

TRATAMIENTO FISCAL DE LA INDEMNIZACIÓN COMPENSATORIA ENTRE CÓNYUGES

Análisis de la SAN de 3 de diciembre de 2014, rec. núm. 6/2014

Francisco José Cañal García

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universitat de Barcelona*

1. SUPUESTO DE HECHO

La cuestión planteada es el tratamiento fiscal que recibe en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) la denominada «indemnización compensatoria» que uno de los cónyuges puede percibir del otro con ocasión de la extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes. Esta indemnización es la compensación económica a la que tiene derecho, en el momento de la separación o el divorcio, el cónyuge que ha trabajado para la casa o para el otro cónyuge y, como consecuencia, no ha percibido ingresos o bien ha visto reducidos los obtenidos fuera del hogar. Además se considera que este cónyuge ha contribuido a que el otro haya obtenido mayores ingresos y, por lo tanto, tiene derecho a participar de ellos.

El problema jurídico tributario reside en la calificación que, a la luz de la LIRPF, se deba dar a la indemnización compensatoria: si su percepción da lugar a rendimientos del trabajo o a ganancia patrimonial y si se debe someter o no a tributación. Correlativamente se deben establecer las consecuencias fiscales que la indemnización tiene para el cónyuge que la paga.

2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

La Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) de 3 de diciembre de 2014, recurso número 6/2014 (NFJ056985), confirma la resolución adoptada por el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 30 de octubre de 2013 [Sala Primera, Vocalía Sexta, R. G. 4828/2010 (NFJ053873)] el cual respaldaba a su vez el criterio aplicado por la Agencia Tributaria.

Concluye la AN que la indemnización compensatoria constituye rendimiento del trabajo para su perceptor, que se integra en su base imponible con derecho al 40% de reducción por haber tenido un periodo de generación superior a dos años. Implícitamente se acepta la consecuencia, ya admitida por el TEAC, de que el cónyuge pagador tiene derecho a reducir su base imponible en el importe de la indemnización. La citada SAN rechaza la pretensión del reclamante de calificar la renta como ganancia patrimonial y rechaza también la posibilidad de aplicar, en este caso, el artículo 33.3 d) de la LIRPF sobre no sujeción al IRPF de las ganancias patrimoniales producidas con ocasión de las compensaciones en la extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes, por causa distinta de la pensión compensatoria entre cónyuges.

La AN funda su decisión en el argumento de que la indemnización compensatoria constituye renta del trabajo porque cumple los dos requisitos de esta: que proceda directa o indirectamente del trabajo personal y que no se trate de rendimientos de actividades económicas. Reconoce que no hay aquí organización de factores de producción mientras que, por el contrario, la propia norma civil señala que la compensación se debe por el trabajo para la casa o el cónyuge. También aduce que reiteradas Sentencias del Tribunal Superior de Justicia (SSTSJ) de Cataluña [especialmente por la STSJ de 28 de marzo de 2007, rec. núm. 404/2003 (NFJ057867)] ratifican que la causa de la indemnización es la insuficiente retribución del trabajo. Añade la SAN que la falta de mención de las indemnizaciones compensatorias en el elenco de los rendimientos del trabajo del artículo 17 de la LIRPF –al contrario de lo que sucede con las pensiones compensatorias, que se mencionan expresamente– no implica que el legislador haya querido excluirlas de su consideración como tales, dado además que esta enumeración se puede considerar ejemplificativa y no exhaustiva.

3. COMENTARIO CRÍTICO

El Derecho civil reconoce que el cónyuge que realiza trabajo para la casa o para el otro cónyuge está contribuyendo al sostenimiento de las cargas del matrimonio. Si uno de los cónyuges contribuye por esta vía más que el otro, se considera que además está colaborando en la obtención de los ingresos que el otro cónyuge perciba fuera del hogar, ya sea por trabajo, capital o actividades económicas. En consecuencia el cónyuge que trabaja más en el hogar tiene derecho a una participación en estos ingresos. En el régimen económico matrimonial de gananciales el problema se resuelve automáticamente, puesto que civilmente son comunes a ambos las rentas que obtenga cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio. Sin embargo en el régimen de separación de bienes, dado que no hay comunicación de rentas entre cónyuges, es necesario articular otra fórmula para reconocer aquella colaboración. Por este motivo se prevé la indemnización compensatoria en favor del cónyuge que ha trabajado más en el hogar, que se paga en el momento de la extinción del régimen. Esta compensación se establece tanto en el artículo 1.438 del Código Civil como en el artículo 232-5 del Código Civil de Cataluña. Indemnización que tiene especial relevancia en Cataluña por ser el régimen legal presuntivo el de separación de bienes, a diferencia del territorio común en el que lo es el de gananciales.

Al analizar el tratamiento fiscal otorgado a esta indemnización compensatoria no se debe olvidar el resto de transferencias de bienes que se derivan de la crisis familiar, porque son varias las posibles en ese momento, y la norma fiscal ha de tenerlas todas en cuenta a efectos de realizar una regulación armónica, por razones de justicia. La situación de crisis familiar puede generar pensiones por alimentos a los hijos y varias transferencias entre los cónyuges. Dejamos ahora de lado las primeras, con tratamiento fiscal no discutido, para centrarnos en las segundas. En cuanto a las transferencias entre cónyuges cabe examinar la aplicación sobre ellas de los impuestos indirectos (ITP y AJD), pero también obviamos su análisis porque no es cuestión tratada en la sentencia que se comenta. Hemos de centrarnos particularmente en el tratamiento que reciben en el IRPF dichas transferencias. Estas difieren según el régimen económico matrimonial existente en cada caso. Si el régimen es de gananciales se debe disolver la sociedad ganancial, lo cual puede dar lugar a cambios en la titularidad de bienes, con una consecuencia pacíficamente admitida, por aplicación del artículo 33.2 b) de la LIRPF, de que no surgen rentas gravables en el IRPF. Pero el tratamiento fiscal adquiere perfiles diferentes en el caso del régimen de separación de bienes.

En la extinción del régimen de separación de bienes cabe identificar varias posibles adjudicaciones y transferencias que pueden darse entre los cónyuges:

- a) Cambios en titularidades por extinción de la mancomunidad de bienes que pueden haber sido adquiridos en común. El tratamiento de este caso en el ámbito del IRPF no plantea especial problema: la LIRPF –art. 33.2 a) y c)– no los somete a tributación al considerar que no hay realmente una transmisión, sino una especificación en determinados bienes de las cuotas de los que era titular anteriormente. Solución fiscal que no es específica del régimen matrimonial y se aplica a toda comunidad de bienes, con independencia de que los comuneros fueran cónyuges o no.
- b) Pensión compensatoria, a favor del cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, con empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio. Prevista en el artículo 97 del Código Civil y artículo 233-14 del Código Civil de Cataluña. Esta pensión puede pagarse periódicamente o ser sustituida por la entrega de una cantidad de dinero o bienes.
- c) Indemnización compensatoria, por realización de trabajo para la casa o para el otro cónyuge, que es el objeto específico de este comentario y cuyo régimen fiscal se analiza a continuación.

Conviene subrayar, en primer lugar, que indemnización compensatoria y pensión compensatoria son prestaciones totalmente distintas. Ambas están reguladas en preceptos civiles distintos –como arriba quedó especificado– y obedecen a causas diferentes: la pensión compensatoria al desequilibrio económico que se puede producir entre los cónyuges tras la separación o extinción del matrimonio; la indemnización compensatoria a la insuficiente o nula retribución otorgada durante el matrimonio al cónyuge que ha asumido en mayor medida el trabajo en el hogar.

La indemnización compensatoria constituye en realidad una participación en las rentas que el otro cónyuge ha obtenido durante el tiempo en que existió vínculo conyugal, de las que el cónyuge indemnizado no había obtenido titularidad civil, porque el régimen aplicable no era de gananciales. No se trata ahora de convertir el régimen de separación en una suerte de régimen de gananciales, sino de reconocer que el cónyuge que se dedicó al hogar colaboró en la obtención de al menos una parte de las rentas del otro. En caso de que hubiese continuado la convivencia matrimonial este cónyuge habría seguido disfrutando del patrimonio formado con ellas o de sus rendimientos. Pero con el cese de la convivencia desaparece el disfrute de esos bienes: esto es lo que se indemniza y se concreta en una cantidad de dinero. Se puede concluir que la indemnización se debe por un lucro cesante, mientras que la pensión compensatoria tiene su causa en un daño emergente. La distinción entre ambas se admite en la sentencia que se comenta, así como lo han hecho muchas resoluciones del TEAC, de los Tribunales (en particular el TSJ de Cataluña) y el Tribunal Supremo. Baste citar la Sentencia del Tribunal Supremo [Sala de lo Civil, rec. núm. 1428/2001 (NCJ043748)] de 8 de mayo de 2008.

Para determinar el régimen fiscal de una renta se debe examinar, en primer lugar, si la LIRPF la incluye en una clase concreta (del trabajo, capital, actividades económicas o ganancias patrimoniales). De no ser así la renta se califica como ganancia patrimonial, pues esta categoría tiene un carácter residual (art. 33.1 de la LIRPF). En la LIRPF no se encuentra la expresión «indemnización compensatoria» de modo literal. Sí se menciona la pensión compensatoria, que expresamente se califica como renta de trabajo para el perceptor [art. 17.2 f)] y como deducible de la base imponible para el pagador (art. 55). Pero, dada la diferencia entre ambas prestaciones, la aplicación a una de ellas del régimen fiscal de gravamen o beneficio regulado para la otra constituiría una analogía prohibida por el artículo 14 de la Ley General Tributaria (LGT). No obstante la SAN comentada califica a la indemnización compensatoria como renta del trabajo, no porque la equipare con la pensión compensatoria, sino en virtud de otros argumentos con los que me muestro en total desacuerdo, por lo que intento rebatirlos a continuación.

Por un lado, la AN advierte de que la indemnización tiene su origen en el trabajo personal, pues la norma civil establece que se origina por haber trabajado para la casa o para el otro cónyuge. De aquí deduce sin más la calificación como rendimiento del trabajo, sin considerar necesario que exista un contrato de trabajo para llegar a tal conclusión, pues la LIRPF usa la conjunción disyuntiva «o»: basta que la renta se derive bien del trabajo personal o bien de la relación laboral o estatutaria. Así, dice la SAN, la jurisprudencia ha calificado como rentas del trabajo otras muchas en las que no media un contrato laboral (albaceazgo, voluntariado, sacerdocio, etc.). No obstante, en mi opinión, con esta redacción la LIRPF simplemente excluye un criterio formalista de exigencia de contrato laboral en dichas situaciones, pero en todas ellas existe una nota de ajenidad o dependencia en la realización de la actividad, que es necesaria para la calificación como renta del trabajo. Nota de ajenidad que no se presenta en el caso de la indemnización compensatoria, pues el trabajo se desarrolla en y para el hogar propio. Por otra parte, en el caso de haber trabajado para el otro cónyuge sin contrato laboral, es conveniente advertir de que el artículo 3 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, establece que el cónyuge que colabore en la actividad será considerado autónomo, es

decir, tampoco existe ajenidad y en el IRPF sus ingresos serían más bien calificados como rentas de actividades económicas.

Además la SAN dice que la falta de mención expresa de la indemnización compensatoria en la enumeración de rendimientos del trabajo, contenida en el artículo 17 de la LIRPF, no impide su calificación como tal, pues no es este un catálogo cerrado. Afirmación que no comparto totalmente, pues dicho artículo contiene dos apartados. El primero recoge distintas denominaciones que pueden darse a las contraprestaciones por una actividad por cuenta ajena (salarios, dietas, etc.). En este caso el catálogo no se considera cerrado, ya que las partes pueden usar una denominación diferente (complementos, pluses, bonus, etc.) sin variar la esencia de la contraprestación. Pero el apartado 2.º del artículo 17 recoge otros ingresos, que no siempre proceden directamente de una actividad por cuenta ajena, a los que la ley otorga el carácter de rentas del trabajo: en este caso el catálogo ha de considerarse cerrado pues la subsunción en él de prestaciones no mencionadas expresamente supondría una aplicación analógica o, al menos, extensiva de la norma.

La AN, no obstante, mantiene que la indemnización compensatoria es renta del trabajo para su perceptor y ha de tributar por ella. Ahora bien, el cónyuge pagador ya ha tributado por esta cantidad cuando la ha obtenido. Por una razón de justicia fiscal, para que no tribute por ella quien no la disfruta personalmente y para evitar un exceso de imposición (que tribute por esta cantidad el cónyuge pagador y también el cónyuge perceptor), la AN considera que el cónyuge pagador tiene derecho a deducir su importe de su base imponible del IRPF. Pero considero que esta aplicación de la norma constituye de nuevo una aplicación analógica, aún más clara que la anterior, pues las reducciones de la base imponible del IRPF sí son un catálogo cerrado (arts. 51 a 55, 61 bis y 84.2.3.º y 4.º). La AN, ante la falta de mención expresa entre ellas de la indemnización compensatoria, para considerarla deducible no tiene más remedio que dar por bueno el criterio del TEAC de equipararla a la pensión compensatoria. Ahora bien, si fueran realmente equivalentes podía haber empleado este argumento para calificar la indemnización como rendimiento de trabajo, dado que lo es expresamente la pensión compensatoria. Pero en ese caso la AN ha acudido a otros argumentos. Se da la paradoja de que el TEAC considera distintas la pensión y la indemnización a la hora de calificar la renta, mientras que las considera idénticas a los efectos de considerar su deducibilidad. Por otra parte, esta equiparación se fundamenta en una discutible concepción subjetivista de la indemnización, cuando en realidad aquí se discute sobre el objeto, no sobre los sujetos de las prestaciones, que son siempre los cónyuges.

En conclusión, a pesar del esfuerzo argumentativo de la AN, considero que no es adecuada la calificación de la indemnización compensatoria como renta del trabajo. Por consiguiente si no es renta del trabajo se habría de calificar como ganancia patrimonial, aunque solo sea por el carácter residual de esta categoría. Pero creo que hay aún más razones que se pueden aportar en favor de esta última calificación. Por un lado, aunque la causa de esta indemnización sea el trabajo en el hogar, en realidad no constituye una retribución por ese trabajo. Lo cual se confirma al examinar la forma de su determinación: en el caso de autos el cónyuge perceptor, que también ha trabajado fuera del hogar, recibe una indemnización de 1.100.000 euros tras 14 años de matrimonio, cantidad que obviamente nadie que se dedique al trabajo doméstico podría ahorrar en ese tiempo.

El cálculo no se realiza a partir de una cantidad de dinero por hora trabajada, sino en función del monto de rentas obtenidas por el otro cónyuge, por tanto constituye una participación en estas.

Pero el argumento más concluyente es que entiendo que la LIRPF califica expresamente a la indemnización compensatoria como ganancia patrimonial, si bien la excluye de tributación. En efecto el artículo 33.3 de la LIRPF, hasta el 31 de diciembre de 2014, establecía: «Se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial en los siguientes supuestos: (...) d) En la extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes, cuando por imposición legal o resolución judicial se produzcan compensaciones por causa distinta de la pensión compensatoria entre cónyuges. Las compensaciones a que se refiere esta letra d) no darán derecho a reducir la base imponible del pagador ni constituirá renta para el perceptor. El supuesto al que se refiere esta letra d) no podrá dar lugar, en ningún caso, a las actualizaciones de los valores de los bienes o derechos adjudicados». La doctrina ha interpretado este precepto en el sentido de que la indemnización compensatoria constituiría una ganancia patrimonial gravable, pero no lo es por quedar incluida en un supuesto de no sujeción. (Véase al respecto MIRALLES GONZÁLEZ, I.: «La compensación económica por razón de trabajo en el Libro segundo del Código Civil de Cataluña: algunas cuestiones civiles y fiscales». *Revista para el análisis del Derecho*, InDret, n.º 1/2012, pág. 15. También TOVILLAS, J. M.: «El tratamiento a efectos del IRPF de la compensación económica», en *Fiscalmania.es*, n.º 50/2013, y MARTÍNEZ IBÁÑEZ, M. J.: «La fiscalidad de la compensación por razón del trabajo para la casa», *Quincena fiscal*, n.º 10/2014). La expresión «no existe ganancia» empleada en dicho artículo no reconduce el hecho a otra categoría de renta, sino que establece que no se aprecia, no se sujeta, en ese momento. Esta interpretación queda confirmada porque el mismo precepto prohíbe la actualización del valor de los bienes, lo cual implica que se reconoce como ganancia pero se establece un diferimiento del impuesto, es decir, la plusvalía latente se gravará en un momento posterior.

A pesar de esta mención tan expresa en el artículo 33.3 d) de la LIRPF a las compensaciones en el régimen de separación, la AN no argumenta la exclusión de su aplicación a la indemnización compensatoria, dando por buena la postura del TEAC. Ciertamente han de concurrir una serie de requisitos para que se produzca el supuesto de no sujeción. En mi opinión todos ellos se cumplen en la indemnización compensatoria.

Por una parte, las compensaciones no sujetas han de ser las generadas por causa distinta de la pensión compensatoria. Pues bien, es realmente difícil imaginar una compensación, a la que resultara aplicable el precepto, que sea distinta de la indemnización compensatoria. Es decir, este apartado sería superfluo si no se aplicase a la indemnización compensatoria, pues a las compensaciones por división de bienes comunes –las otras factibles en el régimen de separación– se les aplica el artículo 33.2 a) o bien c) de la LIRPF.

Por otra, la indemnización ha de proceder por imposición legal o resolución judicial. Se alega al respecto que la indemnización compensatoria puede, sin embargo, acordarse por las partes. Pero en realidad cuando la acuerdan las partes lo hacen en cumplimiento de unos preceptos del Código Civil, no la establecen por su sola voluntad. La ley civil prevé el acuerdo entre las

partes, pero no en realidad en cuanto al nacimiento de la obligación, sino en cuanto a su cuantificación, por considerar que ese acuerdo es el medio más adecuado para llevarla a cabo; y si no se alcanzase así la cuantificación esta la realizará el juez. En todo caso el correspondiente convenio ha de ser ratificado por el juez, por lo que siempre se contendrá en una resolución judicial. La intervención judicial es además una garantía para que las partes no realicen una planificación fiscal ilegítima en la determinación del monto de las prestaciones: que no pacten bien una mayor indemnización o bien una mayor pensión compensatoria en función del gravamen fiscal respectivo.

En otro orden de cosas cabe preguntarse si la regla de no sujeción de la ganancia patrimonial se aplica al cónyuge que paga la indemnización (en relación con la plusvalía latente de los bienes que entrega), al cónyuge que la percibe o a ambos. Si se refiriese solo al primer caso podría aun considerarse que la cantidad percibida como indemnización por el otro cónyuge podría tener una naturaleza distinta. Pero se debe concluir que la regla se aplica a ambos cónyuges, pues la ley no distingue entre uno y otro caso. Además esta interpretación resulta hoy confirmada porque el artículo Primero.Veinte de la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, ha modificado el artículo 33.3 d) de la LIRPF, añadiendo que las compensaciones no sujetas pueden ser dinerarias o mediante la adjudicación de bienes. Según esta redacción está claro que, en caso de compensación dineraria, no puede experimentar ninguna ganancia patrimonial quien entrega una cantidad de dinero, pues ese dinero ya habrá tributado cuando lo obtuvo y no tiene en este caso ninguna plusvalía latente; por tanto, la única ganancia patrimonial a la que se puede referir el artículo es a la del cónyuge perceptor. Además entiendo que el añadido del inciso tiene una finalidad aclaratoria y no verdaderamente innovadora del ordenamiento.

Dos consideraciones finales. Primera: Es completamente lógico que la indemnización compensatoria cobrada sea renta no gravada, de la misma forma que no tiene que tributar por ello el cónyuge que disfrute, constante matrimonio, de las rentas obtenidas por el otro. Ni siquiera en el caso de que obtenga su titularidad civil, como sucede en el régimen de gananciales, pues la norma de individualización (art. 11 de la LIRPF) determina que tributa quien haya generado el derecho a su percepción; sin que a nadie se le haya ocurrido plantear, hasta ahora, que haya de tributar también el cónyuge que disfruta de las rentas, aunque las aproveche para su subsistencia. Como tampoco se plantea que hayan de tributar los hijos por recibir alimentos de los padres, aunque el artículo 7 k) de la LIRPF establezca que están exentas solo las anualidades por alimentos percibidas de los padres en virtud de decisión judicial y no las prestaciones que se perciban en caso de convivencia. La razón es que está asumido que el IRPF no grava las transferencias económicas que se producen espontáneamente en la vida de la familia nuclear; idea implícita en la ley pues no hay ningún precepto expreso de exención para estos casos. En lógica consecuencia tampoco debería tributar el cónyuge perceptor de la indemnización pues constituye una renta que se ha generado durante el matrimonio. Por ella ya ha tributado el cónyuge que paga la indemnización, quien en rigor no tendría derecho a deducirla de la base imponible, pues esta reducción no está contemplada en los correspondientes artículos de la LIRPF. Aunque se trate de situaciones diferentes este es el mismo régimen jurídico que se aplica en el momento de la disolución de la sociedad de gananciales: en este último caso aunque hayan de cambiarse algunas titularidades de bienes o realizarse transferencias de dinero no se generan rentas grava-

bles en el IRPF. Si bien en el régimen de gananciales esta decisión alcanza a la totalidad de las rentas obtenidas por los cónyuges y en el caso del régimen de separación solo en la medida de la colaboración prestada para su obtención.

Segunda: La interpretación que se propone no resulta contraria a la recaudación tributaria, pues el importe de la indemnización tributa en sede del pagador, posiblemente con tipo marginal superior al del perceptor, que es quien tiene que tributar en caso de seguirse el criterio de la AN. Pero en todo caso evita el resultado injusto de la doble imposición que se produce si ha de tributar el cónyuge perceptor y el pagador no pudiera reducir la totalidad de la indemnización de la base imponible, pues esta no puede resultar negativa como consecuencia de dicha reducción (art. 50.2 de la LIRPF).

Al analizar el tratamiento fiscal otorgado a esta indemnización compensatoria no se debe olvidar el resto de transferencias de bienes que se derivan de la crisis familiar, porque son varias las posibles en ese momento, y la norma fiscal ha de tenerlas todas en cuenta a efectos de realizar una regulación armónica, por razones de justicia. La situación de crisis familiar puede generar pensiones por alimentos a los hijos y varias transferencias entre los cónyuges. Dejamos ahora de lado las primeras, con tratamiento fiscal no discutido, para centrarnos en las segundas. En cuanto a las transferencias entre cónyuges cabe examinar la aplicación sobre ellas de los impuestos indirectos (ITP y AJD), pero también obviamos su análisis porque no es cuestión tratada en la sentencia que se comenta. Hemos de centrarnos particularmente en el tratamiento que reciben en el IRPF dichas transferencias. Estas difieren según el régimen económico matrimonial existente en cada caso. Si el régimen es de gananciales se debe disolver la sociedad ganancial, lo cual puede dar lugar a cambios en la titularidad de bienes, con una consecuencia pacíficamente admitida, por aplicación del artículo 33.2 b) de la LIRPF, de que no surgen rentas gravables en el IRPF. Pero el tratamiento fiscal adquiere perfiles diferentes en el caso del régimen de separación de bienes.

En la extinción del régimen de separación de bienes cabe identificar varias posibles adjudicaciones y transferencias que pueden darse entre los cónyuges:

- a) Cambios en titularidades por extinción de la mancomunidad de bienes que pueden haber sido adquiridos en común. El tratamiento de este caso en el ámbito del IRPF no plantea especial problema: la LIRPF –art. 33.2 a) y c)– no los somete a tributación al considerar que no hay realmente una transmisión, sino una especificación en determinados bienes de las cuotas de los que era titular anteriormente. Solución fiscal que no es específica del régimen matrimonial y se aplica a toda comunidad de bienes, con independencia de que los comuneros fueran cónyuges o no.
- b) Pensión compensatoria, a favor del cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, con empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio. Prevista en el artículo 97 del Código Civil y artículo 233-14 del Código Civil de Cataluña. Esta pensión puede pagarse periódicamente o ser sustituida por la entrega de una cantidad de dinero o bienes.
- c) Indemnización compensatoria, por realización de trabajo para la casa o para el otro cónyuge, que es el objeto específico de este comentario y cuyo régimen fiscal se analiza a continuación.

Conviene subrayar, en primer lugar, que indemnización compensatoria y pensión compensatoria son prestaciones totalmente distintas. Ambas están reguladas en preceptos civiles distintos –como arriba quedó especificado– y obedecen a causas diferentes: la pensión compensatoria al desequilibrio económico que se puede producir entre los cónyuges tras la separación o extinción del matrimonio; la indemnización compensatoria a la insuficiente o nula retribución otorgada durante el matrimonio al cónyuge que ha asumido en mayor medida el trabajo en el hogar.

La indemnización compensatoria constituye en realidad una participación en las rentas que el otro cónyuge ha obtenido durante el tiempo en que existió vínculo conyugal, de las que el cónyuge indemnizado no había obtenido titularidad civil, porque el régimen aplicable no era de gananciales. No se trata ahora de convertir el régimen de separación en una suerte de régimen de gananciales, sino de reconocer que el cónyuge que se dedicó al hogar colaboró en la obtención de al menos una parte de las rentas del otro. En caso de que hubiese continuado la convivencia matrimonial este cónyuge habría seguido disfrutando del patrimonio formado con ellas o de sus rendimientos. Pero con el cese de la convivencia desaparece el disfrute de esos bienes: esto es lo que se indemniza y se concreta en una cantidad de dinero. Se puede concluir que la indemnización se debe por un lucro cesante, mientras que la pensión compensatoria tiene su causa en un daño emergente. La distinción entre ambas se admite en la sentencia que se comenta, así como lo han hecho muchas resoluciones del TEAC, de los Tribunales (en particular el TSJ de Cataluña) y el Tribunal Supremo. Baste citar la Sentencia del Tribunal Supremo [Sala de lo Civil, rec. núm. 1428/2001 (NCJ043748)] de 8 de mayo de 2008.

Para determinar el régimen fiscal de una renta se debe examinar, en primer lugar, si la LIRPF la incluye en una clase concreta (del trabajo, capital, actividades económicas o ganancias patrimoniales). De no ser así la renta se califica como ganancia patrimonial, pues esta categoría tiene un carácter residual (art. 33.1 de la LIRPF). En la LIRPF no se encuentra la expresión «indemnización compensatoria» de modo literal. Sí se menciona la pensión compensatoria, que expresamente se califica como renta de trabajo para el perceptor [art. 17.2 f)] y como deducible de la base imponible para el pagador (art. 55). Pero, dada la diferencia entre ambas prestaciones, la aplicación a una de ellas del régimen fiscal de gravamen o beneficio regulado para la otra constituiría una analogía prohibida por el artículo 14 de la Ley General Tributaria (LGT). No obstante la SAN comentada califica a la indemnización compensatoria como renta del trabajo, no porque la equipare con la pensión compensatoria, sino en virtud de otros argumentos con los que me muestro en total desacuerdo, por lo que intento rebatirlos a continuación.

Por un lado, la AN advierte de que la indemnización tiene su origen en el trabajo personal, pues la norma civil establece que se origina por haber trabajado para la casa o para el otro cónyuge. De aquí deduce sin más la calificación como rendimiento del trabajo, sin considerar necesario que exista un contrato de trabajo para llegar a tal conclusión, pues la LIRPF usa la conjunción disyuntiva «o»: basta que la renta se derive bien del trabajo personal o bien de la relación laboral o estatutaria. Así, dice la SAN, la jurisprudencia ha calificado como rentas del trabajo otras muchas en las que no media un contrato laboral (albaceazgo, voluntariado, sacerdocio, etc.). No obstante, en mi opinión, con esta redacción la LIRPF simplemente excluye un criterio formalista de exigencia de contrato laboral en dichas situaciones, pero en todas ellas existe una nota de ajenidad o dependencia en la realización de la actividad, que es necesaria para la calificación como renta del trabajo. Nota de ajenidad que no se presenta en el caso de la indemnización compensatoria, pues el trabajo se desarrolla en y para el hogar propio. Por otra parte, en el caso de haber trabajado para el otro cónyuge sin contrato laboral, es conveniente advertir de que el artículo 3 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, establece que el cónyuge que colabore en la actividad será considerado autónomo, es

decir, tampoco existe ajenidad y en el IRPF sus ingresos serían más bien calificados como rentas de actividades económicas.

Además la SAN dice que la falta de mención expresa de la indemnización compensatoria en la enumeración de rendimientos del trabajo, contenida en el artículo 17 de la LIRPF, no impide su calificación como tal, pues no es este un catálogo cerrado. Afirmación que no comparto totalmente, pues dicho artículo contiene dos apartados. El primero recoge distintas denominaciones que pueden darse a las contraprestaciones por una actividad por cuenta ajena (salarios, dietas, etc.). En este caso el catálogo no se considera cerrado, ya que las partes pueden usar una denominación diferente (complementos, pluses, bonus, etc.) sin variar la esencia de la contraprestación. Pero el apartado 2.º del artículo 17 recoge otros ingresos, que no siempre proceden directamente de una actividad por cuenta ajena, a los que la ley otorga el carácter de rentas del trabajo: en este caso el catálogo ha de considerarse cerrado pues la subsunción en él de prestaciones no mencionadas expresamente supondría una aplicación analógica o, al menos, extensiva de la norma.

La AN, no obstante, mantiene que la indemnización compensatoria es renta del trabajo para su perceptor y ha de tributar por ella. Ahora bien, el cónyuge pagador ya ha tributado por esta cantidad cuando la ha obtenido. Por una razón de justicia fiscal, para que no tribute por ella quien no la disfruta personalmente y para evitar un exceso de imposición (que tribute por esta cantidad el cónyuge pagador y también el cónyuge perceptor), la AN considera que el cónyuge pagador tiene derecho a deducir su importe de su base imponible del IRPF. Pero considero que esta aplicación de la norma constituye de nuevo una aplicación analógica, aún más clara que la anterior, pues las reducciones de la base imponible del IRPF sí son un catálogo cerrado (arts. 51 a 55, 61 bis y 84.2.3.º y 4.º). La AN, ante la falta de mención expresa entre ellas de la indemnización compensatoria, para considerarla deducible no tiene más remedio que dar por bueno el criterio del TEAC de equipararla a la pensión compensatoria. Ahora bien, si fueran realmente equivalentes podía haber empleado este argumento para calificar la indemnización como rendimiento de trabajo, dado que lo es expresamente la pensión compensatoria. Pero en ese caso la AN ha acudido a otros argumentos. Se da la paradoja de que el TEAC considera distintas la pensión y la indemnización a la hora de calificar la renta, mientras que las considera idénticas a los efectos de considerar su deducibilidad. Por otra parte, esta equiparación se fundamenta en una discutible concepción subjetivista de la indemnización, cuando en realidad aquí se discute sobre el objeto, no sobre los sujetos de las prestaciones, que son siempre los cónyuges.

En conclusión, a pesar del esfuerzo argumentativo de la AN, considero que no es adecuada la calificación de la indemnización compensatoria como renta del trabajo. Por consiguiente si no es renta del trabajo se habría de calificar como ganancia patrimonial, aunque solo sea por el carácter residual de esta categoría. Pero creo que hay aún más razones que se pueden aportar en favor de esta última calificación. Por un lado, aunque la causa de esta indemnización sea el trabajo en el hogar, en realidad no constituye una retribución por ese trabajo. Lo cual se confirma al examinar la forma de su determinación: en el caso de autos el cónyuge perceptor, que también ha trabajado fuera del hogar, recibe una indemnización de 1.100.000 euros tras 14 años de matrimonio, cantidad que obviamente nadie que se dedique al trabajo doméstico podría ahorrar en ese tiempo.

El cálculo no se realiza a partir de una cantidad de dinero por hora trabajada, sino en función del monto de rentas obtenidas por el otro cónyuge, por tanto constituye una participación en estas.

Pero el argumento más concluyente es que entiendo que la LIRPF califica expresamente a la indemnización compensatoria como ganancia patrimonial, si bien la excluye de tributación. En efecto el artículo 33.3 de la LIRPF, hasta el 31 de diciembre de 2014, establecía: «Se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial en los siguientes supuestos: (...) d) En la extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes, cuando por imposición legal o resolución judicial se produzcan compensaciones por causa distinta de la pensión compensatoria entre cónyuges. Las compensaciones a que se refiere esta letra d) no darán derecho a reducir la base imponible del pagador ni constituirá renta para el perceptor. El supuesto al que se refiere esta letra d) no podrá dar lugar, en ningún caso, a las actualizaciones de los valores de los bienes o derechos adjudicados». La doctrina ha interpretado este precepto en el sentido de que la indemnización compensatoria constituiría una ganancia patrimonial gravable, pero no lo es por quedar incluida en un supuesto de no sujeción. (Véase al respecto MIRALLES GONZÁLEZ, I.: «La compensación económica por razón de trabajo en el Libro segundo del Código Civil de Cataluña: algunas cuestiones civiles y fiscales». *Revista para el análisis del Derecho*, InDret, n.º 1/2012, pág. 15. También TOVILLAS, J. M.: «El tratamiento a efectos del IRPF de la compensación económica», en *Fiscalmania.es*, n.º 50/2013, y MARTÍNEZ IBÁÑEZ, M. J.: «La fiscalidad de la compensación por razón del trabajo para la casa», *Quincena fiscal*, n.º 10/2014). La expresión «no existe ganancia» empleada en dicho artículo no reconduce el hecho a otra categoría de renta, sino que establece que no se aprecia, no se sujeta, en ese momento. Esta interpretación queda confirmada porque el mismo precepto prohíbe la actualización del valor de los bienes, lo cual implica que se reconoce como ganancia pero se establece un diferimiento del impuesto, es decir, la plusvalía latente se gravará en un momento posterior.

A pesar de esta mención tan expresa en el artículo 33.3 d) de la LIRPF a las compensaciones en el régimen de separación, la AN no argumenta la exclusión de su aplicación a la indemnización compensatoria, dando por buena la postura del TEAC. Ciertamente han de concurrir una serie de requisitos para que se produzca el supuesto de no sujeción. En mi opinión todos ellos se cumplen en la indemnización compensatoria.

Por una parte, las compensaciones no sujetas han de ser las generadas por causa distinta de la pensión compensatoria. Pues bien, es realmente difícil imaginar una compensación, a la que resultara aplicable el precepto, que sea distinta de la indemnización compensatoria. Es decir, este apartado sería superfluo si no se aplicase a la indemnización compensatoria, pues a las compensaciones por división de bienes comunes –las otras factibles en el régimen de separación– se les aplica el artículo 33.2 a) o bien c) de la LIRPF.

Por otra, la indemnización ha de proceder por imposición legal o resolución judicial. Se alega al respecto que la indemnización compensatoria puede, sin embargo, acordarse por las partes. Pero en realidad cuando la acuerdan las partes lo hacen en cumplimiento de unos preceptos del Código Civil, no la establecen por su sola voluntad. La ley civil prevé el acuerdo entre las

partes, pero no en realidad en cuanto al nacimiento de la obligación, sino en cuanto a su cuantificación, por considerar que ese acuerdo es el medio más adecuado para llevarla a cabo; y si no se alcanzase así la cuantificación esta la realizará el juez. En todo caso el correspondiente convenio ha de ser ratificado por el juez, por lo que siempre se contendrá en una resolución judicial. La intervención judicial es además una garantía para que las partes no realicen una planificación fiscal ilegítima en la determinación del monto de las prestaciones: que no pacten bien una mayor indemnización o bien una mayor pensión compensatoria en función del gravamen fiscal respectivo.

En otro orden de cosas cabe preguntarse si la regla de no sujeción de la ganancia patrimonial se aplica al cónyuge que paga la indemnización (en relación con la plusvalía latente de los bienes que entrega), al cónyuge que la percibe o a ambos. Si se refiriese solo al primer caso podría aun considerarse que la cantidad percibida como indemnización por el otro cónyuge podría tener una naturaleza distinta. Pero se debe concluir que la regla se aplica a ambos cónyuges, pues la ley no distingue entre uno y otro caso. Además esta interpretación resulta hoy confirmada porque el artículo Primero.Veinte de la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, ha modificado el artículo 33.3 d) de la LIRPF, añadiendo que las compensaciones no sujetas pueden ser dinerarias o mediante la adjudicación de bienes. Según esta redacción está claro que, en caso de compensación dineraria, no puede experimentar ninguna ganancia patrimonial quien entrega una cantidad de dinero, pues ese dinero ya habrá tributado cuando lo obtuvo y no tiene en este caso ninguna plusvalía latente; por tanto, la única ganancia patrimonial a la que se puede referir el artículo es a la del cónyuge perceptor. Además entiendo que el añadido del inciso tiene una finalidad aclaratoria y no verdaderamente innovadora del ordenamiento.

Dos consideraciones finales. Primera: Es completamente lógico que la indemnización compensatoria cobrada sea renta no gravada, de la misma forma que no tiene que tributar por ello el cónyuge que disfrute, constante matrimonio, de las rentas obtenidas por el otro. Ni siquiera en el caso de que obtenga su titularidad civil, como sucede en el régimen de gananciales, pues la norma de individualización (art. 11 de la LIRPF) determina que tributa quien haya generado el derecho a su percepción; sin que a nadie se le haya ocurrido plantear, hasta ahora, que haya de tributar también el cónyuge que disfruta de las rentas, aunque las aproveche para su subsistencia. Como tampoco se plantea que hayan de tributar los hijos por recibir alimentos de los padres, aunque el artículo 7 k) de la LIRPF establezca que están exentas solo las anualidades por alimentos percibidas de los padres en virtud de decisión judicial y no las prestaciones que se perciban en caso de convivencia. La razón es que está asumido que el IRPF no grava las transferencias económicas que se producen espontáneamente en la vida de la familia nuclear; idea implícita en la ley pues no hay ningún precepto expreso de exención para estos casos. En lógica consecuencia tampoco debería tributar el cónyuge perceptor de la indemnización pues constituye una renta que se ha generado durante el matrimonio. Por ella ya ha tributado el cónyuge que paga la indemnización, quien en rigor no tendría derecho a deducirla de la base imponible, pues esta reducción no está contemplada en los correspondientes artículos de la LIRPF. Aunque se trate de situaciones diferentes este es el mismo régimen jurídico que se aplica en el momento de la disolución de la sociedad de gananciales: en este último caso aunque hayan de cambiarse algunas titularidades de bienes o realizarse transferencias de dinero no se generan rentas grava-

bles en el IRPF. Si bien en el régimen de gananciales esta decisión alcanza a la totalidad de las rentas obtenidas por los cónyuges y en el caso del régimen de separación solo en la medida de la colaboración prestada para su obtención.

Segunda: La interpretación que se propone no resulta contraria a la recaudación tributaria, pues el importe de la indemnización tributa en sede del pagador, posiblemente con tipo marginal superior al del perceptor, que es quien tiene que tributar en caso de seguirse el criterio de la AN. Pero en todo caso evita el resultado injusto de la doble imposición que se produce si ha de tributar el cónyuge perceptor y el pagador no pudiera reducir la totalidad de la indemnización de la base imponible, pues esta no puede resultar negativa como consecuencia de dicha reducción (art. 50.2 de la LIRPF).