criterios que nos da el propio Código civil en los artículos 334 y 335. Explica CASTÁN (*Derecho civil español, común y foral*. Ed. Reus, Madrid, 1993, págs. 290 y 291) que el arrendamiento de inmuebles tiene como modalidades el de fincas urbanas (que recibe el nombre de inquilinato), el de fincas rústicas (llamado colonato) y el de minas (que suele llamarse en las regiones mineras partido). Parece claro que de estas tres modalidades, las más comunes son las dos primeras y a ellas nos ceñiremos.

Consecuentemente, podemos definir el **arrendamiento inmobiliario** como el contrato en virtud del cual una de las partes (el arrendador) se obliga a dar a la otra (el arrendatario) el goce o uso de la finca por tiempo determinado y precio cierto.

### B) La bonificación por el arrendamiento de inmuebles ejercido empresarialmente.

Cuando una persona tenga un **patrimonio inmobiliario** importante y desee planificar su sucesión a efectos fiscales, conviene que analice la posibilidad que le ofrece el legislador para gozar de la bonificación del 95 por 100 del Impuesto sobre Sucesiones según viene regulada en el artículo 20.2.c) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (BOE de 19 de diciembre) (LISD) en relación con el artículo 4.8 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto

sobre el Patrimonio (BOE de 2 de octubre) (LIP), según la redacción que les dio la Ley 66/1997, de 30 de diciembre (BOE de 31 de diciembre). Advirtiendo que las competencias autonómicas asumidas en esta materia pueden introducir matizaciones en lo que acto seguido se dirá, el esquema básico para crear las **condiciones** que dan derecho a la referida bonificación según viene regulada en la normativa estatal es el siguiente:

- a) El primer requisito para poder gozar del beneficio fiscal de referencia es que ha de tratarse de bienes y derechos de las personas físicas «*necesarios para el desarrollo de su actividad empresarial o profesional*» (art. 4.8.1, primer párrafo LIP). Consecuentemente, el titular de los inmuebles lo que habría de hacer es darse de alta como empresario afectando su patrimonio inmobiliario a una **actividad económica**. En este punto conviene tener en cuenta que, según el artículo 27.1.a) de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (BOE de 10 de diciembre) (LIRPF) «*Los bienes inmuebles en los que se desarrolle la actividad del contribuyente*», «*Se considerarán elementos patrimoniales afectos a una actividad económica*». Lo más sencillo para cumplimentar este requisito es darse de alta por la actividad de arrendamiento de inmuebles y afectar a la misma los inmuebles que no estén destinados a otra actividad económica o a la vivienda habitual de su titular.
- a.1) La tributación por Impuesto sobre Actividades Económicas (**IAE**) dependerá, a la práctica, de si todos estos inmuebles tienen la misma naturaleza y destino. Pero en cualquier caso la tributación por este impuesto no es demasiado preocupante, pues si resulta que no ha de pagar IAE porque no llega al límite mínimo de los 100.000.000 de ptas. de valor catastral por algún apartado de la agrupación 86 de la Sección 1.ª de las Tarifas del IAE [aprobadas por RD Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre (BOE de 29 de noviembre y 1 y 2 de octubre)], esto no impide que el titular de los inmuebles tenga la consideración de empresario arrendador si cumple con los requisitos de la LIRPF; y si resulta que se ha de pagar el IAE tendremos que el importe de la cuota tributaria no será muy gravoso, pues coincidirá con el 0,10 por 100 del valor catastral, sin que le resulten aplicables el coeficiente de ciudad, el índice de situación ni el recargo provincial, pues dicha cuota es nacional y estos elementos cuantificadores tan sólo se aplican a las cuotas municipales. En cualquier caso, la tributación por IAE es un gasto deducible de la renta (en el impuesto que grava la renta).
- a.2) Lo que resulta verdaderamente importante es cumplir con los requisitos que el artículo 25 LIRPF exige para que la actividad de arrendamiento tenga la consideración de económica a efectos del IRPF. En primer lugar, el titular de los inmuebles habría de buscar un **local** que pudiera destinarse exclusivamente a la gestión de la actividad inmobiliaria. Cualquier local, por modesto que sea, sirve. Incluso sirve una habitación de la vivienda habitual, siempre y cuando tal habitación se destine exclusivamente a gestionar la actividad inmobiliaria. El segundo requisito es más delicado, pues se exige que para la gestión del negocio se cuente con una **persona empleada** con contrato laboral a jornada completa. Cualquier persona no incapacitada sirve, incluso un hijo u otro pariente directo, como también sirve cualquier tipo de contrato laboral siempre y cuan-

do sea a jornada completa. También da igual la cuantía de la retribución, siempre y cuando se ajuste al salario mínimo y, en su caso, al respectivo convenio laboral. Ni que decir tiene, la actual normativa laboral ofrece un amplio abanico de contratos a muy bajo coste, el cual, en cualquier caso, también es un gasto deducible de la renta.

- a.3) Si se cumplen estos requisitos se presenta el **modelo censal** y, en su caso, el alta de IAE, optándose por tributar a efectos del IRPF en régimen de estimación directa normal o directa simplificada. Lo más sencillo sería el régimen de estimación directa simplificada, dado que comporta menos deberes contables y registrales.
- b) El segundo requisito es que la actividad económica se ha de ejercer «*de forma habitual, personal y directa por el sujeto pasivo*» (art. 4.8.1, primer párrafo, LIP). Debemos ser conscientes de que en la normalidad de los casos la planificación fiscal a efectos sucesorios se hace cuando es bastante avanzada la edad del titular del patrimonio cuya sucesión se está planificando, lo cual podría llevar a la Administración tributaria a dudar de que este titular ejerce la actividad de arrendamiento inmobiliario de forma habitual, personal y directa, y, por ende, a dudar de que se cumplimenta el presente requisito. Pero también debemos ser conscientes que a favor del titular juega una presunción legal importantísima, pues, según el artículo 11.4, segundo inciso, LIRPF, se presumirá *iuris tantum* que dicho requisito concurre en «*quienes figuren como titulares de las actividades económicas*». Asimismo, según artículo 116 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (BOE de 31 de diciembre) (LGT), las declaraciones tributarias se presumen ciertas. Esto significa que deberá de ser la Administración quien demuestre que el titular de la actividad no la ejerce de forma habitual, personal y directa.
- c) El tercer requisito es que la actividad económica constituya la «*principal fuente de renta*» del sujeto pasivo [art. 4.8.1, primer párrafo LIP y art. 3.1 RD 2481/1994, de 23 de diciembre (BOE de 28 de diciembre)]. O sea, que al menos el 50 por 100 del importe de las bases imponibles regular e irregular del IRPF del titular del patrimonio provengan de rendimientos netos de sus actividades económicas. Adviértase que no es requisito imprescindible que la principal fuente de renta sea la actividad inmobiliaria, sino que la principal fuente de renta sea la actividad económica del sujeto pasivo, la cual no necesariamente ha de ser única, sino que puede ser plural. Consecuentemente, el hecho de que de la actividad de arrendamiento inmobiliario no derive cuanto menos el 50 por 100 de la base imponible del IRPF, no significa necesariamente que no se tenga derecho a la bonificación, pues cabe la posibilidad de que el sujeto pasivo ejerza otras actividades económicas (empresariales, profesionales o artísticas), cuya suma de rendimientos dé dicho porcentaje.

Finalmente decir que también puede obtenerse similar bonificación en materia de sucesión «*mortis causa*» **tratándose de participaciones societarias**, e incluso, cabe la posibilidad de gozar de pareja bonificación en materia de **donaciones**. Sin embargo, al menos en principio, estos dos supuestos de bonificación se nos presentan más complejos que el que hemos detallado.

### 3. EL ALQUILER DE UN NEGOCIO COMO PRESUPUESTO DE HECHO PARA PODER OBVIAR EL LÍMITE MÁXIMO DE DEDUCCIÓN DE LOS GASTOS DE FINANCIACIÓN FIJADO PARA EL ALQUILER DE INMUEBLES

#### A) Distinción entre arrendamiento de local de negocio y arrendamiento de negocio.

En este punto conviene distinguir entre arrendamiento de local de negocio y arrendamiento de negocio o industria.

- a) Si lo que se arrienda es un inmueble (ya sea para vivienda o para un uso distinto, como puede ser local de negocio) que no está listo para la explotación económica de una industria, será un **arrendamiento de inmueble** aun cuando junto al inmueble se arrienden bienes muebles. A los presentes efectos, el supuesto más típico es el del propietario de un local que lo arrienda a un sujeto para que instale en él su negocio.
- b) Si lo que se arrienda es una pluralidad de elementos patrimoniales organizados que conforman un establecimiento listo para la explotación económica de un negocio o industria, será **arrendamiento de industria** o negocio. En este caso, el arrendador alquila, no tanto el local del negocio, como el negocio ubicado en dicho local. En puridad de conceptos, como advierte PALAO TABOADA, C. (en la obra colectiva *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, ed. Civitas, Madrid, 1983, pág. 153), «no hay arrendamiento de un inmueble, sino de un negocio o empresa, de la que el inmueble no es sino uno de los elementos reales sobre los que se asienta la organización productiva».

Es decir, mientras que en el arrendamiento de local, a la cesión del inmueble se le une, en su caso, la cesión de muebles por destino; en el arrendamiento de industria se cede un conjunto patrimonial al servicio de una actividad productiva (cfr. ALSINA RUIBRUGENT, E.; y, ARIAS VELASCO, J.: *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Ed. Bosch, Barcelona, 1980, pág. 112).

En este sentido, el Tribunal Supremo ha sostenido con reiteración que «para diferenciar los conceptos jurídicos de industria o de local de negocio la nota definitiva más destacable se ha de deducir del objeto y finalidad del contrato, en el sentido de que si lo que se cede en uso y disfrute al arrendatario es todo o parte de un edificio dotado de los elementos precisos debidamente organizados para la obtención de un producto económico susceptible de explotación inmediata o pendiente de meras formalidades administrativas, se estará en presencia de una unidad patrimonial con vida propia creada por el arrendador, constitutiva del concepto de industria o negocio... mientras que si lo arrendado es el edificio o local ‘desnudo’ o con elementos desarticulados, no apto por sí solo para una finalidad industrial o comercial, aunque utilizables en unión de otros que el arrendatario aporte y organice para la actividad que él va a crear, la relación jurídica establecida será la de un arrendamiento de local de negocio» [STS de 20 de diciembre de 1986 (cit. por VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R.: en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Ed. Tirant lo blanch, València, 1994, pág. 58)].



## B) Consecuencias civiles y fiscales de la distinción.

La caracterización de un arrendamiento como de industria o negocio, trae consigo dos importantes consecuencias:

- 1.<sup>a</sup> La exclusión del arrendamiento del ámbito de aplicación de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (BOE de 25 de noviembre) (LAU), lo cual determina la directa aplicación de las normas locaticias contenidas en el **Código civil**; mientras que el arrendamiento de local de negocio estaría sujeto a la LAU conforme se deduce de sus artículos 1 y 3.
- 2.<sup>a</sup> La calificación como **rendimiento del capital mobiliario** de la renta arrendaticia, a no ser que el sujeto arrendador se dedique empresarialmente a arrendar industrias (básicamente sería el caso del sujeto cuyo negocio estriba en crear o comprar industrias para después arrendarlas a otros sujetos), pues en tal hipótesis obtendría rendimientos derivados de actividad empresarial [art. 23.4.c) LIRPF]; mientras que el arrendamiento de local de negocio, da origen a rendimientos del capital inmobiliario a no ser que se realice como actividad económica (arts. 19, 20 y 25.2 LIRPF).

Consecuentemente, a efectos del IRPF, tendríamos que, dejando a salvo los supuestos en que el arrendador se dedique empresarialmente al alquiler de inmuebles o de negocios (en cuyas hipótesis los rendimientos que obtuviera siempre tributarían como derivados de actividades económicas), el arrendamiento de un inmueble no destinado a vivienda puede ser:

- a) O bien de simple local, tributando el arrendador por las reglas del capital inmobiliario;
- b) o bien de negocio, tributando el arrendador por las reglas del capital mobiliario.

Aun cuando las reglas destinadas al cómputo de los rendimientos del capital inmobiliario son muy parejas a las destinadas al cómputo del capital mobiliario, cabe apreciar algunas sensibles diferencias de trato. Una de ellas se refiere al **límite de deducción de los gastos financieros**, pues mientras que este límite se prevé respecto a los rendimientos del capital inmobiliario, no existe respecto a los rendimientos del capital mobiliario, lo cual puede dar origen a una economía de opción.

## C) Supuesto de economía de opción.

Entre los gastos deducibles para la determinación del rendimiento neto del capital inmobiliario derivado de los **inmuebles alquilados** por un particular (esto es, de forma no empresarial), se encuentran los financieros destinados a la adquisición o mejora del inmueble, incluyendo tanto los

intereses de capitales ajenos como los demás gastos de financiación, cuales son los de formalización, modificación o cancelación del préstamo dedicados a la adquisición o mejora del inmueble, así como los de la eventual hipoteca constituida en garantía del mismo. El artículo 12.a) RIRPF, siguiendo al artículo 21.1.a) LIRPF, establece que tales gastos de financiación deducibles no pueden superar, para cada bien o derecho cuyo uso se ceda, la cuantía de los rendimientos íntegros. Esto significa que a la hora de calcular el rendimiento neto de cada inmueble arrendado, primero se deberán detraer del rendimiento íntegro los gastos de financiación, sin que en ningún caso esta operación pueda dar un resultado negativo, y acto seguido se detraerán los otros gastos deducibles, lo cual sí que podrá dar lugar a un resultado negativo.

En cambio, del artículo 24.1.b) LIRPF se desprende que tal límite desaparece cuando se trata de **arrendamiento de negocio**, lo cual provoca que los gastos de financiación de referencia puedan superar la cuantía de los rendimientos íntegros, de tal manera que nada impide que el arrendador compute en su declaración de renta un rendimiento negativo gracias a que el coste de la financiación ajena supera los rendimientos obtenidos.

Así, por ejemplo, imaginemos que en un ejercicio los ingresos percibidos por el alquiler sean de 1.000.000 de ptas. en tanto que los intereses hipotecarios que satisface el arrendador para la adquisición del inmueble alquilado en el mismo ejercicio se eleven a 1.500.000 ptas.:

- a) Si lo que alquila es un local de negocio, obtendrá rendimientos del capital inmobiliario y, por ende, del 1.500.000 ptas. de intereses hipotecarios tan sólo podrá deducir 1.000.000 de ptas., pues el límite máximo de deducción que permite la ley coincide con el de los rendimientos íntegros obtenidos.
- b) En cambio, si lo que alquila es un negocio, obtendrá rendimientos del capital mobiliario y, por ende, podrá deducir todos los intereses hipotecarios que ha satisfecho (en nuestro caso, 1.500.000 ptas.), pues la ley no contempla al respecto ningún límite máximo de deducción.

Ello trae como secuela que a la hora de arrendar un inmueble conviene que el arrendador pondere la posibilidad de alquilar simplemente un local o de alquilar un local de negocio. En el caso que le convenga más esta segunda opción porque así puede deducir más gastos de financiación, deberá crear las condiciones fácticas para transformar el inmueble en industria, cosa que se consigue dotando al local de los utensilios necesarios para que pueda funcionar como negocio.

Así, por ejemplo, si el arrendatario está interesado en alquilar un inmueble para instalar un bar y al arrendador le interesa que los ingresos que perciba por el alquiler tributen como rendimientos del capital, lo que debería hacer el arrendador, antes de formalizar el arrendamiento, es realizar en el local las pertinentes obras e instalaciones para que pudiera funcionar como bar, y, acto seguido, formalizar el pertinente contrato de industria conforme a las reglas generales del Código civil.

#### 4. EL ARRENDAMIENTO DE FINCA Y POSTERIOR RECUPERACIÓN DE SU POSESIÓN VÍA EL SUBARRENDAMIENTO PARA CONSEGUIR UNOS MAYORES GASTOS DEDUCIBLES EN EL IRPF

##### A) Licitud de la figura del arrendador/subarrendatario de la misma finca.

Toda obligación requiere la concurrencia de dos sujetos que, en el caso del arrendamiento, se denominan arrendador y arrendatario. Es posible que existan varios arrendadores (coarrendadores) y/o varios arrendatarios (coarrendatarios), pero cuanto menos ha de existir un arrendador y un arrendatario. En el supuesto de que ambas figuras coincidieran en una misma persona, el contrato de arrendamiento se extinguiría por confusión (*cf.* art. 1.192.1.º del Código civil).

De este modo, un contrato de arrendamiento en el que arrendador y arrendatario fueran la misma persona sería inexistente, cosa por la cual, supuesto de que se celebrase, el titular de la finca o titular de un derecho real de goce sobre la misma no podría acogerse al régimen tributario que la Ley contempla para las rentas derivadas del alquiler de inmuebles, el cual, contempla la posibilidad de computar rendimientos negativos cuando los gastos deducibles son superiores a los ingresos. Tal titular debería, en su caso, tributar por las rentas imputadas al inmueble vía el artículo 71 LIRPF, régimen que consiste en considerar objetivamente como ingresos un porcentaje del valor catastral del inmueble sin que, en ningún caso, se permita deducción de gasto alguno.

Ello trae pues como consecuencia que un sujeto no podrá **autoarrendarse** el inmueble para conseguir un mejor régimen de tributación, pues este contrato sería nulo de pleno derecho.

Ahora bien, si resulta imposible que el arrendador sea a la vez arrendatario de la misma finca, creemos que nada impide que el arrendador sea, a su vez, **subarrendatario** de la finca por él arrendada, pues, en tal supuesto, encontramos dos contratos distintos con sus respectivos sujetos (arrendador/arrendatario y subarrendador/subarrendatario) claramente diferenciados.

En efecto:

- a) Existe en primer lugar un contrato de arrendamiento entre el titular del inmueble que se erige en arrendador y el adquirente del derecho personal sobre el uso o goce del inmueble que se erige en arrendatario.
- b) Existe en segundo lugar otro contrato de arrendamiento, denominado subarrendamiento, entre el arrendatario que se erige en subarrendador y el titular del inmueble que se erige en subarrendatario.

Hay, pues, dos contratos de arrendamiento distintos y en cada uno de ellos encontramos una dualidad de sujetos que ocupan las respectivas posiciones arrendadora y arrendataria, lo que, a nuestro modo de ver, es perfectamente lícito y no tan difícil de imaginarlo en la práctica.

Piénsese, por ejemplo, que tras haberse arrendado una finca, le interesara al arrendador usar una parte de la misma. Una solución sería que el arrendatario se aviniese a resolver parcialmente el contrato de arrendamiento, excluyéndose de éste parte de la finca cuyo uso le interesa recuperar al arrendador. Pero, también creemos perfectamente posible que el arrendador contrate con el arrendatario para que éste le subarriende tal parte de la finca.

En el ejemplo hemos partido de un supuesto de subarrendamiento parcial, pero, en principio, nada impide que el subarriendo sea por la totalidad de la finca.

Decimos «en principio», porque la normativa especial de los arrendamientos urbanos, contenida en la LAU, si bien contempla el subarriendo total de local de negocio (*cf.* art. 32), excluye la posibilidad de que se subarriende totalmente la vivienda, admitiendo tan sólo el subarriendo parcial (art. 8.2, primer párrafo). Ahora bien, aun cuando reconocemos que se trata de una cuestión debatida, nosotros creemos que la LAU no prohíbe tal tipo de subarrendamiento, sino que tan sólo lo excluye de su ámbito de aplicación, de tal modo que se registrará, no por la LAU, sino por las disposiciones generales contenidas en el Código civil, en cuyo artículo 1.550 se prevé el subarrendamiento total (en este sentido se pronuncia REGLERO CAMPOS, L.F.: En la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 162).

Todo ello nos lleva a la conclusión de que, respecto a una misma finca, el subarrendador forzosamente ha de ser el arrendatario, el cual jamás puede coincidir con la persona del arrendador. Pero, el subarrendatario puede ser cualquier sujeto (incluido el arrendador) a excepción del arrendatario-subarrendador. Por tanto, resulta perfectamente lícito que el arrendador sea a la vez subarrendatario de la misma finca.

## B) Régimen fiscal a efectos del IRPF.

En tal caso, la finca generaría los siguientes **rendimientos** a efectos del IRPF:

- a) Para el **arrendador** le generaría rendimientos del capital inmobiliario, con motivo de los ingresos que obtuviera del arrendatario a los que se deducirían los gastos necesarios para su obtención en los términos previstos por los artículos 20 a 22 LIRPF.
- b) Para el **arrendatario-subarrendador** le generaría, igualmente, rendimientos del capital inmobiliario con motivo de los ingresos que obtuviera del subarrendatario a los que también se deducirían los gastos necesarios para su obtención en los términos previstos por los artículos 20 a 22 LIRPF.

### C) Ventajas fiscales y posibilidad de fraude o simulación.

El ceder el uso de una finca mediante arrendamiento para acto seguido volver a recuperarlo a través de un subarrendamiento, puede conducir a que el propietario o titular de un derecho real sobre el inmueble se beneficie del **amplio régimen de deducciones** que la ley reserva a los inmuebles arrendados sin perder el uso o goce del inmueble en virtud de su condición de subarrendatario.

Así, por ejemplo, imaginemos que un sujeto adquiere un inmueble cuyo valor catastral revisado es de 10.000.000 de ptas. y sobre el que recae una hipoteca cuyos gastos financieros son de 2.000.000 ptas. anuales, un Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) de 10.000 ptas. y unos gastos de comunidad de 50.000 ptas. anuales.

Si el propietario no alquila el inmueble se le imputará la renta ficticia regulada en el artículo 71 LIRPF consistente en el 1,1 por 100 del valor catastral, sin posibilidad de deducir gasto alguno, lo cual da como resultado un rendimiento de 110.000 ptas. ( $10.000.000 \times 1,1 \text{ por } 100 = 110.000$ ).

En cambio, si lo alquila por 1.000.000 de ptas. anuales, podrá deducir los gastos financieros hasta el límite de los ingresos (consecuentemente, podrá deducir 1.000.000 de ptas.) más los gastos por el IBI (10.000 ptas.) y los de comunidad (50.000 ptas.), lo cual da un rendimiento neto negativo de -60.000 ptas. Ello le supone un considerable ahorro fiscal, pues, por un lado no imputa la renta ficticia de 110.000 ptas. y, por otro lado, se deduce gastos que de otro modo no podría deducir (cuales son los gastos de financiación, del IBI y de comunidad).

Si desea recuperar el uso del inmueble lo único que tiene que hacer es celebrar un contrato de subarrendamiento. Un caso extremo sería aquel en que el precio del subarriendo fuera inferior al rendimiento neto negativo que obtiene el arrendador por el alquiler de la finca. En nuestro caso, por ejemplo, podría fijarse el precio del subarriendo en 50.000 ptas. anuales.

En tal hipótesis el arrendatario-subarrendador tendría, cuanto menos, un rendimiento negativo [del capital mobiliario (*cf.* art. 23.4.c) LIRPF)] de -950.000 ptas. resultantes de restar de los ingresos derivados del subarriendo (50.000 ptas.) el precio que satisface al arrendador (1.000.000 ptas.). En tanto que el propietario-subarrendatario tendría, cuanto menos, el referido rendimiento negativo del capital inmobiliario de -60.000 ptas., el cual ni tan siquiera se vería cubierto por la cantidad que ha de pagar en concepto de subarriendo (50.000 ptas.), cantidad esta última que incluso podría ser objeto de deducción si el derecho de subarriendo se afectara a alguna actividad económica ejercida por el propietario-subarrendatario.

Pero debe caerse en la cuenta que la Administración siempre tendrá la posibilidad de intentar demostrar que el contrato de arrendamiento es un negocio realizado en fraude de ley o un negocio simulado.

- a) En el primer caso, **fraude de ley**, se habría realizado un arrendamiento con la finalidad de burlar la norma tributaria. De acuerdo con el artículo 24 LGT, en la redacción que le dio la Ley 25/1995, de 20 de julio (BOE de 22 de julio), resultaría de aplicación la norma tributaria eludida sin que nacieran las ventajas fiscales que se pretendían obtener con la sucesión de contratos (primero el contrato de arrendamiento y después el de subarrendamiento), lo que en nuestro caso significa que, si ambos contratos estuviesen hechos en fraude de ley, la finca debería tributar como si no estuviera arrendada ni subarrendada, esto es, debería tributar por las rentas imputadas al inmueble vía el artículo 71 LIRPF, régimen que, según ya hemos dicho, consiste en considerar objetivamente como ingresos un porcentaje del valor catastral del inmueble sin que, en ningún caso, se permita deducción de gasto alguno. Además, deberían liquidarse los intereses de demora correspondientes, pero sin imposición de sanción alguna.
- b) Incluso puede plantearse la posibilidad de que, en realidad no exista arriendo alguno, sino que estemos ante un **negocio simulado** que sea inexistente o ficticio por faltarle algún elemento esencial, celebrándose de forma fingida para deducir ciertos gastos. En tales casos, sería de aplicación el artículo 25 LGT, según el cual se gravaría el negocio que realmente han realizado las partes. Así, por ejemplo, cabe la posibilidad de que se haya celebrado:
- b') Un arrendamiento real que va seguido de un subarrendamiento ficticio, y, por ende, la finca estará arrendada, pero no subarrendada, lo cual significará que tributará como finca arrendada sin tener en cuenta el subarriendo. En este caso, el arrendador tributaría por los rendimientos del capital inmobiliario, con motivo de los ingresos que obtuviera del arrendatario a los que se deducirían los gastos necesarios para su obtención en los términos previstos por los artículos 20 a 22 LIRPF, sin que el arrendatario tributase por la finca.
- b'') Un arrendamiento ficticio seguido de un subarrendamiento también ficticio, y, por ende, la finca no estará arrendada ni subarrendada, lo cual significará que tributará como finca cuyo uso no ha sido cedido en arrendamiento. En este caso el titular de la finca –falso arrendador– tributaría por las rentas imputadas al inmueble vía el artículo 71 LIRPF, régimen que, según ya hemos dicho, consiste en considerar objetivamente como ingresos un porcentaje del valor catastral del inmueble sin que, en ningún caso, se permita deducción de gasto alguno.

A diferencia de lo que acontece con el fraude de ley, donde no se prevé ninguna sanción para el que se pretendía beneficiar del mismo, cuando se trata de negocio simulado procede sancionar la actitud culposa del sujeto pasivo.

En cualquier caso ha de ser **la Administración quien demuestre** la existencia de fraude de ley o de negocio simulado. Ni que decir tiene las circunstancias concurrentes pueden utilizarse de forma indiciaria para tal prueba. Así, por ejemplo, cuando el precio del arrendamiento

o subarrendamiento sea ridículamente bajo, prácticamente testimonial, cabe pensar que estamos ante un fraude de ley. Del mismo modo cabe pensar que cuando en la realidad no se satisfaga el precio del arriendo o subarriendo sin ninguna reclamación por parte del acreedor, quizá estaremos ante un negocio simulado. Ahora bien, desde luego que no pueden descartarse justificaciones que en determinados casos excepcionales impidan la calificación del negocio como de fraude de ley o de simulación. Así, por ejemplo, cabe la posibilidad de que el precio del subarriendo sea inferior al del arriendo por cuestiones de mercado inmobiliario o porque el arrendador consiente a cambio una modificación del plazo de vigencia del contrato de arrendamiento que beneficia al arrendatario. También, la eventual existencia de un contrato de arrendamiento de renta antigua (regulados en las disp. trans. 2.ª y 3.ª LAU) pueden justificar pactos aparentemente sospechosos de abrigar ciertos abusos de las formas en el Derecho tributario con el fin de eludir el pago de tributos.

## 5. EL ARRENDAMIENTO DE FINCA POR EL TIEMPO IMPRESCINDIBLE PARA PODER DEDUCIR LOS GASTOS DE CONSERVACIÓN EN EL IRPF

Sabemos que una de las ventajas que fiscalmente representa el alquiler de inmuebles frente al régimen de imputación propio de los inmuebles no alquilados (ni, obviamente, afectos a una actividad económica) es que aquél permite deducir los gastos necesarios para la obtención del rendimiento, mientras que el referido régimen de imputación no permite deducir ningún gasto (*cf.* arts. 21 y 71 LIRPF).

De tal manera que los **gastos de conservación y reparación** del inmueble (como son el pintado, revoco, arreglo de instalaciones, sustitución de instalaciones de calefacción, agua, electricidad, ascensor, puertas de seguridad, y otros similares destinados al mantenimiento del uso normal del inmueble) no podrán deducirse de la declaración de renta si se trata de inmuebles que tributan en régimen de imputación del artículo 71 LIRPF (básicamente nos referimos a los inmuebles que, amén de no estar afectos a una actividad económica, tampoco estén alquilados).

En cambio, tal deducción de gastos sí que será posible cuando se trate de inmuebles alquilados por sus propietarios y que, por este motivo (y por no tratarse de un arrendador empresario), generen rendimientos del capital inmobiliario.

Para que un gasto sea deducible ha de ser **imputable al período** en que pretenda deducirse [*cf.* art. 14.1.a) LIRPF]. La cuestión estriba en si resultará deducible un gasto efectuado cuando **el inmueble no esté arrendado**.

A nuestro juicio, resulta acertada la opinión de GOROSPE OVIEDO, J.I. (en la obra colectiva *Comentarios a la Ley del IRPF y Reglamento del Impuesto*, Ed. Colex, Madrid, 1993, pág. 309) cuando afirmó que, una vez determinado que el gasto es de conservación o de reparación, deberá

considerarse deducible «aunque el gasto tenga lugar antes del alquiler del inmueble siempre que sea necesario para la obtención de los correlativos ingresos». En este sentido, se ha pronunciado la Contestación de la Dirección General de Tributos (Cont. DGT) de 24 de enero de 1994 (en Ministerio de Economía y Hacienda: *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Doctrina de la Dirección General de Tributos*, Ed. Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1995, págs. 522 y 523): «La normativa reguladora del Impuesto sólo contempla la deducibilidad de los gastos de conservación y reparación respecto de los inmuebles arrendados o subarrendados. Ello implica que podrán tomarse en consideración como gasto deducible, las cantidades destinadas a la conservación y reparación, a efectos del cálculo de los rendimientos netos del capital inmobiliario, siempre que el inmueble se encuentre arrendado o subarrendado en el momento en que se incurra en los citados gastos; asimismo, también cabe la deducibilidad de estas partidas, en los casos en que exista y pueda acreditarse suficientemente la adecuada y necesaria correlación entre los gastos de conservación y reparación y los ingresos derivados del posterior arrendamiento del inmueble, resultando para ello preciso que las reparaciones y actuaciones de conservación efectuadas vayan dirigidas exclusivamente a ofrecer el inmueble en arrendamiento a terceros, y no al disfrute, siquiera temporal, de dicho inmueble por parte del titular, o bien a la cesión del uso a tercero por fórmulas distintas del arrendamiento». De este modo, explica BARQUERO ESTEVAN, J.M. (*Régimen fiscal de los arrendamientos urbanos*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 49 y 50), «Basta que existan rendimientos del capital inmobiliario posteriores, a los que asociar dichos gastos».

En este marco, perfectamente podría darse una situación como la que sigue:

- a) El propietario del inmueble decide realizar obras de conservación y de reparación por importe de 1.000.000 de ptas. en un determinado ejercicio.
- b) Una vez realizadas las obras, se preocupa de alquilarlo por lo que resta de año por importe de 500.000 ptas., lo cual le legitima para deducir el millón de las obras de conservación y obtener un rendimiento negativo que disminuirá su base imponible. Debe precisarse que, si bien los contratos de arrendamiento de inmueble cuyo uso sea distinto al de vivienda pueden tener la duración que las partes acuerden, en los contratos de arrendamiento de inmueble para vivienda cuyo plazo sea inferior a los cinco años, el arrendatario, como regla general, tiene la opción de que se prorrogue su contrato hasta llegar a esos cinco años (art. 9 LAU).
- c) Finalizado este período, el arrendador decide rescindir el contrato [ya sea automáticamente (si no es de arrendamiento de vivienda) o porque el arrendatario no desea –o no puede– ejercer su derecho a prórroga (si el contrato es de arrendamiento de vivienda)] y, entonces, el arrendador puede optar entre si le interesa o no tener alquilado el inmueble para el futuro.
  - c.1) Caso de que la respuesta sea positiva no debería haber ningún problema desde un punto de vista fiscal.



- c.2) Caso de que la respuesta sea negativa entonces puede que la Inspección intentara apreciar un supuesto de fraude de ley consistente en que se ha utilizado un contrato de arrendamiento de unos pocos meses para poder deducir unos gastos de conservación y reparación cuyos efectos perdurarán en la finca mucho más tiempo y que, en ausencia de alquiler, podrán ser directamente disfrutados por su titular.

Ante la posibilidad de que esta hipótesis se diera, es probable que el contribuyente pretenda cargarse de argumentos para, en su día, poder demostrar que ha intentado alquilar el inmueble y que si no lo ha conseguido ha sido por causas que no le resultan imputables. Así, por ejemplo, podría traer a colación anuncios insertados en revistas donde aparezca que se ha buscado y, en su caso, se continúa buscando un inquilino para la finca.

## 6. LA REALIZACIÓN CONJUNTA DE OBRAS DE CONSERVACIÓN Y DE MEJORA EN LOS INMUEBLES ARRENDADOS A LOS EFECTOS DE PODER OPTAR ENTRE DEDUCIRLAS GLOBALMENTE COMO GASTO O COMO AMORTIZACIÓN DE INVERSIONES

Entre los gastos deducibles que enumera el Reglamento del IRPF (RIRPF), aprobado por RD 214/1999, de 5 de febrero (BOE de 9 de febrero) en relación a los rendimientos del capital inmobiliario (como son los que derivan del alquiler de inmuebles no ejercido de forma empresarial), se encuentran los de **conservación y reparación**, los cuales, según ya se ha apuntado, están referidos al mantenimiento del uso normal (o, dicho de otro modo, de las condiciones originarias) de los bienes materiales, tal y como sucede con el pintado, revoco o arreglo de las instalaciones y los de sustitución de elementos, como instalaciones de calefacción, ascensor o puertas de seguridad [art. 12.f)].

En cambio, los gastos de **ampliación o mejora** están referidos a alterar las condiciones normales del bien, ya aumentándolas, ya perfeccionándolas, tal y como sucede con la incorporación de equipos de aire acondicionado, de calefacción, de elevación –ascensores–, construcción de una piscina o el cercado o vallado del jardín. Estos últimos no son gastos deducibles, pues se trata de una inversión y, en consecuencia, encontrarán su encaje fiscal en las ganancias y pérdidas patrimoniales como elemento integrante del valor de adquisición, y tan sólo podrán ser objeto de deducción vía la técnica de las amortizaciones consistente en considerar como gasto anual un porcentaje de los mismos (art. 13 RIRPF).

El caso es que, en no pocas ocasiones, las obras que se realizan tienen **un doble carácter**, en el sentido de que afectan tanto a la conservación o reparación como a la ampliación o mejora. Así, cuando se realiza una obra de ampliación o mejora es fácil que se aproveche para realizar también obras de conservación o de reparación, tal y como, por ejemplo, acontecería si en la finca destinada al alquiler se instalara calefacción en una planta donde antes no había esta instalación, y de paso, se sustituyera la antigua instalación que existía en el resto de la finca, todo ello por un importe global de 3.000.000 de ptas.

En estos casos, como lo más usual es que exista un **único presupuesto**, seguido de la correspondiente factura, donde se englobe todo el coste de la instalación considerada en su conjunto, no es de extrañar que el contribuyente considere este coste de forma unitaria a efectos fiscales, de tal manera que:

- a) O bien dé a todo el referido coste el tratamiento de obras de conservación o reparación, lo cual significa que el importe global de la facturación por la instalación (esto es, los 3.000.000 ptas) será deducible en el mismo período impositivo en el que se realice [*cf.* art. 12.f) RIRPF]. Como contrapartida, esta cantidad no podrá utilizarse para disminuir la eventual ganancia de patrimonio por la que se deba tributar en el período en que se transmita el inmueble [*cf.* art. 33.1.b) y art. 34 LIRPF].
- b) O bien dé a todo el referido coste el tratamiento de obras de ampliación o mejora, lo cual significa que el importe global de la facturación por la instalación (esto es, los 3.000.000 ptas.) tan sólo será deducible como gasto del período en el porcentaje que se amortice [*cf.* art. 13 RIRPF]. De seguirse la tabla de amortizaciones aprobada por la Orden Ministerial de 27 de marzo de 1998, tendremos que la amortización de máxima intensidad para las instalaciones será de un 10 por 100 durante diez años. De este modo, resultará que en el ejercicio donde se haga la inversión de 3.000.000 de ptas. tan sólo podrán deducirse como máximo 300.000 ptas. ( $3.000.000 \times 10 \text{ por } 100 = 300.000$ ). El resto deberá deducirse en los años que siguen en igual proporción de 300.000 ptas. anuales. Como contrapartida, dicho importe total de la facturación disminuirá la eventual ganancia de patrimonio por la que se deba tributar en el período en que se transmita el inmueble [*cf.* art. 33.1.b) y art. 34 LIRPF].

Como regla general, fiscalmente interesará más al contribuyente optar por la primera posibilidad, sin que ello prive que en casos especiales le pueda interesar más la segunda. En cualquier caso, creemos que semejante **economía de opción** no está permitida, pues las dos opciones descritas no se ajustan a la ley.

A nuestro modo de ver, en términos fiscales se debería solicitar al instalador que diferenciara entre el coste de instalar la calefacción en la planta donde antes no existía y el coste de sustituir la vieja instalación por la nueva en el resto de la finca, pues mientras el primer coste indicado obedece a una mejora que tan sólo es deducible como gasto del período en el porcentaje que se amortice, el segundo coste indicado obedece a una conservación que es deducible como gasto en su totalidad en el ejercicio en que se verifica.

Así, por ejemplo, imaginemos que el primer coste indicado, el de mejora, se cifra en 1.000.000 de ptas., mientras que el segundo coste indicado, el de conservación, se eleva a 2.000.000 de ptas.

De seguirse la tabla de amortizaciones aprobada por la Orden Ministerial de 27 de marzo de 1998, tendremos que la amortización de máxima intensidad será de un 10 por 100 durante diez años. De este modo, resultará que en el ejercicio donde se haga la inversión de 1.000.000 de ptas. tan sólo podrán deducirse como máximo 100.000 ptas. ( $1.000.000 \times 10 \text{ por } 100 = 100.000$ ). El resto deberá deducirse en los años que siguen en igual proporción de 100.000 ptas. anuales. Como sabemos, el importe de la inversión disminuirá la eventual ganancia de patrimonio por la que se deba tributar en el período en que se transmita el inmueble

En cambio, los 2.000.000 de ptas., como son gastos de conservación, pueden deducirse íntegramente en el ejercicio en que se realicen, sin que esta cantidad pueda utilizarse para disminuir la eventual ganancia de patrimonio por la que se deba tributar en el período en que se transmita el inmueble.

## **7. LA ESTIPULACIÓN CONTRACTUAL DE QUE EL ARRENDATARIO DE FINCA SE HAGA CARGO DE LOS GASTOS GENERALES A CAMBIO DE PACTAR UN ALQUILER MENOR**

### **A) La libertad de pactos respecto a la repercusión de los gastos generales.**

Con respecto al arrendamiento de inmueble para vivienda, el artículo 20.1 LAU establece que «Las partes podrán pactar que los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades que sean susceptibles de individualización y que correspondan a la vivienda arrendada o a sus accesorios, sean a cargo del arrendatario». Con respecto al arrendamiento para uso distinto al de vivienda, nada dice la Ley al respecto, lo cual, a nuestro modo de ver, determina que debemos seguir parejo criterio al indicado, pues así lo impone el principio general de autonomía de la voluntad contenido en el artículo 1.255 del Código civil.

Si se tiene en cuenta que a la hora de fijarse la cuantía del alquiler ya se habrá ponderado quién asume los gastos generales del inmueble, no parece que la cuestión tenga demasiada relevancia desde un punto de vista civil.

Así, por ejemplo, si el arrendador pretende cobrar 1.000.000 de ptas. netas al año (IRPF excluido) por el alquiler de un inmueble y es consciente de que hay unos gastos generales medios estimados de 200.000 ptas., puede hacer dos cosas:

- a) Pactar un alquiler de 1.200.000 ptas. y hacerse cargo el arrendador de los gastos generales.
- b) Pactar un alquiler de 1.000.000 ptas. y pactar, a su vez, que el arrendatario se hará cargo de los gastos generales estimados en 200.000 ptas.

Sin embargo, desde un punto de vista fiscal la cuestión no puede tener una respuesta tan simple, pues por de pronto deberemos discriminar entre arrendadores residentes y arrendadores no residentes.

### **B) Efectos del pacto si el arrendador es residente.**

Si el arrendador es un residente en territorio español se aplicará la LIRPF, la cual permite deducir todos los gastos necesarios para la obtención de los rendimientos del capital inmobiliario. Suponiendo que no existieran más gastos que los generales, al arrendador residente le dará fiscalmente igual:

- a) Pactar un alquiler de 1.200.000 ptas. y hacerse cargo él mismo de los gastos generales. En este caso, como podrá deducir las 200.000 ptas. de los gastos generales, obtendrá un rendimiento neto de 1.000.000 de ptas.
- b) Pactar un alquiler de 1.000.000 y pactar, a su vez, que el arrendatario se haga cargo de los gastos generales. En este caso continuará obteniendo un rendimiento neto de 1.000.000 de ptas.

### **C) Efectos del pacto si el arrendador es un no residente.**

Sin embargo, para los no residentes la cuestión es distinta, pues debemos estar a la Ley 41/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de No Residentes (BOE de 10 de diciembre) (LIRNR), en la cual se establece que la base imponible es la «cuantía íntegra» devengada calculada con arreglo a las normas del IRPF (art. 23 LIRNR) y la cuota tributaria se obtiene aplicando a la base imponible el tipo de gravamen proporcional del 25 por 100 (art. 24.1 LIRNR). De tal manera que si el arrendador es un no residente no podrá deducir ningún gasto por más necesario que sea para la obtención de beneficios.

Adviértase que, según se interprete esta normativa, puede no resultar indiferente decantarse por una u otra de las opciones que hemos indicado:

- a) Si el arrendador pacta un alquiler de 1.200.000 ptas. y hacerse cargo él mismo de los gastos generales, tendremos que, como no podrá deducir las 200.000 ptas. de gastos generales, el rendimiento que deberá computar a efectos fiscales será de 1.200.000 ptas.
- b) Si el arrendador pacta un alquiler de 1.000.000 y pacta, a su vez, que el arrendatario se haga cargo de los gastos generales, tendremos que, al menos en una primera lectura de la ley, el rendimiento que debería computarse a efectos fiscales sería de 1.000.000 de ptas.

De aceptarse esta interpretación tendríamos que el arrendador no residente conseguiría un claro ahorro fiscal con el simple expediente de pactar un alquiler menor a cambio de que el arrendatario asumiera los gastos generales.

Ahora bien, estamos con la Administración cuando entiende que esta manera de proceder no es la correcta, pues tratándose de gastos que corresponden al arrendador, si son satisfechos por el arrendatario suponen un aumento de la renta y, por ende, un aumento de la base imponible.

En este sentido la Cont. DGT de 24 de febrero de 1999 (en *Carta Tributaria*, núm. 320, 1999, pág. 41), tras advertir que la base imponible del IRNR la constituyen, con carácter general, los rendimientos íntegros, ha sostenido que en el caso de arrendamiento de inmuebles «Los gastos de comunidad y otros gastos que corresponden al propietario de los bienes inmuebles no se hallan entre las excepciones al principio general. Por tanto, si tales gastos se repercuten en el arrendatario, serán considerados como parte integrante de la base imponible del impuesto».

## **8. EL PACTO DE QUE LA RENTA DEL ALQUILER SEA EXIGIBLE PASADOS LOS DOS PRIMEROS AÑOS DE DURACIÓN DEL CONTRATO PARA OBTENER LAS VENTAJAS FISCALES DE LOS RENDIMIENTOS IRREGULARES**

### **A) Libertad contractual a la hora de fijar el tiempo de pago del alquiler.**

Desde un punto de vista temporal, lo normal es que el pago de la renta se realice de forma periódica. Y ello es así, hasta el punto de que la propia LAU establece con referencia a los arrendamientos de vivienda que «Salvo pacto en contrario, el pago de la renta será mensual y habrá de efectuarse en los siete primeros días del mes» (art. 17.2). La LAU nada dice respecto a los arrendamientos para uso distinto al de vivienda, cosa por la cual, si no se hubiese designado el tiempo de pago, se aplicará la regla general del artículo 1.574 del Código civil, en cuya virtud deberá estarse «a la costumbre de la tierra».

La cuestión estriba en si resulta admisible que las partes acuerden que la renta se fije en un pago único por la totalidad del tiempo que dure el contrato de alquiler. Ciertamente la ley contempla normas que presuponen que la renta es periódica, como, por ejemplo, acontece en los artículos 18 (que trata de la actualización de la renta), 19 (sobre la elevación de la renta por mejoras) o 36 (de la fianza) de la LAU. Sin embargo, la doctrina tradicionalmente suele admitir el pacto de que el pago de la renta sea único (*vid.*, ALBALADEJO, M.: *Derecho civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, t. II, vol. 2.º, págs. 162 y 163), y, a nuestro modo de ver, creemos que este criterio debe seguir prevaleciendo en base al principio de autonomía de voluntad contractual sentado por el artículo 1.255 del Código civil.

En suma:

- a) Aunque lo normal es que el pago de la renta se realice mensualmente, nada impide que se pacte otro plazo más corto (*v.gr.*: cada semana, cada día) o más largo (cada semestre, cada año).
- b) Incluso, a nuestro modo de ver, cabe la posibilidad de que se pacte, no un pago periódico de la renta, sino un pago único por la totalidad del tiempo que dure el contrato.

## B) La renta irregular.

El artículo 21.2 LIRPF establece una **reducción del 30 por 100 aplicable a los rendimientos irregulares**, entendiéndose por ellos, los que se califiquen reglamentariamente como obtenidos de forma notoriamente irregular y los que tengan un período de generación superior a los dos años.

Pues bien, un supuesto de **economía de opción** digno de tener en cuenta por el arrendador estriba en ponderar hasta qué punto no le resulta más beneficioso pactar que el pago de la renta será cada dos años y un día, pues entonces ya estaríamos ante un rendimiento irregular que se reduciría en un 30 por 100.

Como sabemos, también debe considerarse lícito fijar, en vez de una renta periódica, un pago único que abarque toda la duración del contrato. Sobre esta posibilidad la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Catalunya de 31 de octubre de 1996 (en *Jurisprudència Contencioso Administrativa. Tribunal Superior de Justícia de Catalunya. Anuari 1996*, Ed Consejo General del Poder Judicial-Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especial de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1997, págs. 556 y 557) enjuició un caso de rendimientos plurianuales derivados del arrendamiento de industria que perfectamente puede extrapolarse al arrendamiento de inmuebles. Concretamente enjuició «si, cuando se percibe de una sola vez la totalidad de la renta correspondiente a un contrato de arrendamiento de industria de treinta años de duración, esta renta ha de ser declarada, en su totalidad, en el ejercicio fiscal en el cual se percibe o si, por el contrario, como sostiene la recurrente, se puede periodificar la totalidad de la renta percibida en tantos años como dure el arrendamiento». La Sentencia se decanta por la primera opción habida cuenta de que el artículo 26.1 LIRPF de 1978 (a la sazón vigente) establecía que los ingresos y gastos que determinen la base imponible del impuesto se imputarán al período impositivo en el cual se hayan devengado los unos y producido los otros, con independencia del momento en el cual se lleven a cabo los correspondientes cobros y pagos. A nuestro modo de ver, bajo la vigente LIRPF de 1998 tales percepciones tendrían la consideración de rendimientos irregulares al haber sido generados en un período superior a dos años, y, por ende, se beneficiarían de la reducción del 30 por 100 que la LIRPF contempla para los rendimientos irregulares del capital inmobiliario y del capital mobiliario (*cf.* arts. 21.2 y 30). Ello, desde luego, será así cuando la percepción de la renta derivada de la totalidad del alquiler se hace pasados los dos años a contar desde la vigencia del contrato.

En suma, fiscalmente resulta rentable fijar el pago del alquiler:

- a) Ya de forma periódica, por un plazo mínimo que abarque la renta devengada cada dos años y un día de vigencia del contrato.
- b) Ya en forma de pago único, una vez hayan transcurrido como mínimo dos años y un día de la vigencia del contrato.

Así, por ejemplo, en el caso de que el arrendador quiera alquilar un inmueble por cuatro años por 100.000 ptas. mensuales, tendríamos que:

- a) Si percibe esta renta de forma mensual, cada año obtendrá unos rendimientos de 1.200.000 ptas. ( $100.000 \times 12 = 1.200.000$ ) sin tener derecho a la reducción del 30 por 100, de donde resulta que al finalizar el contrato habrá tributado por un importe global de 4.800.000 ptas. ( $1.200.000 \times 4 = 4.800.000$ ).
- b) En cambio, si pacta que el alquiler será exigible cada dos años y un día, tendremos, que una vez transcurrido este período, obtendrá unos rendimientos de 1.680.000 ptas. [ $(1200.000 + 1.200.000) - 30 \text{ por } 100 = 1.680.000$ ] pues tendrá derecho a la reducción del 30 por 100, de donde resulta que al finalizar el contrato habrá tributado por un importe global de 3.360.000 ptas. ( $1.680.000 \times 2 = 3.360.000$ ).
- c) Paralelamente, si pacta que la totalidad del alquiler correspondiente a los cuatro años de duración del contrato será íntegramente exigible al inicio de la vigencia del contrato, existen argumentos para entender que los 4.800.000 ptas. ( $1.200.000 \times 4 = 4.800.000$ ) deberá declararlos en la declaración de renta del primer año de este año sin reducción alguna.
- d) Por el contrario, si pacta que la totalidad del alquiler correspondiente a los cuatro años de duración del contrato será íntegramente exigible una vez pasados los dos primeros años de la vigencia del contrato, cabrá, sin lugar a dudas, deducir de los 4.800.000 ptas. el 30 por 100, lo cual conllevará que en el año en que perciba el alquiler deberá tributar por 3.360.000 ( $4.800.000 - 30 \text{ por } 100 = 3.360.000$ ).

## **9. LA ADQUISICIÓN OPE LEGIS POR PARTE DEL PROPIETARIO DE LAS OBRAS REALIZADAS POR EL ARRENDATARIO EN LA FINCA ARRENDADA SIN MEDIAR SUJECCIÓN A NINGÚN TRIBUTOS POR LA TRANSMISIÓN**

En el capítulo de derechos y obligaciones entre arrendador y arrendatario figura el **régimen de las obras en la finca arrendada**. La normativa que en cada caso resulta aplicable (básicamente el Código civil y la normativa especial, como, por ejemplo, puede ser la Ley de Arrendamientos

Urbanos cuando se trate de fincas urbanas) suele distinguir a tales efectos entre obras necesarias, de conservación y de mejora para concretar, en cada caso en particular, quién y en qué condiciones y circunstancias puede y/o debe realizarlas.

Ni que decir tiene, no es nuestro propósito ocuparnos de esta problemática. Nuestro propósito es destacar que en este tema rige el **principio general** según el cual las obras incorporadas a la finca arrendada por parte del arrendatario acrecen a la misma, de tal forma que el propietario de esta finca tiene derecho a convertirse en propietario de aquéllas. Y así, ALBALADEJO (*Derecho Civil*, t. III, vol. 2.º, Librería Bosch, Barcelona, 1983, págs. 291 y 292), explica que la doctrina civilista señala como principio general que «si a una cosa más importante se le une o incorpora otra inseparablemente otra que lo sea menos, y pertenece a otro dueño, el propietario de aquélla adquiere ésta». Ciertamente, podrían plantearse supuestos conflictivos, como el derecho del arrendatario a retirar las obras en la medida en que ello fuera posible o a ser indemnizado. Sin embargo, ello no quita la posibilidad de que, en estos casos especiales, el arrendatario no ejercite, *de facto*, la facultad de retirar las obras o la facultad de solicitar indemnización.

En este marco nos planteamos la siguiente **hipótesis** a título de ejemplo: El propietario de un inmueble valorado en 10 millones lo alquila a un sujeto, el cual realiza en el mismo unas obras por importe de 4 millones. Una vez finalizadas las obras, se rescinde el contrato de arrendamiento (piénsese que la realización por parte del arrendatario de obras incontinentes legitima al arrendador a rescindir el contrato de alquiler) y el propietario retoma la posesión de su finca que, gracias a las obras realizadas por el arrendatario, ha pasado de tener un valor de 10 millones a tener un valor de 14 millones.

A nuestro modo de ver, sería francamente difícil entender que aquí ha mediado **donación** del arrendatario al propietario, pues, en términos estrictamente jurídicos simplemente se ha producido un contrato de arrendamiento con obras de mejora a cargo del arrendatario, las cuales, en virtud de la ley, han pasado a ser propiedad del dueño de la finca arrendada. Ello impide que pueda tributar-se por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. A lo sumo cabría plantearse la posibilidad de que se tratara de una alteración patrimonial sujeta al IRPF como ganancia de patrimonio.

## 10. LA SEPARACIÓN MATRIMONIAL COMO PRESUPUESTO DEL NO GRAVAMEN DE LA TRANSMISIÓN PATRIMONIAL INMOBILIARIA

### A) La transmisión patrimonial *ope legis* en el régimen económico matrimonial de gananciales.

El artículo 1.344 del Código civil establece que «Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que le serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla». El mismo Código se ocupa



de detallar los bienes que serán gananciales, delimitándolos frente a los que son privativos de cada uno de los cónyuges, destacando, a nuestros efectos, la tradicional norma actualmente recogida en el actual artículo 1.361, según el cual «Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer», siendo también tradicional la interpretación judicial consistente en que esta norma establece una presunción «amplia, general y compendiosa» a favor de la consideración ganancial de los bienes del matrimonio, mientras no se acredite lo contrario (*cf.* Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1930, Ar. del bienio 1930-31, ref. 820).

De tal modo que todas las ganancias obtenidas por cualesquiera de los cónyuges constante matrimonio, civilmente ingresan en la ficticia sociedad de gananciales (la sociedad conyugal compuesta por marido y mujer), de ahí que al disolverse esta sociedad (normalmente por separación, divorcio o nulidad del matrimonio –*cf.* art. 1.392 del Código civil–) los bienes de esta sociedad se distribuyan por mitad entre los cónyuges.

Ello trae como secuela que todo lo que ingrese en la sociedad conyugal, está llamado a ser común, lo que conlleva que, disuelta la sociedad, cada cónyuge adquirirá privativamente la mitad de los bienes integrantes de dicha sociedad. Es más, como el artículo 1.355 del Código civil permite a «los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga», tendremos que también serán gananciales los bienes que, aun siendo originariamente privativos de uno de los cónyuges, sean aportados a la sociedad de gananciales, lo cual también conllevará que, disuelta la sociedad, cada cónyuge adquiera la mitad de estos bienes, sin perjuicio del reembolso que resulte procedente en virtud del artículo 1.358 del Código civil.

De este modo, tendremos que, ante una previsible disolución de la sociedad de gananciales por separación, divorcio o nulidad matrimonial, los cónyuges conocedores de la ley son conscientes de lo siguiente:

- a) Todos los bienes existentes en el matrimonio tendrán la consideración de gananciales en tanto en cuanto no se demuestre lo contrario. Demostración que resulta extraordinariamente difícil para terceros sin contar con la colaboración de, al menos, uno de los cónyuges.
- b) Los bienes que, indudablemente, sean privativos de algún cónyuge pueden adquirir la condición de gananciales si el cónyuge titular de los mismos decide aportarlos a la sociedad. Ciertamente, en el momento de la disolución de la sociedad entraría en juego la institución del reembolso, pero, no es menos cierto que la anuencia de los cónyuges la suele tornar difícilmente aplicable en sus estrictos términos.

En este marco, parece claro que el traspaso de patrimonio entre cónyuges cuyo régimen matrimonial sea de gananciales no es nada difícil, pues opera *ope legis*, lo cual plantea el problema de su tributación.

## **B) La fiscalidad de la transmisión patrimonial *ope legis* en el régimen económico matrimonial de gananciales.**

Si nos fijamos bien, en el supuesto planteado existen dos transmisiones:

- a) Una que opera constante la sociedad conyugal y que va de cada uno de los cónyuges a la sociedad; y,
- b) Otra que opera con la disolución de la sociedad conyugal y que va de la sociedad a cada uno de los cónyuges.

Cabría discutir si estas transmisiones están sujetas al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones –caso de considerarse gratuitas– o al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales –caso de considerarse onerosas.

El artículo 45.I.B).3 del RD 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 (BOE de 20 de octubre) y el artículo 88.I.B).3 de su Reglamento, aprobado por RD 828/1995, de 29 de mayo (BOE de 22 de junio), consideran que están exentas del Impuesto en sus modalidades de Transmisiones Onerosas y de Actos Jurídicos Documentados:

- a) «Las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal (...)». Básicamente, se trata, tanto de las ganancias o beneficios obtenidos por los cónyuges constante matrimonio y que, *ope legis*, se integran en la sociedad conyugal, así como de las aportaciones que, de acuerdo con el artículo 1.355 del Código civil, los cónyuges puedan hacer voluntariamente a la sociedad conyugal de sus bienes privativos en el momento de constituirse la misma o con posterioridad.
- b) «(...) las adjudicaciones que a su favor y en pago de las mismas se verifiquen a su disolución y (...)». Básicamente se trata de las adjudicaciones de bienes a la sociedad conyugal que no fueron aportados como privativos de uno ni de otro cónyuge, así como de la transmisión de bienes cuya titularidad corresponde a un cónyuge, y en virtud de la disolución de la sociedad conyugal se adjudican al otro.

c) «(...) las transmisiones que por tal causa se hagan a los cónyuges en pago de su haber de gananciales». Se refiere a las transmisiones que de los bienes propios de cada cónyuge se hagan al otro cónyuge en pago de haberes comunes, lo cual incluso puede hacerse mediante capitulaciones matrimoniales durante el matrimonio. A destacar que la «dispensa de tributación sólo puede abarcar a aquello que sea equivalente a la cuota derivada de la partición igualitaria en el remanente de los bienes gananciales; en caso contrario aparecerían los excesos de adjudicación gratuitos o simplemente donaciones si entre entre los cónyuges o entre uno de ellos y los herederos del otro se producen transmisiones de bienes que superan el derecho a percibir el 50 por 100 de los bienes gananciales» (MARTÍNEZ LAFUENTE, A.: *Manual del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 51).

En principio, semejante exención implica la previa sujeción al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, lo cual, a su vez, conlleva que el legislador considera que estamos ante una transmisión patrimonial onerosa no sujeta, por ende, al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Ahora bien, el caso es que, según se entienda, en realidad, ni tan siquiera estamos ante un supuesto de exención de este impuesto, pues, a juicio de PÉREZ ROYO, F. («Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados», en la obra colectiva *Curso de Derecho Tributario*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 545), «estamos aquí, no ante auténticas transmisiones patrimoniales, sino ante supuestos de especificación de derechos ya existentes, bajo forma distinta, en el patrimonio del "adquirente"». De ahí, que «En relación a la modalidad de Transmisiones Onerosas, no puede hablarse, en general, de exención, sino de no sujeción». Como excepción a esta regla general, el autor cita la transmisión operada en base al ya transcrito artículo 1.355 del Código civil, es decir la atribución por los cónyuges de la condición de gananciales a bienes privativos de los mismos. En este caso excepcional sí que estamos ante una auténtica transmisión y, por ende, sí que debe considerarse como un auténtico supuesto de exención. El mismo autor, también entiende que también hay exención «en relación a Actos Jurídicos Documentados».

En suma, pues, las transmisiones de bienes de los cónyuges a la sociedad conyugal y de ésta a los cónyuges no estará gravada ni por el **Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones** ni por el **Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados**, ya sea por tratarse de supuestos de exención, ya sea por tratarse de supuestos de no sujeción.

En parejos términos cabe pronunciarse respecto a la exención que en relación al **Impuesto municipal del Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana** (usualmente conocido como Impuesto municipal de plusvalía) contempla el artículo 106.1.a) de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales (BOE de 30 de diciembre) (LRHL), cuyo redactado es muy similar al del artículo 45.IB).3 del Texto Refundido del ITP que hemos transcri-

to más arriba, de donde resultará que el incremento de valor de los bienes inmuebles urbanos que se ponga de manifiesto con ocasión de las transmisiones de tales bienes de los cónyuges a la sociedad conyugal y de ésta a los cónyuges tampoco estará gravado, ya sea por considerarse que está sujeto pero exento, ya sea por considerarse que no está sujeto.

Además, por lo que se refiere al Impuesto municipal de plusvalía, el artículo 106.1.c) LRHL también considera exentas «Las transmisiones de bienes inmuebles entre cónyuges o a favor de los hijos, como consecuencia del cumplimiento de sentencias en los casos de nulidad, separación o divorcio matrimonial». Según ORÓN MORATAL, G. (*Exenciones y no sujeción al nuevo impuesto municipal de plusvalía*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, pág. 21), «En la exención de la letra c) se reitera parcialmente la exención prevista en la letra a) comentada, puesto que las sentencias de nulidad, separación o divorcio comportan la disolución de la sociedad conyugal, y, por tanto, la exención o no sujeción también procedería conforme a la letra a)». A juicio de CASANA MERINO, F. (*El Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 83), «Este párrafo c) del apartado primero del artículo 106 de la LRHL tan sólo añade la posibilidad de considerar exentas las transmisiones de bienes inmuebles realizadas por los cónyuges a favor de los hijos», siempre y cuando, obviamente, sea como consecuencia de la sentencia de separación, divorcio o nulidad matrimonial. Ello, a nuestro modo de ver, es cierto, pero también creemos cierto que este supuesto de exención regulado en este artículo 106.1.c) LRHL alcanza a las transmisiones de bienes entre cónyuges cuyo régimen matrimonial sea distinto del de gananciales (como es el caso del de separación de bienes).

De forma esquemática podemos concluir diciendo que:

- a) Las transmisiones de bienes de los cónyuges a la sociedad conyugal de gananciales y de ésta a los cónyuges, no está gravada ni por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, ni por el ITP, ni por el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados ni por el Impuesto municipal de plusvalía.
- b) Las transmisiones de bienes entre cónyuges o a favor de los hijos como consecuencia del cumplimiento de la sentencia de separación, divorcio o nulidad matrimonial:
  - b.1) No está gravada por ninguno de los impuestos citados cuando el régimen económico matrimonial sea el de gananciales.
  - b.2) En cambio cuando se trate del régimen de separación de bienes no estará gravada por el Impuesto municipal de plusvalía, pero sí por el ITP y por el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados. Sin embargo, debe precisarse que en base a una interpretación espiritualista e histórico-evolutiva de la normativa legal, la STSJ de Catalunya de 4 de enero de 2000 (en *Tribuna Fiscal*, núm. 121, noviembre 2000, págs. 52 a 55) con-

sidera que las referidas transmisiones están exentas de estos impuestos aun cuando el régimen aplicable fuera el de separación de bienes, pues, a su juicio, también en este régimen existe sociedad conyugal. Se trata de una interpretación un tanto forzada que no cuadra demasiado con la letra de la norma de exención ni con la regulación civil del régimen de separación de bienes, pero que, desde luego, encuentra respaldo en el espíritu de la normativa fiscal y con la realidad social a la que se dirige.

### C) Economía de opción y fraude de ley.

No hace falta agudizar demasiado el ingenio para darse cuenta de que esta normativa puede ser utilizada de forma torticera para eludir el gravamen de las transmisiones patrimoniales.

En efecto, si un cónyuge pretende hacer una donación de un inmueble a otro cónyuge y eludir la tributación por esta transmisión, puede:

- a) Adoptar el régimen económico matrimonial mediante capitulaciones matrimoniales (art. 1.325 Código civil), las cuales pueden otorgarse incluso después de la celebración del matrimonio (art. 1.326 Código civil). Ni que decir tiene, que si el régimen del matrimonio ya es el de gananciales, no hace falta estipularlo en capitulaciones.
- b) Si el bien que se pretende donar se adquiere constante el régimen matrimonial de gananciales, se presumirá que es ganancial (por aplicación del art. 1.361 Código civil), caso contrario puede adquirir la condición de ganancial si por los cónyuges se le atribuye expresamente este carácter (por aplicación del art. 1.355 Código civil). Semejante transmisión a la sociedad no estará gravada ni por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, ni por el ITP, ni por el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados ni por el Impuesto municipal de plusvalía.
- c) Acto seguido se insta la separación matrimonial y en el convenio regulador se establece que el bien pasa a ser propiedad del otro cónyuge a los efectos que se recoja en la sentencia judicial. Esta transmisión de la sociedad al cónyuge tampoco estará gravada ni por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, ni por el ITP, ni por el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados ni por el Impuesto municipal de plusvalía. Además, debe tenerse en cuenta que el artículo 31.2.c) LIRPF estima que no existe alteración de la composición del patrimonio (y, por ende, que no se debe tributar en IRPF por ganancia o pérdida patrimonial) «En la disolución de la sociedad de gananciales (...)»

Obviamente, siempre cabrá la posibilidad de que la Administración inste expediente de fraude de ley o de simulación, sin embargo es difícil que pueda tener éxito.

Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de València de 5 de julio de 2000 (en *Revista de Contabilidad y Tributación* (Legislación, Consultas, Jurisprudencia) *Ed. Estudios Financieros*, núm. 213, 2000, págs. 173 y 174) enjuició el caso de un marido que mediante escritura pública aportó a la sociedad de gananciales una vivienda perteneciente con carácter privativo al mismo. La Administración se empeñó primero en calificar tal aportación como donación gravada por el Impuesto sobre Donaciones, y, después en calificarla como transmisión onerosa gravada por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales. Sin embargo, el Tribunal entendió que se trataba de una transmisión exenta al resultar aplicable la exención contenida en el artículo 48.I.B).3 del Texto Refundido del ITP [aprobado por RD Legislativo 3050/1980, hoy en día sustituido, con idéntico contenido, por el art. 39.I.B).3 del vigente RD Legislativo 1/1993], criterio que resulta jurídicamente acertado dada la ausencia de que se acreditara supuesto de fraude de ley o de simulación.

Finalmente apuntar que de consolidarse el criterio sostenido por la citada STSJ de Catalunya de 4 de enero de 2000, según el cual la exención en el ITP relativa a las adjudicaciones efectuadas a los cónyuges en pago de sus aportaciones al disolverse la sociedad conyugal alcanza también al régimen de separación de bienes, se facilitaría este supuesto de ingeniería fiscal, pues para que los cónyuges que estuvieran en este régimen se beneficiasen de la exención no haría falta que lo sustituyeran por el de gananciales, bastando que por Sentencia judicial firme se declarase que la transmisión patrimonial entre los cónyuges que se separan, divorcian o que anulan su matrimonio obedece a una compensación a la que tiene derecho el cónyuge transmisionario.