



La tributación en el IRPF de las arras en la compraventa de bienes inmuebles

Irene Rovira Ferrer

*Profesora agregada de Derecho Financiero y Tributario.
Universitat Oberta de Catalunya*

Extracto

El principal objetivo del presente trabajo es clarificar la compleja tributación en el impuesto sobre la renta de las personas físicas que puede tener el abono o el cobro de las arras ante una compraventa de bienes inmuebles. Puesto que existen varios tipos de arras con diferentes efectos, pueden plantearse múltiples supuestos con diferentes características y las consecuencias tributarias pueden afectar tanto al vendedor como al comprador. En concreto, los escenarios en los que se analizará, considerando las distintas singularidades que pueden darse en cada uno, son la entrega y recepción de las arras con anterioridad o en el momento de la transmisión de la propiedad, su cobro o restitución doblada tras el desistimiento o incumplimiento de una de las partes y su restitución justificada. Finalmente, y tras haber puesto de manifiesto las principales cuestiones problemáticas que pueden generarse, el estudio se cerrará con algunas propuestas para mejorar su regulación tanto a nivel civil como tributario.

Palabras clave: arras; impuesto sobre la renta de las personas físicas; ganancias y pérdidas patrimoniales; rendimientos; imputación.

Fecha de entrada: 07-05-2020 / Fecha de aceptación: 10-06-2020 / Fecha de revisión: 22-07-2020

Cómo citar: Rovira Ferrer, I. (2020). La tributación en el IRPF de las arras en la compraventa de bienes inmuebles. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 451, 39-64.





The taxation of deposits in the personal income tax in relation to the sales of real estate

Irene Rovira Ferrer

Abstract

The main goal of this work is to determine the taxation of the payments and collections of deposits in the personal income tax, specifically in relation with the sales of real estate. In particular, the assumptions in which the pertinent taxation will be analyzed are five: their delivery or reception before or at the time of the transmission of the property, their collection or doubled restitution after the withdrawal or non-compliance by one of the parties and their justified restitution. Finally, after highlighting the main problematic questions, some suggestions for improvement will be provided.

Keywords: deposits; personal income tax; patrimonial profits and losses; yields; imputation.

Citation: Rovira Ferrer, I. (2020). La tributación en el IRPF de las arras en la compraventa de bienes inmuebles. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 451, 39-64.



Sumario

1. Introducción
 2. Las arras penitenciales, penales y confirmatorias
 3. La entrega de las arras con carácter previo a la transmisión de la propiedad
 4. La entrega de las arras en el momento de la transmisión de la propiedad
 5. El cobro o restitución doblada de las arras tras el desistimiento o incumplimiento de una de las partes
 6. La restitución justificada de las arras
 7. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

De conformidad con el artículo 1.450 del Código Civil (CC), el contrato de compraventa se perfecciona cuando el comprador y el vendedor se ponen de acuerdo con la cosa objeto del mismo y su precio, quedando las partes obligadas a partir de este momento a cumplir las respectivas obligaciones inherentes: principalmente, la entrega de la cosa vendida y el pago del importe acordado.

Por ello, a causa de esta desvinculación entre el perfeccionamiento del contrato de compraventa y el cumplimiento de las obligaciones que integra, es posible pactar una cláusula de arras en garantía de su observancia (ya sea en un precontrato o en el propio contrato de compraventa), las cuales, en función de los efectos que se desprendan de su redacción, podrán ser penitenciales, penales o confirmatorias. Así, y aunque la única mención a las arras que se realiza en el CC, concretamente en el artículo 1.154, sea a las que se han calificado como penitenciales, ha sido necesario que la doctrina y la jurisprudencia reconocieran esta triple distinción, en tanto que difieren en gran medida en las importantes consecuencias que pueden conllevar.

No obstante, y aunque el mencionado precepto del CC se integra dentro del capítulo dedicado a la naturaleza y forma del contrato de compraventa, procede destacar que las arras podrán garantizar el cumplimiento de las obligaciones de cualquier contrato o precontrato, si bien el presente trabajo, dedicado al análisis de la tributación de su pago o cobro en el impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF), se centrará en las arras incluidas en los contratos o precontratos de compraventa de bienes inmuebles.

Y es que la compleja tributación que puede proceder en tales casos no solo deriva de los distintos tipos de arras existentes, sino que, además de los múltiples escenarios en los que puede tener lugar (ya sea con carácter previo o posterior a la transmisión de la propiedad, ante la resolución o incumplimiento del contrato o a causa de su legítima restitución), pueden darse distintas singularidades en cada uno de ellos (como puede ser el hecho de que se entreguen al vendedor o a un tercero, que se configuren o no en forma de pago anticipado o que la compraventa, en lugar de realizarse a título particular, constituya el ejercicio de una actividad económica o sea de un inmueble afecto a una actividad económica).

Pero, además, la focalización del presente trabajo en las compraventas de bienes inmuebles viene justificada por la compleja determinación, en tales casos, del momento de

la transmisión de la propiedad (aspecto fundamental en términos de tributación), tanto por su eventual desvinculación respecto a la perfección del contrato de compraventa como por el análisis individualizado que se requiere en cada caso.

Así pues, y aunque muchas de las consideraciones resultarán directamente trasladables a cualquier tipo de contrato o precontrato que incluya una cláusula de arras (como puede ser el caso de las relativas a su legítima restitución), el presente estudio se centrará en determinar y clarificar la compleja tributación en el IRPF derivada de las arras en los casos de compraventa de bienes inmuebles, aportando, tras su análisis, algunas propuestas para mejorar su regulación.

2. Las arras penitenciales, penales y confirmatorias

Como se señalaba, las arras que pueden incluirse en un contrato o precontrato de compraventa pueden ser penitenciales, penales o confirmatorias, cuya distinción, forjada por parte de la doctrina y la jurisprudencia, se realiza en función de los efectos que desprenden (siendo lo realmente importante la configuración derivada de la voluntad de las partes, con independencia incluso del nombre que se les otorgue)¹.

Así, por lo que respecta a las primeras, las arras penitenciales son aquellas a las que se refiere el artículo 1.154 del CC (el único precepto del CC que hace alusión a las arras en sí mismas), al señalar que, «si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compra y venta, podrá resolverse el contrato allanándose el comprador a perderlas, o el vendedor a devolverlas duplicadas». De este modo, estas arras se caracterizan como aquellas cuyo pacto posibilita que cualquiera de las partes pueda desvincularse unilateralmente de la compraventa pactada quedando determinadas las consecuencias, ya sea perdiendo la cuantía entregada, si el que resuelve es el comprador, o, si quien resuelve es el vendedor, devolviendo doblada la cantidad recibida.

En concreto, el plazo durante el cual las partes podrán resolver el contrato será aquel que se hubiera pactado, aunque, en ausencia de acuerdo, y ante la falta de regulación al respecto, parece que:

¹ Al respecto, esta triple diferenciación ha sido expresamente reconocida por el propio Tribunal Supremo (TS) en sentencias como la STS 581/2013, de 26 de septiembre (rec. núm. 634/2011), al señalar que:

[...] ante la imposibilidad de dar un concepto unitario de las arras, la doctrina moderna distingue las siguientes modalidades de ellas: a) Confirmatorias. Son las dirigidas a reforzar la existencia del contrato, constituyendo una señal o prueba de su celebración, o bien representando un principio de ejecución. b) Penales. Su finalidad es la de establecer una garantía del cumplimiento del contrato mediante su pérdida o devolución doblada, caso de incumplimiento. c) Penitenciales. Son un medio lícito de desistir las partes del contrato mediante la pérdida o restitución doblada.

[...] la facultad de desistir solo podrá ejercitarse una vez el contrato se haya perfeccionado, y antes de que la parte que desea desistir haya cumplido sus obligaciones bajo el mismo. Por tanto, el cumplimiento de la obligación prometida enerva la posibilidad de desistir del contrato (Muñoz Méndez, 2015, p. 18).

En consecuencia, pues, la finalidad principal de las arras penitenciales es la constitución de una forma lícita y libre de desistir del contrato de compraventa por cada una de las partes, sin necesidad de justificar causa alguna, lo cual, si no se acuerda lo contrario, sustituirá a la indemnización de daños y el correspondiente abono de intereses que prevé el artículo 1.124 del CC ante el no cumplimiento de una obligación (ya que, al constituir una opción legítima, no tendrá lugar incumplimiento alguno).

De este modo, y a diferencia de los otros dos tipos de arras, su pacto impedirá que las partes puedan exigirse el cumplimiento del contrato, lo que ha comportado que reiterada jurisprudencia del TS haya considerado su procedencia como excepcional, supletoria y restrictiva (en el sentido de que únicamente se considerará que las arras entregadas son penitenciales si así se desprende de la voluntad indubitada de las partes², incluso con independencia de la propia mención del art. 1.454 CC³).

Por su parte, el segundo tipo de arras son las penales, las cuales, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, consagrado en el artículo 1.255 del CC, se configuran como una garantía de cumplimiento de forma equivalente a las cláusulas penales⁴. Así, ante el

² En concreto, así consta en sentencias como la STS 583/2018, de 17 de octubre (rec. núm. 1533/2016 –NCJ063693–), al señalar que:

[es] doctrina constante de la jurisprudencia la de que las arras o señal que, como garantía permite el artículo 1454, tienen un carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales de las que resulte la voluntad indubitada de las partes en aquel sentido, según declararon las sentencias de 24 de Noviembre de 1926, 8 de Julio de 1945, 22 de Octubre de 1956, 7 de Febrero de 1966 y 16 de Diciembre de 1970, entre otras, debiendo entenderse en caso contrario que se trata de un simple anticipo a cuenta del precio que sirve, precisamente, para confirmar el contrato celebrado. (sentencia de 10 de Marzo de 1986).

³ Al respecto, establece la citada STS 583/2018, de 17 de octubre, que:

[...] la mera mención al art. 1.454 del C. Civil, no expresa con claridad cuáles son las obligaciones que contraen las partes, por lo que al ser una variedad de arras de interpretación restrictiva habría sido preciso acreditar que la intención de los contratantes era pactar las arras para el caso de desistimiento del comprador [o vendedor], lo cual no se deduce del texto de la cláusula.

De hecho, en el Derecho Civil foral catalán, el artículo 621-8.2 de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña, contempla justamente que «las arras penitenciales deben pactarse expresamente», lo mismo que se desprende del artículo 467 a) de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la compilación del Derecho Civil foral de Navarra.

⁴ En relación con la equivalente función de las arras penales con la cláusula penal, véase la STS 117/2003, de 25 de febrero (rec. núm. 487/2010).

incumplimiento por una de las partes de las obligaciones propias derivadas del contrato, estas arras constituirán la cantidad convenida en concepto de indemnización por daños y el abono de intereses que prevé el artículo 1.124 del CC⁵, de modo que, también en este caso, si quien incumple es el comprador, perderá las arras entregadas, y, si es el vendedor, deberá restituirlas dobladas.

Así pues, a diferencia de las arras penitenciales, las penales no facultan para el desistimiento de lo pactado, sino que suponen el acuerdo de la cantidad que se deberá abonar en caso de incumplimiento del contrato, pero sin que su existencia impida la posibilidad de exigirlo⁶.

Finalmente, las arras confirmatorias simplemente consisten en un pago anticipado en señal de confirmación del contrato o prueba de su existencia, viniendo a reforzar el vínculo jurídico generado entre las partes⁷. En este caso, no constituyen la cantidad fijada por las partes en concepto de indemnización e intereses ante un eventual incumplimiento (como ocurre con las penales) ni posibilitan el desistimiento legítimo del contrato (como pasa con las penitenciales), del mismo modo que no impiden la exigencia de su cumplimiento forzoso⁸. Por consiguiente, como se señalaba, el TS entiende que estas serán las arras que procederán de forma preferente, siempre que no pueda derivarse de la voluntad de las partes su carácter penal o penitenciario de forma indubitada⁹.

Por último, antes de cerrar su configuración general, conviene destacar que, a pesar de que el único precepto del CC que hace referencia a las arras se encuentre ubicado dentro

⁵ En este punto, como señala el artículo 1.152 del CC, «en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado», sin perjuicio de que, como añade el artículo 1.154, «el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

⁶ Al respecto, establece el artículo 1.153 del CC que «el deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho», pero, como añade, «tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada».

⁷ En esta línea, así se pronuncian autores como Díez-Picazo (2008), al afirmar que la única función de garantía que poseen consiste en una prueba de la conclusión del contrato (p. 471).

⁸ Al respecto, señalan autores como Lasarte (1998) que las arras confirmatorias no comportan alteración alguna del régimen general del incumplimiento contractual (p. 491), por lo que, ante el no cumplimiento de alguna de las partes, la otra podrá exigirlo o resolver el contrato, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos, conforme al artículo 1.124 del CC.

⁹ De hecho, el carácter preferente de las arras confirmatorias se encuentra expresamente contemplado en el Derecho Civil foral, como es el caso de Cataluña (señalando el art. 621-8.1 de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña, que «la entrega por el comprador de una cantidad de dinero al vendedor se entiende hecha como arras confirmatorias, es decir, en señal de conclusión y a cuenta del precio de la compraventa») o Navarra (al establecer el art. 467 b) de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la compilación del Derecho Civil foral de Navarra, la presunción de las arras confirmatorias).

del capítulo primero, dedicado a la naturaleza y forma del contrato de compraventa, el TS ha precisado que «son una garantía del cumplimiento de un contrato (o de un precontrato)», por lo que, sin perjuicio de que normalmente se incluyan en los contratos de compraventa, pueden añadirse a cualquier otro contrato o precontrato en tanto que son medios de protección del cumplimiento de obligaciones¹⁰.

No obstante, como se señalaba, el análisis que se desarrollará a continuación se focalizará en la tributación en el IRPF de las arras relativas a la compraventa de bienes inmuebles, a pesar de que muchas de las consideraciones que se realicen resultarán extensibles a las que se pacten en cualquier tipo de contrato o precontrato.

3. La entrega de las arras con carácter previo a la transmisión de la propiedad

Antes de entrar a analizar la tributación de dicho supuesto, procede destacar que, a pesar de que las arras, con independencia de su tipo, suelen entregarse al vendedor a cuenta de la futura compraventa, también pueden configurarse como un simple depósito constituido ante un tercero. De hecho, a diferencia del derecho común, el Derecho Civil foral catalán permite que, en los casos de compraventa de inmuebles, se depositen las arras penitenciales pactadas ante notario y que así se haga constar en el Registro de la Propiedad, quedando afecto el pertinente inmueble a su devolución¹¹.

De este modo, si así se decide, será el notario el que entregará las arras depositadas a quien corresponda llegado el momento, previsiones que, a pesar de su mayor coste fiscal¹², deberían extenderse tanto a todos los tipos de arras como al resto del Derecho Civil

¹⁰ En este sentido, véase la STS 175/2012, de 21 de marzo (rec. núm. 931/2009 –NCJ056787–). Además, así consta en el Derecho Civil foral de Navarra, por cuanto el artículo 463 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la compilación del Derecho Civil foral de Navarra, enumera las arras entre las distintas garantías por las que se podrá asegurar «el cumplimiento de una obligación o los efectos de su incumplimiento».

¹¹ Artículo 621-8.3 de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña.

¹² En tales casos, como ha precisado la Dirección General de Tributos (DGT) en la contestación a la Consulta tributaria vinculante V1712/2017, de 3 de julio (NFC065936) (el hecho de que el acta notarial de depósito de arras penitenciales en aplicación del mencionado art. 621-3.4 tenga acceso al Registro de la Propiedad, conlleva que su formalización, además de la cuota fija, dé lugar al devengo de la cuota variable de la modalidad de documentos notariales de Actos Jurídicos Documentados [AJD], al concurrir todos los requisitos exigidos por el art. 31.2 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre [TRLITPAJD] [tratarse de un acta notarial con contenido económico, que su objeto no constituya el hecho imponible del gravamen de Transmisiones Patrimoniales Onerosas –TPO–, de operaciones societarias –OS– o del impuesto sobre sucesiones y donaciones –ISD– y ser inscribible

común y foral. Y es que, además de permitir el ahorro de los largos y costosos procedimientos judiciales en caso de que, siendo necesario, el vendedor no proceda a su devolución, su inscripción en el Registro de la Propiedad permite una mayor protección del comprador, ya sea para impedir que pueda venderse el bien a un tercero o a efectos de la eventual insolvencia del vendedor en caso de incumplimiento (especialmente en las compraventas de bienes inmuebles no construidos, dado que la disp. adic. primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, solo obliga a los promotores de toda clase de viviendas a garantizar, mediante un contrato de seguro de caución o un aval solidario, la devolución de cantidades entregadas a cuenta más los intereses legales y los impuestos aplicables desde que se obtiene la licencia de edificación).

Así pues, entrando ya en el análisis del IRPF, debe comenzarse por precisar que, si las arras se depositan ante notario o cualquier otro tercero, su entrega no tendrá implicación fiscal alguna, puesto que será únicamente temporal, pero, si se otorgan al vendedor y quedan afectas al precio de la próxima adquisición del bien inmueble (es decir, se configuran como un cobro anticipado), sí que se pueden conllevar importantes consecuencias.

Sin embargo, para su determinación, es de suma relevancia constatar si, en el momento en el que vendedor recibe este pago parcial, se produce la efectiva transmisión de la propiedad del inmueble, o si, por el contrario, su cobro tiene lugar con anterioridad.

Y a tal efecto, resulta imprescindible acudir a la regulación civil, donde el artículo 1.445 del CC define el contrato de compraventa como aquel por el que «uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente». Asimismo, concreta el artículo 1.450 del CC que «la venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado», a pesar de que los artículos 609 y 1.095 del CC establecen que la adquisición de la propiedad o del oportuno derecho real se materializará cuando, a causa de un título jurídico válido (como puede ser un contrato de compraventa), la cosa haya sido efectivamente entregada al comprador.

Por consiguiente, es de vital importancia la diferenciación entre la perfección del contrato de compraventa y la transmisión de la propiedad, por cuanto, si bien el primer caso

en el Registro de la Propiedad]). Así, como ha añadido la DGT, únicamente en tales casos la entrega de arras con carácter previo a la transmisión de la propiedad de un inmuebles conllevará el devengo de la mencionada cuota variable de AJD, con independencia de si se pacta expresamente la inscripción en el registro e incluso de si se acuerda su no inscripción («pues al limitarse el artículo 621-8 a decir que el «referido acto puede hacerse constar en el Registro», no parece que el acceso al mismo esté condicionado a la solicitud expresa para que se inscriba, como sucede con el contrato de opción de compra en los términos que resultan del artículo 16 del Reglamento Hipotecario, ni tampoco que la manifestación en contra impida la inscripción del acta»).

puede tener lugar con independencia del segundo, el segundo requerirá la existencia del primero más la denominada tradición del objeto vendido.

En concreto, conforme a consolidada jurisprudencia del TS, esta doble exigencia es la que se ha dado a conocer como la teoría del título y modo para poder determinar la transmisión del dominio, entendiéndose por *título* la causa jurídica que justifica la transmisión y por *modo* la entrega o tradición. Así, como el propio TS ha señalado, «la constancia en documento privado de un contrato de compraventa no transfiere por sí solo el dominio, si no se justifica la tradición de la cosa vendida», y ello con independencia de las posibles obligaciones futuras o que hayan quedado aplazadas¹³.

De este modo, para poder constatar la necesaria entrega, debe acudir al artículo 1.462 del CC, el cual prevé que «se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador». Sin embargo, cuando la venta se haga mediante escritura pública, añade que «el otorgamiento de esta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario», siendo su fecha de formalización la de la pertinente adquisición a todos los efectos.

Así pues, cuando se entreguen las arras al vendedor y se constituyan como pagos anticipados, deberá tenerse en cuenta si puede considerarse o no que, en el mismo momento, se ha producido la transmisión de la propiedad del correspondiente bien inmueble, lo cual deberá analizarse en cada caso y tomando en consideración las previsiones del correspondiente acuerdo. A modo de ejemplo, la DGT ha considerado que el pago de las arras ocurría en el mismo momento en que la transmisión de la propiedad en un contrato privado de compraventa en el que su firma, además de venir acompañada del pago de las arras, comportaba la entrega de las llaves del inmueble objeto de venta a los compradores¹⁴, así como en el caso de que constara expresamente en el propio contrato que se vende «con plena transmisión de dominio», que «el comprador se subroga en la plenitud de los derechos y obligaciones que integran la esfera jurídica del vendedor respecto a la cosa objeto de la compraventa» y que «el comprador entra en la posesión de la cosa vendida en el día de hoy»¹⁵.

En consecuencia, si en el momento de la entrega de las arras no puede considerarse transmitida la propiedad del pertinente inmueble, su cobro por parte del vendedor tampoco tendrá ninguna implicación tributaria, quedando diferida hasta el instante en el que efectivamente se produzca¹⁶. Y las mismas consideraciones deben predicarse respecto a su

¹³ Entre muchas otras, STS de 27 de abril de 1983.

¹⁴ Contestación de la DGT a la Consulta tributaria vinculante V0728/2019, de 2 de abril (NFC071884).

¹⁵ Contestación de la DGT a la Consulta tributaria vinculante V2416/2019, de 13 de septiembre (NFC073664).

¹⁶ En este sentido, así lo ha puesto de manifiesto la DGT en contestaciones a Consultas tributarias vinculantes como la V0397/2020, de 20 de febrero (NFC075125), al señalar que:

[...] la firma del contrato de arras penitenciales por el consultante no da lugar a una variación en el valor de su patrimonio puesta de manifiesto como consecuencia de una alteración en la

pago realizado por el comprador, ya que las arras únicamente originan unos derechos a las partes sobre la futura compraventa, sin que se produzca variación alguna en el valor de su respectivo patrimonio ni ninguna alteración en su composición.

De este modo, será cuando se produzca la transmisión de la propiedad que la cuantía obtenida por el vendedor a consecuencia de la venta constituirá una ganancia o pérdida patrimonial susceptible de imposición, ya que, de conformidad con el artículo 33.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (LIRPF), será en este momento en el que, al dejar el inmueble de formar parte de su patrimonio, la ganancia o pérdida quedará puesta de manifiesto a causa de una alteración patrimonial.

Además, así se desprende también del artículo 14.1 c) de la LIRPF al señalar que la imputación temporal de las pérdidas o ganancias patrimoniales se realizará «al periodo impositivo en que tenga lugar la alteración patrimonial»¹⁷, de modo que la cantidad percibida en concepto de arras con anterioridad a la transmisión de la propiedad pasará a formar parte del valor de transmisión del bien inmueble con el que se deberá calcular la correspondiente ganancia o pérdida patrimonial en el momento en que se produzca¹⁸.

De hecho, esta es una de las diferencias más importantes a nivel tributario entre la cantidad percibida en concepto de arras y la prima obtenida por la constitución de un derecho de opción de compra, por cuanto, en este último caso, el pago recibido sí que deberá tributar por el IRPF en el momento en el que se otorgue el mencionado derecho (ya que, al constituir una limitación al *ius disponiendi* del concedente –en tanto que el titular del derecho será

composición de aquel a efectos de su calificación como ganancia o pérdida patrimonial. Dicha ganancia o pérdida patrimonial se producirá cuando se efectúe, en su caso, la transmisión de la vivienda.

De modo que la cantidad percibida «formará parte del importe real de enajenación del inmueble a efectos de la determinación del valor de transmisión en el cálculo de la ganancia o pérdida patrimonial derivada de venta del mismo».

¹⁷ Entre muchas otras, véase en este sentido la contestación de la DGT a la Consulta tributaria vinculante V2993/2018, de 21 de noviembre (NFC070493).

¹⁸ En la misma línea, tales consideraciones son directamente aplicables al gravamen de TPO que, en su caso, también gravará la oportuna compraventa, por cuanto, de conformidad con el artículo 49.1 a) del TRLITPAJD, su devengo tendrá lugar el día en el que se produzca la efectiva transmisión. No obstante, si la compraventa tributa por el impuesto sobre el valor añadido (IVA), el vendedor deberá repercutir el impuesto sobre la entrega de las arras entregadas, ya que, de conformidad con el artículo 75.Dos de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, «en las operaciones sujetas a gravamen que originen pagos anticipados anteriores a la realización del hecho imponible el impuesto se devengará en el momento del cobro total o parcial del precio por los importes efectivamente percibidos». En este sentido, véanse, respectivamente, las contestaciones de la DGT a las Consultas tributarias vinculantes V1712/2017, de 3 de julio (NFC065936); y V1665/2007, de 27 de julio (NFC027185).

el único que tendrá capacidad para decidir sobre el futuro de la compraventa-, se produce una alteración en la composición del patrimonio del potencial vendedor que pone de manifiesto una ganancia patrimonial¹⁹. Y todo ello sin olvidar que, mientras que el gravamen de la oportuna ganancia que proceda de las arras, al derivar de una transmisión patrimonial, se integrará en la base imponible general del impuesto (que puede ser gravada actualmente con un tipo de gravamen total de hasta el 45 %), la ganancia derivada de la constitución del derecho de opción de compra formará parte de la base del ahorro (susceptible de ser gravada hasta un 23 %)²⁰.

Finalmente, también procede dejar claro que el pago o cobro de las arras antes de la transmisión de la propiedad tampoco tendrá implicación respecto a los beneficios fiscales que pudieran derivar de la compra del bien inmueble, ya sea para el comprador (a efectos de entender consolidada la exención de las ganancias patrimoniales derivada de su reinversión en una nueva vivienda habitual –art. 38 LIRPF–)²¹ o para el vendedor (tanto a la hora de aplicar la misma exención como a efectos de poder acogerse a la prevista para las ganancias patrimoniales puestas de manifiesto con ocasión de la transmisión de la vivienda habitual por mayores de 65 años o por personas en situación de dependencia severa o de gran dependencia de conformidad con la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia –art. 33.4 b) LIRPF–)²².

4. La entrega de las arras en el momento de la transmisión de la propiedad

Como se señalaba, si las arras, con independencia de su tipo, se configuraran como un pago anticipado y se entregaran al vendedor en el momento de la transmisión de la propiedad del objeto de la compraventa, sí que el vendedor deberá tributar por la correspondiente ganancia o pérdida patrimonial derivada de dicha operación, a no ser que resulte de aplicación la exención de las ganancias patrimoniales puestas de manifiesto con ocasión de la transmisión de la vivienda habitual por mayores de 65 años o por personas en situación

¹⁹ Respecto a su tributación detallada y justificada, véase, entre otras, la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 26 de abril de 2012 (RG 4144/2010 –NFJ046880–).

²⁰ Artículos 45, 46, 47, 63, 66, 74 y 76 de la LIRPF. A pesar de sus similitudes, véase una distinción entre las arras y el contrato de opción de compra en Urrea Salazar (2015, pp. 34 y 35).

²¹ En este sentido, véase la contestación de la DGT a la Consulta tributaria vinculante V2036/2014, de 28 de julio (NFC051833).

²² *A contrario sensu*, admitiendo la aplicación de la exención prevista en el artículo 33.4 b) de la LIRPF a pesar de que el contrato de arras se firmara antes de que el comprador cumpliera los 65 años, véase la contestación de la DGT a la Consulta tributaria vinculante V0155/2010, de 4 de febrero (NFC037282).

de dependencia severa o de gran dependencia conforme a la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (art. 33.4 b) LIRPF).

Sin embargo, el vendedor tampoco deberá tributar por las potenciales ganancias que procedan de la transmisión de su vivienda habitual si opta por reinvertirlas en la adquisición de una vivienda habitual nueva, inversión que, como señala el artículo 38 de la LIRPF, deberá realizarse en el periodo máximo de dos años.

En cualquier caso, si deben someterse a imposición las oportunas ganancias, no se generarán dificultades relevantes si el cobro del total del precio pactado se recibe dentro del mismo año natural, pero, si se materializa en distintos periodos impositivos, pueden tener lugar distintos escenarios. Y es que, de conformidad con el artículo 14.2 d) de la LIRPF, solo cuando el precio se perciba, total o parcialmente, mediante pagos sucesivos y el periodo transcurrido entre la entrega o la puesta a disposición y el vencimiento del último plazo sea superior al año, el vendedor puede optar por imputar proporcionalmente la renta derivada de la transmisión a medida que se hagan exigibles los cobros correspondientes.

Por consiguiente, si la entrega de las arras y el cobro total de la compraventa tiene lugar en diversos periodos impositivos, solo en caso de que medien las condiciones señaladas el vendedor podrá optar por ir imputando proporcionalmente las rentas obtenidas, quedando obligado a tributar por la totalidad de la correspondiente ganancia o pérdida patrimonial en el momento en el que se produzca la transmisión de no ser así²³.

En consecuencia, tanto con el fin de garantizar un mismo trato a todos los contribuyentes como con el objetivo de facilitar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, resultaría más apropiado que la norma dejara de hacer referencia al año, permitiendo la posibilidad de elegir entre la tributación total o proporcional siempre que la entrega o la puesta a disposición y el vencimiento del último plazo tuvieran lugar en periodos impositivos diferentes.

De todos modos, tanto si se procede a su tributación prorrateada como si no, la correspondiente ganancia o pérdida patrimonial deberá determinarse, según el artículo 34.1 a) de la LIRPF, por «la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión de los elementos patrimoniales», estando cada uno de ellos conformado por los conceptos que detalla el artículo 35 de la misma ley.

Así, por lo que respecta al valor de adquisición, integrará el importe real por el que se hubiera realizado la adquisición del bien transmitido por parte del vendedor (aunque prevalecerá el valor de mercado si hubiera resultado inferior), el coste de las inversiones y mejoras efectuadas en el mismo, los gastos y tributos inherentes a su adquisición (excluidos los intereses

²³ En este sentido, véase la contestación de la DGT a la Consulta tributaria vinculante V2416/2019, de 13 de septiembre (NFC073664).

que hubieran sido satisfechos por él) y el importe de la amortización que pudiera corresponder. No obstante, como declaró la STS de 21 de diciembre de 2015 (rec. núm. 2068/2014 –NFJ061286–), si una Administración tributaria, aunque sea autonómica, hubiera determinado el precio de enajenación del inmueble, mediante una comprobación de valores, en un valor distinto al efectivamente satisfecho (como puede ser en sede del gravamen de TPO), la Administración del Estado quedará vinculada a efectos del IRPF por dicha valoración, lo cual, considerando que de la comprobación solo derivará una liquidación si el valor otorgado por la Administración resulta mayor al declarado, conllevará una menor tributación de la ganancia patrimonial en el IRPF que si se considerase el importe efectivamente abonado²⁴.

Por su parte, el valor de transmisión será el importe real por el que la enajenación se lleve a cabo (prevaleciendo nuevamente el valor de mercado si fuera inferior), al que se podrán deducir los gastos y tributos inherentes a su adquisición satisfechos por el transmitente (punto en el que la DGT considera que se deberán entender como tales «aquellos que correspondan a actuaciones directamente relacionadas con la compra y la venta del inmueble», como «el importe de los honorarios del abogado contratado para la elaboración de los contratos de arras y de compraventa y el asesoramiento en la operación de la transmisión de la vivienda»²⁵).

No obstante, procede dejar claro que esta forma de tributación del vendedor será la que procederá siempre que se trate de una compraventa particular, ya que, siendo el contribuyente un empresario o profesional persona física, la imposición podrá variar (concretamente en función de si el bien inmueble está afecto a una actividad económica o si la transmisión es consecuencia del desarrollo de la misma)²⁶.

Así, si la compraventa de inmuebles o la promoción inmobiliaria es la actividad económica que realiza un empresario o profesional persona física, las ganancias que obtenga de las transmisiones de bienes inmuebles constituirán su rendimiento de actividades económicas

²⁴ Así, como resaltó López Miguel (2016), el TS hace prevalecer el principio de unicidad de la Administración frente al de estanciedad de los tributos (p. 25).

²⁵ Contestación de la DGT a la Consulta tributaria vinculante V1974/2017, de 21 de julio (NFC066200).

²⁶ En este punto, recuérdese que, de conformidad con el artículo 27.1 de la LIRPF:

[...] se considerarán rendimientos íntegros de actividades económicas aquellos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del contribuyente la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.

Asimismo, no está de más añadir que, actualmente, los requisitos de contar, al menos, con una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa para que proceda su consideración como tal, se limitan, exclusivamente, a la actividad de arrendamiento de inmuebles, sin que en los casos de compraventa de inmuebles o promoción inmobiliaria resulten de aplicación.

(integrado, de conformidad con el art. 48 LIRPF, en la base imponible general del impuesto), debiéndose calificar tales operaciones como ventas de existencias²⁷.

No obstante, si se trata de la venta de un bien inmueble afecto a una actividad económica, el artículo 28.2 de la LIRPF establece que las ganancias o pérdidas patrimoniales derivadas de su transmisión no se incluirán dentro de los rendimientos de actividades económicas, sino que deberán tributar conforme a las reglas generales de las ganancias y pérdidas patrimoniales. Sin embargo, en tales casos, se considerará como valor de adquisición el pertinente valor contable (sin perjuicio de las especialidades que reglamentariamente puedan establecerse respecto a las amortizaciones que minoren dicho valor –art. 37.1 n) LIRPF–), si bien no se entenderá producida la afectación si el bien se enajena antes de que transcurran tres años desde la misma (art. 28.3 LIRPF).

Finalmente, procede añadir que la transmisión de la propiedad del bien inmueble que se produzca en tales casos también podrá tener implicación en el IRPF del adquirente, como puede ser, si es un empresario o profesional, respecto a la deducción en la cuota íntegra de los rendimientos netos de actividades económicas aplicados en inversiones inmobiliarias afectas a actividades económicas del propio contribuyente (art. 68.2 b) LIRPF). Sin embargo, también podrá ocurrir si se trata de particulares, concretamente en relación con la no tributación de las ganancias obtenidas por la transmisión de la vivienda habitual si su importe se reinvierte en la adquisición de una nueva vivienda habitual (art. 38 LIRPF)²⁸.

5. El cobro o restitución doblada de las arras tras el desistimiento o incumplimiento de una de las partes

Tal y como se señalaba, de conformidad con el artículo 1.454 del CC, las arras penitenciales habilitan a las partes a resolver el contrato, de modo que, si quien lo hace es el comprador, pierde definitivamente las arras entregadas, y, si es el vendedor, debe restituirlas dobladas. Por consiguiente, en ambos casos, se produce una variación definitiva en el valor

²⁷ Al respecto, así lo ha puesto de manifiesto la propia DGT, la cual, tras recordar que constituye doctrina reiterada que la promoción inmobiliaria para su posterior venta a terceros, en su totalidad o en parte, supone, en todo caso, una actividad económica («al existir una ordenación por cuenta propia de medios productivos con la finalidad de vender los inmuebles promovidos»), ha señalado que, cuando este sea el caso, «los inmuebles construidos tendrán la consideración de existencias y su transmisión generará rendimientos de actividades económicas y no ganancias o pérdidas patrimoniales». (Contestación a la Consulta tributaria vinculante V0761/2011, de 24 de marzo –NFC040936–).

²⁸ En este caso, la adquisición del bien inmueble podría dar lugar a la consolidación de la exención que ya se viniera aplicando, a pesar de que el pago total de la compra se realizara con posterioridad (véase en este sentido, la contestación de la DGT a la Consulta tributaria vinculante V2036/2014, de 28 de julio –NFC051833–).

del patrimonio tanto del vendedor como del comprador, la cual se pone de manifiesto con ocasión de una alteración en su composición. Y lo mismo ocurre en relación con las arras penales en caso de que una de las partes incumpla sus obligaciones, supuesto que, igual que en el anterior, no procederá la indemnización por daños y el abono de intereses que prevé el artículo 1.124 del CC (en el primer caso, por no existir incumplimiento, y, en el segundo, por ser su importe el de las propias arras penales, a no ser que se hubiera pactado lo contrario).

No obstante, también así ocurrirá respecto a las arras confirmatorias en aquellos casos en los que, habiéndose imputado su pago al precio de la futura compraventa, quien incumpla sea el comprador, supuesto en el que, si el vendedor exige tanto el cumplimiento como la resolución del contrato, podrá quedarse con las cantidades entregadas bajo dicho concepto como parte del resarcimiento de daños y el abono de intereses al que tendrá derecho conforme al mencionado artículo 1.124 del CC.

Por consiguiente, y al no calificarse su obtención en tales casos como un rendimiento por la LIRPF, quedará integrada dentro del concepto de ganancias patrimoniales definido en el artículo 33 de esta ley, incluso en el caso de que se hubiera imputado su importe al pago de la futura compraventa en el momento de su entrega inicial²⁹. Asimismo, al ser su abono obligatorio, su cuantía podrá declararse como pérdida patrimonial por parte del pagador imputable al periodo en el que pierda su propiedad, pérdida que, igual que la correspondiente ganancia, deberá integrarse en la base imponible general del impuesto al no derivar de la transmisión de un elemento patrimonial (arts. 45 y 48 LIRPF)³⁰.

²⁹ Al respecto, así lo ha reconocido la jurisprudencia del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (anteriormente, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –TJCE–) en sentencias como la STJCE de 18 de julio de 2007 (asunto C-277/05 –NFJ026002–), *Société thermale d'Eugénie-Les-Bains*, al dejar claro que la percepción definitiva de las arras que se queda el vendedor (en el caso, un prestador de servicios) ante el desistimiento del comprador, a pesar de que su entrega se hubiera imputado inicialmente al precio resultante de la prestación de servicios, «no constituye la retribución de una prestación y no forma parte de la base imponible del IVA». Por ello, y justamente a consecuencia de la mencionada STJCE, la DGT cambió su criterio ante tales casos respecto a su tributación en el IVA, señalando en la contestación a la Consulta tributaria vinculante V0517/2008, de 7 de marzo (NFC028842), relativa justamente a la compraventa de un bien inmueble, que:

[...] la cantidad del precio retenida en concepto de penalización por los perjuicios causados al incumplirse por el comprador de la vivienda los compromisos adquiridos, no constituye contraprestación de entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido, por lo que la promotora no deberá repercutir el citado tributo por la retención de la referida cantidad, estando obligada a la emisión de una factura rectificativa por el total de las cantidades anticipadas por el comprador [lo cual es plenamente aplicable a las arras penitenciales en caso de desistimiento e incluso, en los términos expuestos, a las confirmatorias].

Para un mayor desarrollo de este extremo, véase Martínez Alonso (2009).

³⁰ Entre muchas otras, respecto a su calificación como pérdida patrimonial no derivada de la transmisión de bienes inmuebles, véase la contestación de la DGT a las Consultas tributarias vinculantes V2424/2006, de 1 de diciembre (NFC023879); V1166/2017, de 16 de mayo (NFC065204); o V1579/2020, de 26 de

Y a tal efecto, como ha precisado la DGT, en nada afectarán los beneficios fiscales relativos a las ganancias patrimoniales derivadas de la venta de la vivienda habitual del contribuyente (como es el caso del art. 33.4 LIRPF), en tanto que, como es lógico, la transmisión no se ha llegado a producir³¹.

En concreto, de conformidad con el artículo 14.1 c) de la LIRPF, la imputación temporal de la correspondiente pérdida o ganancia patrimonial deberá efectuarse al periodo impositivo durante el que tenga lugar la alteración patrimonial, circunstancia que se producirá en el año en el que, incumplido o desistido el contrato, surja el derecho a su percepción³². Sin embargo, procede recordar que, si tras la oportuna integración y compensación de las pérdidas conforme al artículo 48 de la LIRPF quedase saldo negativo, podrán seguir compensándose durante los cuatro años siguientes en la cuantía máxima que permita cada uno, sin que pueda practicarse la compensación fuera de este plazo de cuatro años mediante su acumulación a pérdidas patrimoniales de ejercicios posteriores.

No obstante, debe puntualizarse que, si la pérdida de las arras entregadas o su restitución doblada hubiera sido objeto de litigio, no se podrá imputar la pertinente pérdida o ganancia patrimonial hasta que la correspondiente resolución judicial que determine el derecho a su percepción adquiera firmeza (art. 14.2 a) LIRPF), pues será la firmeza de la sentencia la que producirá la correspondiente alteración en la composición del patrimonio sin que hubiera mediado un periodo de generación.

Y a tal efecto, ha precisado la DGT que únicamente la cantidad entregada en concepto de arras constituirá el importe de la correspondiente pérdida o ganancia (aunque, lógicamente, si el vendedor las devuelve duplicadas al comprador, solo tributará la parte que duplique las que él mismo ya entregó), ya que el coste de los letrados, peritos, procuradores, notarios y las propias costas judiciales soportadas durante el procedimiento judicial deben tener la consideración de aplicación de la renta del contribuyente a su propio consumo (por lo que no puedan computarse, de acuerdo con el art. 33.5 b) LIRPF, como pérdidas patrimoniales). Asimismo, con base en tales razonamientos, también ha negado su calificación como pérdidas a los gastos ocasionados en el intento de compraventa del bien inmueble, como pueden ser los derivados de una agencia inmobiliaria o una notaría³³.

mayo (NFC076086); mientras que puede verse su calificación como ganancia patrimonial en los mismos términos en la Consulta 799/2000, de 7 de abril (NFC076089).

³¹ Véase al respecto la contestación de la DGT a la Consulta tributaria vinculante V0397/2020, de 20 de febrero (NFC075125).

³² Al respecto, como ha precisado la contestación de la DGT a la Consulta tributaria vinculante V0397/2020, de 20 de febrero (NFC075125), «las cantidades percibidas por el vendedor en concepto de arras se calificarán como ganancia patrimonial y se imputarán al periodo impositivo en que este pueda proceder a su ejecución, en los términos del contrato».

³³ A tal efecto, véase la contestación de la DGT a las Consultas tributarias vinculantes V2424/2006, de 1 de diciembre (NFC023879); y V1684/2009, de 15 de julio (NFC034779).

Sin embargo, sí que podrán incluirse como pérdidas las costas procesales que, en su caso, se deban satisfacer a la parte vencedora del juicio, dado que el carácter ajeno a la voluntad del pagador que tiene su abono imposibilita su consideración como aplicación de renta al consumo del contribuyente y no puede incluirse en ninguno de los otros supuestos que el artículo 33.5 de la LIRPF excepciona de su cómputo³⁴.

Y al respecto, es importante destacar que, en caso de recibirse, junto con las arras, el cobro de la condena en costas por la parte vencedora, dicha cuantía también deberá tributar en concepto de ganancia patrimonial no derivada de la transmisión de elementos patrimoniales, sin que tampoco pueda practicarse la resta de gasto alguno³⁵.

No obstante, tanto en relación con la tributación de las arras como de las costas procesales en tales casos, deben destacarse algunas importantes cuestiones problemáticas que se plantean, concretándose, en primer lugar, en el sometimiento a imposición de una capacidad económica ficticia por lo que respecta a su cobro.

Así, como señaló la Sentencia del Tribunal Constitucional (TC) 26/2017, de 16 de febrero (NCJ062176), en ningún caso se puede «establecer un tributo tomando en consideración actos o hechos que no sean exponentes de una riqueza real o potencial, o, lo que es lo mismo, en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea, no ya potencial, sino inexistente, virtual o ficticia», y esto es justamente lo que ocurre en ambos casos.

De hecho, en relación con las costas judiciales, así lo puso de manifiesto el propio Defensor del Pueblo en la Recomendación de 18 de julio de 2017, donde planteó y sugirió estudiar la pertinente modificación de la regulación del IRPF con el fin de limitar su tributación como ganancia patrimonial a la parte que exclusivamente pudiera exceder de los gastos efectivamente soportados por el contribuyente derivados del proceso. No obstante, en realidad, es altamente improbable que pueda tener lugar dicho supuesto, en tanto que, como ha declarado el TS, su pago constituye el «reintegro al litigante que obtiene una sentencia favorable con condena en costas, por parte de quien resulta condenada en tal concepto, de los gastos por aquel realizados»³⁶.

Por consiguiente, e igual que ocurre con las arras cobradas a consecuencia y en restitución de un desistimiento o incumplimiento contractual, únicamente debería someterse a

³⁴ En este sentido, véase la contestación de la DGT a la Consulta tributaria vinculante V0598/2008, de 28 de marzo (NFC028806).

³⁵ Entre otras, véanse las contestaciones de la DGT a las Consultas tributarias vinculantes V3264/2017, de 21 de diciembre (NFC067355); o V1425/2019, de 13 de junio (NFC072627).

³⁶ STS de 30 de noviembre de 2005 (rec. núm. 3027/1999 –NFJ023849–). Y a tal efecto no hay que olvidar que, de conformidad con el artículo 242 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero), existe la posibilidad de solicitar la tasación de costas, en la que se deberán aportar «los justificantes de haber satisfecho las cantidades cuyo reembolso reclame».

gravamen la parte que sobrepase de los gastos que su pago pretende cubrir (ya sean derivados de un proceso judicial o de los eventuales daños y perjuicios causados), es decir, el importe que realmente constituya una ganancia patrimonial susceptible de imposición (siguiendo, en definitiva, la misma lógica que se aplica al calcular las ganancias y pérdidas patrimoniales derivadas de la transmisión de bienes inmuebles³⁷).

Y es que, de hecho, en relación con las indemnizaciones, contempla el artículo 37.1 g) de la LIRPF que solo conllevarán el gravamen de la oportuna ganancia patrimonial cuando comporten «un aumento en el valor del patrimonio del contribuyente», tras señalar que, en las «indemnizaciones o capitales asegurados por pérdidas o siniestros en elementos patrimoniales, se computará como ganancia o pérdida patrimonial la diferencia entre la cantidad percibida y la parte proporcional del valor de adquisición que corresponda al daño».

Además, igual que ocurre con los rendimientos del trabajo³⁸, debería permitirse en todo caso la deducción en las ganancias patrimoniales de los gastos en defensa jurídica soportados (siempre que, lógicamente, no se restituyan mediante la correspondiente condena en costas judiciales), lo cual no solo resulta conveniente desde la óptica del principio de capacidad económica, sino también para otorgar el debido respeto al derecho a la tutela judicial efectiva³⁹.

³⁷ No obstante, es importante resaltar que, en los casos de transmisión de los bienes inmuebles, el artículo 35 de la LIRPF solo permite integrar dentro del valor de adquisición o transmisión a efectos de determinar la correspondiente ganancia o pérdida patrimonial el coste soportado de las inversiones y mejoras efectuadas en los bienes y los gastos y tributos inherentes a su adquisición o transmisión, excluidos los intereses, satisfechos por el contribuyente, quedando fuera los que no tengan que ver estrictamente con la adquisición o transmisión. Así, por ejemplo, como ha señalado la DGT:

[...] los honorarios profesionales satisfechos por los consultantes por las acciones emprendidas para evitar la demolición del inmueble no se computarán como mayor valor de adquisición o menor valor de transmisión al no tratarse de gastos inherentes a la adquisición ni a la transmisión, ni tampoco se consideran pérdida patrimonial en virtud de lo dispuesto en el artículo 33.5.b de la Ley del Impuesto, al tratarse de una aplicación de renta o gasto. (Contestación de la DGT a la Consulta tributaria vinculante V1365/2017, de 2 de junio –NFC065496–).

³⁸ En concreto, señala el artículo 19.2 e) de la LIRPF que, a la hora de determinar el rendimiento neto del trabajo susceptible de imposición, tendrán la consideración de gastos deducibles los «de defensa jurídica derivados directamente de litigios suscitados en la relación del contribuyente con la persona de la que percibe los rendimientos, con el límite de 300 euros anuales», de la misma forma que pueden encontrarse disposiciones al respecto en algunas comunidades autónomas (como es el caso del art. 15 ter del texto refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos, aprobado por Decreto Legislativo 1/2009, de 1 de septiembre, al contemplar una deducción de la cuota íntegra autonómica para los trabajadores que «contraigan gastos de defensa jurídica en procedimientos judiciales de despido, extinción de contrato o reclamación de cantidades», cuyo importe será el de dichos gastos, con el límite de 200 €).

³⁹ A tal efecto, como ha puesto de manifiesto el TC en sentencias como la STC 140/2016, de 21 julio (NCJ061472):

En relación con el mismo, así lo pone de manifiesto Achón Bruñén (2020), al señalar que:

[...] obligar a tributar por una ganancia patrimonial que, además de inexistente, supone en numerosos casos un aumento muy importante de la base imponible general con respecto a los rendimientos de trabajo de un ciudadano medio, con el correspondiente aumento de la cantidad a pagar, disuade al interesado en el ejercicio de acciones ante los Tribunales y, por tanto, condiciona y afecta negativamente al derecho fundamental de acceso a la justicia reconocido como derecho fundamental en el artículo 24.2 CE.

Y es que, respecto a la tributación de las costas judiciales, cada vez son más tanto las resoluciones económico-administrativas como las sentencias que se empiezan a posicionar en esta línea, como es el caso de la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Murcia de 11 de enero de 2019 (RG 4351/2016 –NFJ073538–) (al señalar que las costas judiciales ganadas deben tributar tras la «deducción de los gastos acreditados de asistencia jurídica judicial y extrajudicial en que haya incurrido el obligado tributario con ocasión del procedimiento judicial que ha originado la condena en costas») o de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de diciembre de 2019 (recs. núms. 1089/2018 –NFJ077157– y 1203/2018 –NFJ077243–)⁴⁰.

No obstante, respecto al cobro de la condena en costas judiciales, cierto es que tales consideraciones carecen de sentido en el caso de los empresarios y profesionales personas físicas que, de acuerdo con el artículo 28 de la LIRPF, determinen su rendimiento neto de actividades económicas por estimación directa conforme a las normas del impuesto sobre sociedades, por cuanto es criterio de la DGT que «la deducibilidad de los gastos está condicionada por el principio de su correlación con los ingresos, de tal suerte que aquellos respecto a los que se acredite que se han ocasionado en el ejercicio de la actividad serán deducibles».

Por consiguiente, si los gastos que viene a resarcir la condena en costas judiciales cobrada estuvieran vinculados con la actividad económica desarrollada (no con la esfera particular del contribuyente) y si así se pudiera probar de forma suficiente, ya habrían sido fiscalmente deducidos, por lo que su obtención sí que constituiría un incremento de riqueza.

[...] el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse conculcado por aquellas normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras (del acceso a la jurisdicción), siempre que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el Legislador en el marco de la Constitución.

⁴⁰ En este caso, como establecen expresamente, «debe considerarse ganancia patrimonial a efectos de IRPF solo en la parte que exceda de los importes abonados como costes del proceso, debidamente acreditados [...], pues lo contrario supondría gravar una ganancia ficticia, no real».

za susceptible de imposición⁴¹. Y las mismas consideraciones no son solo aplicables a los gastos que, en su caso, vengán a cubrir las arras susceptibles de deducción, sino también a cómo tributará para el pagador el abono de las mismas.

6. La restitución justificada de las arras

Finalmente, cabe analizar la tributación que corresponderá en aquellos casos donde proceda la restitución de las arras entregadas por el comprador, ya sea de las arras confirmatorias ante el incumplimiento del contrato por parte del vendedor o, siendo de cualquier tipo, por proceder una causa justificada.

Así, respecto al primer caso, recuérdese que las arras confirmatorias tienen la mera consideración de pagos a cuenta, por lo que, sin ir más lejos, su restitución podría quedar incluida dentro del derecho que prevé la disposición adicional primera. Cuatro de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, respecto a las cuantías abonadas como anticipo del precio y con la finalidad de aplicarlas a la construcción (concretamente, el derecho del comprador, ante el incumplimiento del vendedor, a la «devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables, incrementadas en los intereses legales»)⁴².

De igual forma, como estableció la STS 527/2016, de 12 de septiembre (rec. núm. 1933/2014 –NCJ061546–), la misma obligación debe proceder cuando «el contrato de compraventa no llega a buen fin, por declararse nulo por vicio invalidante del consentimiento al haber ocultado el promotor-vendedor al comprador la existencia de vicios de la edificación de naturaleza urbanística», procediendo la restitución de las arras ante la declaración de la nulidad del contrato de compraventa con independencia de su tipo.

Además, también así puede pasar en caso de que, con posterioridad a la constitución de las obligaciones y antes de su cumplimiento, concurra una causa de imposibilidad sobrevinida liberatoria, por cuanto, como ha señalado el TS:

[...] la imposibilidad de cumplir la prestación debida, cuando no sea originaria, sino sobrevinida respecto del momento de perfección del contrato fuente de la obli-

⁴¹ En este sentido, véase, entre otras, la contestación de la DGT a la Consulta tributaria vinculante V0999/2016, de 14 de marzo (NFC059259).

⁴² Al respecto, se contempla la correlativa obligación del promotor en caso de que, a causa de su incumplimiento, el adquirente rescinda el contrato, ya sea por no haber iniciado la construcción o materializado la entrega de la vivienda en las fechas acordadas (siempre y cuando, como ha precisado el TS, el derecho a resolver se ejercite antes de que, estando la vivienda terminada y en disposición de ser entregada, el vendedor requiera al comprador para el otorgamiento de la escritura pública de compraventa, incluso con posterioridad a la fecha pactada (STS de 5 de mayo de 2014 [rec. núm. 328/2012])).

gación, además de absoluta, definitiva y no imputable al deudor, libera al mismo –artículos 1182 y 1184 del Código Civil (Digesto, 50.17.185: *impossibilium nulla obligatio est*)– y, en caso de que la relación de obligación sea sinalagmática [como ocurre ante una compraventa], constituye causa de su resolución, ya que determina una situación de incumplimiento –pese a no ser este atribuible al obligado–⁴³.

En concreto, como también ha especificado, dicha imposibilidad puede ser de hecho, de derecho o económica⁴⁴, sin que en ningún caso permita el requerimiento del resarcimiento de daño alguno⁴⁵.

Igualmente, la restitución justificada de las arras también puede proceder por la mera aplicación del artículo 621-49 de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña, ya que, como señala:

[...] si el contrato de compraventa prevé la financiación de todo o parte del precio por una entidad de crédito, el comprador, salvo pacto en contra, puede desistir del contrato si justifica documentalmente, en el plazo pactado, la negativa de la entidad designada a conceder la financiación o a aceptar la subrogación del comprador en la hipoteca que grava el inmueble, salvo que la denegación se derive de la negligencia del comprador».

De todos modos, y con independencia del mencionado precepto, nada impide que las partes hubieran pactado la propia restitución justificada de las arras (aunque será necesario que así lo hubieran hecho constar expresamente en el propio contrato)⁴⁶, de la misma forma

⁴³ STS 604/2013, de 22 de octubre (rec. núm. 1055/2011).

⁴⁴ En este sentido, tras considerar «ejercitable la facultad de resolución cuando existe un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable impide el cumplimiento», la STS de 20 de abril de 1994 señaló que:

[...] la imposibilidad de la prestación no solo puede ser física o legal, sino también económica, como cuando no produce ningún beneficio al que ha de recibirla, o cuando, como ocurre en el caso litigioso, es totalmente ruinosa para él recibirla. Existe entonces una frustración del fin del contrato, que impide jurídicamente su mantenimiento y faculta para resolverlo.

Para un mayor desarrollo acerca de los requisitos para la procedencia de la imposibilidad sobrevenida en las operaciones relacionadas con bienes inmuebles, véase el análisis realizado por Albiñana Cilveti (2018, pp. 115-140).

⁴⁵ En concreto, tras analizar la jurisprudencia del TS al respecto, así lo afirma Martínez De Quel Moreno (2015, p. 330).

⁴⁶ Siguiendo con la no obtención de la debida financiación por parte del comprador de un inmueble sin que sea de aplicación del Derecho Civil catalán, pueden destacarse a tal efecto las SSTS de 17 y 18 de enero de 2013 (recs. núms. 1579/2010 –NCJ057764– y 1318/2011, respectivamente), donde, si bien se deniega la posibilidad de dejar sin efecto el contrato de compraventa al no poder cumplir el comprador con las obligaciones asumidas por falta de financiación, se especifica que así debe resolverse por no haberse pactado expresamente dicha posibilidad.

que así procederá ante la resolución contractual con restitución recíproca de las prestaciones, sin perjuicio de la oportuna indemnización.

En cualquier caso, y con independencia de cuál sea el motivo, lo que está claro es que, siempre que proceda la legítima restitución de las arras entregadas por el comprador, no se produce realmente ninguna variación en el valor de su patrimonio ni una alteración en su composición, sino que, justamente, lo que se hace es resarcir su entrega como si nunca hubiera acontecido.

En concreto, como resalta la STS 193/2012, de 26 de marzo (rec. núm. 602/2009 –NCJ056646–), así se desprende de reiterada jurisprudencia del TS, al establecer que:

[...] es opinión comúnmente aceptada, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, que la resolución contractual produce sus efectos, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no con efectos *ex nunc* sino *ex tunc*, lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido en cuanto la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal como se ha establecido para los casos de rescisión en el art. 1.295 del Código Civil al que expresamente se remite el art. 1.124 del mismo Cuerpo legal, efectos que sustancialmente coinciden con los previstos para el caso de nulidad en el art. 1.303 y para los supuestos de condición resolutoria expresa en el art. 1.123.

Por ello, y por lo que respecta a su estricto importe, su recuperación a nivel tributario no tendrá consecuencia alguna (sin perjuicio de la tributación de la indemnización y los intereses que, en su caso, pudieran proceder), a no ser que con la entrega de las arras se hubiera hecho efectiva la transmisión de la propiedad y procediera a dejarla sin efecto (caso en el que deberá regularizarse la situación tributaria tanto del vendedor como, en su caso, del comprador).

De hecho, respecto a la resolución contractual con restitución recíproca de las prestaciones «volviendo al estado jurídico inicial como si el contrato de compraventa de la vivienda no se hubiera celebrado», así lo ha señalado expresamente la DGT, la cual, si bien ha reconocido que «no comporta –a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y respecto a esa restitución– variación alguna en el valor del patrimonio del contribuyente que pudiera determinar la existencia de una ganancia o pérdida patrimonial», cabrá regularizar las consecuencias tributarias de «los efectos retroactivos al momento anterior a la celebración del contrato [...], pues se considera que no se ha llegado a producir la adquisición de la vivienda»⁴⁷.

⁴⁷ Contestación de la DGT a la Consulta tributaria vinculante V1114/2019, de 21 de mayo (NFC072283).

7. Conclusiones

Como ha quedado puesto de manifiesto, la tributación en el IRPF de las arras relacionadas con la compraventa de bienes inmuebles es de carácter complejo, ya sea por los efectos de su diferente tipología (penitenciales, penales o confirmatorias), por las distintas situaciones en las que puede tener lugar su pago o cobro (antes o después de la transmisión de la propiedad, en caso de incumplimiento, ante el desistimiento legítimo de una de las partes o en caso de su restitución justificada), por la configuración de su pago (realizándose o no a un tercero e imputándose o no al precio de la futura compraventa), por las características del sujeto pasivo (en función de si se trata de un particular o de una persona física empresario o profesional) o por la regularización del propio tributo que pueden conllevar.

En concreto, mientras que hay supuestos en los que su pago o percepción no tendrá consecuencia tributaria alguna, en otros su cobro estará exento, de la misma forma que habrá situaciones en las que deberá tener la consideración de rendimiento de actividades económicas. Asimismo, y aunque en algunos casos procederá su declaración como ganancia o pérdida patrimonial, estas también podrán ser de dos tipos, en función de si se entienden derivadas de la transmisión de un elemento patrimonial (y, por consiguiente, se integran en la base imponible general del impuesto) o no (formando parte, por tanto, de la base imponible del ahorro).

No obstante, con el fin de mejorar la normativa actualmente vigente, no solo sería adecuado introducir algunas modificaciones a nivel civil, sino que, con el fin de otorgar un mayor respeto a los principios de justicia tributaria, también deberían reformularse algunas previsiones en el ámbito del IRPF.

Así, en relación con el Derecho Civil, destaca la especial conveniencia que tendría regular de forma específica los tres tipos de arras concretando detalladamente sus efectos, tanto por lo que respecta al derecho común como a los diferentes derechos forales. Asimismo, tanto con el fin de evitar los largos y costosos procedimientos judiciales como para ofrecer una mayor protección al comprador (ya sea para impedir que el transmitente pueda vender el bien a un tercero o a efectos de hacer irrelevante su insolvencia en caso de incumplimiento, especialmente en las compraventas de bienes inmuebles no construidos), resultaría más que adecuada la extensión de la posibilidad de formalizar un acta notarial de depósito de arras penitenciales que prevé el Derecho Civil catalán, la cual, además de poder inscribirse en el Registro de la Propiedad, conlleva, si se registra, la pertinente afectación del bien a su devolución. Por ello, y a pesar de su mayor coste fiscal (en tanto que la formalización del acta comportará, con independencia de su inscripción, el devengo de la cuota fija y variable del gravamen de documentos notariales de AJD), la previsión de dicha posibilidad voluntaria no solo debería extenderse a todo el Derecho Civil, sino que también debería contemplarse con independencia del tipo de arras.

Y en la misma línea, ya sea con el fin de proteger el ahorro de los particulares o por razones tanto de economía procesal como de justicia material, sería más que adecuado ex-

tender la previsión general de su legítima restitución ante la imposibilidad de obtención del crédito necesario, es decir, si, previendo el contrato de compraventa la financiación de todo o parte del precio por una entidad de crédito, el comprador justificara documentalmente la negativa de la entidad previamente designada sin que resultara imputable a su propia negligencia (salvo, lógicamente, que se hubiera pactado lo contrario).

Por su parte, tanto con el fin de garantizar un mismo trato a todos los contribuyentes como con el objetivo de facilitar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, también resultaría más que apropiado que la LIRPF dejara de hacer referencia al año a la hora de permitir la elección entre la tributación total o proporcional de las ventas con pago aplazado, ofreciendo al contribuyente la posibilidad de elección siempre que la entrega o la puesta a disposición y el vencimiento del último plazo tengan lugar en periodos impositivos diferentes.

Asimismo, cuando el cobro de las arras se produzca ante un desistimiento o incumplimiento contractual, únicamente debería someterse a gravamen la parte que sobrepasara de los gastos derivados de los eventuales daños e intereses que vienen a cubrir (es decir, el importe que realmente constituya una ganancia patrimonial susceptible de imposición), debiéndose permitir especialmente la deducción de los gastos en defensa jurídica relacionados con la persona de la que se perciben (otorgando así un mayor respeto al derecho a la tutela judicial efectiva).

No obstante, dicha deducción no será necesaria cuando tales gastos se hayan tenido en cuenta en la determinación del rendimiento neto de las actividades económicas, del mismo modo que no procederá si el contribuyente hubiera resultado el beneficiario de la correspondiente condena en costas (la cual también debería tributar únicamente por la parte que no constituya una restitución, sino que conlleve un auténtico incremento patrimonial).

Por último, tanto con la finalidad de facilitar la gestión y tributación de las arras como con el objetivo de evitar controversias y gastos innecesarios, procede destacar la importancia de especificar de forma indubitada en el contrato o precontrato en el que se pacten cuáles son sus características y, sobre todo, sus efectos para cada una de las partes, de la misma forma que es de especial conveniencia considerar los criterios seguidos por la DGT a la hora de poder dejar claro si, en el momento de su entrega, también tiene o no lugar la transmisión de la propiedad del bien inmueble en cuestión.

Referencias bibliográficas

- Achón Bruñén, M. J. (2020). La tributación de las costas judiciales en el IRPF. *Revista de Jurisprudencia*, febrero.
- Albiñana Cilveti, I. (2018). La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicación a las operaciones inmobiliarias. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 49, 115-140.
- Díez-Picazo, L. (2008). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*. (6.ª ed.). Thomson-Civitas.
- Lasarte, C. (1998). *Curso de Derecho Civil Patrimonial. Introducción al Derecho*. (7.ª ed.). Madrid: Tecnos.
- López Miguel, G. (2016). Sobre el «valor de adquisición» de un inmueble al efecto de declarar tras su venta la ganancia patrimonial en el IRPF: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2015. *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, 160, 22-25.
- Martínez Alonso, J. I. (2009). Nuevo criterio de la DGT a efectos del IVA en relación con las arras entregadas en los contratos inmobiliarios. *Fórum fiscal de Álava, Mes 4*, 17-28.
- Martínez De Quel Moreno, I. (2015). La imposibilidad sobrevenida liberatoria: concepto y consecuencias indemnizatorias. *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, 13, 307-333.
- Muñoz Méndez, J. (2015). Las arras: modalidades y efectos. *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, 149, 16-23.
- Urrea Salazar, M. J. (2015). El contrato de promesa de compra y las arras en la compraventa de bienes inmuebles. *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, 156, 40-45.