

# EFFECTOS TRIBUTARIOS DE LA DACIÓN EN PAGO

**M.<sup>a</sup> CONSUELO FUSTER ASENCIO**

*Universidad de Valencia*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Gabriel CASADO OLLERO, don José Manuel CALDERÓN CARRERO, don Diego MARÍN BARNUEVO FABO, don Juan Manuel MORAL CALVO y don Eduardo RAMÍREZ MEDINA.

## **Extracto:**

LA actual situación económica de nuestro país ha colocado en primera línea la dación en pago de créditos, principalmente préstamos hipotecarios. Con ella, el deudor salda su deuda (efectos solutorios). Sin embargo, lo que no tiene que pagar por un lado, puede que lo tenga que pagar vía impuestos que gravan la operación y por las regularizaciones de aquellas ventajas fiscales condicionadas al mantenimiento en su patrimonio del elemento dado en pago.

Lo anterior complica más las economías domésticas en situación de desempleo. A la falta de ingresos y a la pérdida de la vivienda se suma una deuda con el Fisco por una ganancia patrimonial por la que no se ha percibido ningún ingreso.

Sucede lo mismo con las empresas, que ante la falta de liquidez, y antes de acudir al concurso, se ven abocadas a acudir a la dación en pago, derivándose de la misma una deuda tributaria por unos ingresos que no han percibido. Sin que puedan beneficiarse de la deducción por reinversión en beneficios extraordinarios, dados sus problemas de liquidez.

La regulación de esta figura debería tomar en consideración los tributos implicados, dato nada despreciable, y otros elementos colaterales, para no convertir en más gravosa una operación que ya de por sí lo es.

**Palabras clave:** dación en pago, préstamo hipotecario y deudas tributarias.

# TAX EFFECTS OF THE PAYMENT IN KIND

**M.<sup>a</sup> CONSUELO FUSTER ASENCIO**

*Universidad de Valencia*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Gabriel CASADO OLLERO, don José Manuel CALDERÓN CARRERO, don Diego MARÍN BARNUEVO FABO, don Juan Manuel MORAL CALVO y don Eduardo RAMÍREZ MEDINA.

## **Abstract:**

**T**HE current economic situation our country has placed in front of foreclosed loans, especially mortgages. With it, the debtor pays off your debt (solutorios effects). However, you do not have to pay on the one hand, it may be required to pay taxes via the operation and adjustments for those tax benefits conditional on the maintenance of the heritage item given in payment.

This complicates the households are unemployed. A lack of income and loss of housing adds a debt to the Treasury for a capital gain for which has not received any income.

The same applies to companies that in the absence of liquidity, and before going to the competition, are forced to go to the payment in kind, derived from it an income tax debt for which they have not earned. Not eligible for the deduction for reinvestment in extra profits, given their liquidity problems.

The regulation of this figure should take into account the taxes involved, negligible data, and other collateral, not more burdensome become an operation that already is.

**Keywords:** in payment, loan and tax debts.

# Sumario

1. Introducción.
  - 1.A. Concepto.
  - 1.B. Dación en pago y cesión para pago.
  - 1.C. Reglas aplicables.
2. Situación actual.
  - 2.A. Dación en pago/cancelaciones hipotecarias.
  - 2.B. Consecuencias de la actual regulación hipotecaria en nuestro país.
  - 2.C. Debate social.
3. Incidencia de los distintos tributos.
  - 3.A. Esquema general.
  - 3.B. Variaciones patrimoniales.
  - 3.C. Impuesto sobre el Valor Añadido.
  - 3.D. Base imponible en el IVA.
  - 3.E. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
  - 3.F. Impuesto sobre el Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana.
4. Posibles incumplimientos de requisitos de mantenimiento.
  - 4.A. Deducción por adquisición de vivienda habitual.
  - 4.B. Exención por reinversión.
  - 4.C. Deducción por reinversión de beneficios extraordinarios.
  - 4.D. Deducción para evitar la doble imposición interna: dividendos y plusvalías de fuente interna.
  - 4.E. Regularización de deducciones en bienes de inversión.
  - 4.F. Exención por promoción de viviendas de protección oficial.
5. Consideraciones finales.

## 1. INTRODUCCIÓN

### 1.A. Concepto

En el panorama actual, caracterizado por una crisis económica de las peores que se recuerdan en la historia, adquiere especial relevancia una figura jurídica, enormemente útil, a la que deudores y acreedores pueden acudir para extinguir deudas pendientes, la dación en pago <sup>1</sup>.

La falta de capacidad económica de muchas empresas para saldar sus deudas conduce, en ocasiones, a que la propia empresa solicite la declaración judicial en concurso por insolvencia, pasando los acreedores a formar parte de la masa pasiva del concurso con la incertidumbre que ello conlleva en cuanto al cobro del crédito. La misma incertidumbre que está presente cuando se reclama judicialmente un crédito. La dación en pago se revela como una alternativa eficaz, rápida y viable que puede beneficiar a acreedores y deudores. Los acreedores que verán saldados sus créditos y los deudores que al modificar la forma de pago evitarán que la insolvencia les lleve al concurso. Y lo mismo cabe decir desde la perspectiva del deudor persona física en situación de falta de liquidez, que cancela la deuda mediante la entrega de elementos de su patrimonio, normalmente su vivienda.

Sin embargo, la opción por esta figura impone tomar en consideración, también, los costes e impuestos que al deudor le va a suponer la realización de la citada operación. La tributación de esta operación no es un dato despreciable, en absoluto.

La dación en pago no está directamente regulada por el Código Civil (CC). No aparece contemplada expresamente en el artículo 1.156 del CC entre los medios de extinción de las obligaciones. Existen alusiones a esta figura en el artículo 1.521 del CC en relación con el retracto legal, en el artículo 1.536 del CC en relación con la transmisión de créditos litigiosos y en el artículo 1.636 del CC al referirse al censo enfiteútico. Se admite en nuestro ordenamiento jurídico como consecuencia de la interpretación en contrario del artículo 1.166 del CC. Aparece configurada dentro de los «subrogados del cumplimiento».

Su régimen es, dada su falta de regulación legal, de construcción jurisprudencial y convencional.

<sup>1</sup> *Vid.*, para un estudio sobre la figura, BELINCHÓN ROMO, M.ª R.: «Nociones generales sobre la dación en pago», *Rev. del CES Felipe II, UCM*, n.º 7, 2007.

Conforme al **Tribunal Supremo (TS) en Sentencia de 27 de febrero de 1993**, la dación en pago «Supone un acto en virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad a fin de que el acreedor receptor los aplique al pago de su crédito». En un pronunciamiento anterior, **STS de 8 de febrero de 1996** declaraba que era «Un acto por virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor a fin de que este aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, actuando este crédito con igual función que el precio de la compraventa». Y, en una más reciente, **STS de 30 de noviembre de 2000**, lo define como «Aquel contrato en virtud del cual para satisfacer un débito por parte de persona determinada se entrega un bien concreto con finalidad solutoria, compensatoria y extintiva de esa obligación de pago».

### 1.B. Dación en pago y cesión para pago

La dación en pago es un negocio *pro soluto*, con plenos efectos liberatorios para el deudor. Esta es la principal característica de esta figura y la que la diferencia de la cesión para pago o *cesio pro solvendo* contemplada en el artículo 1.175 del CC. La dación en pago es un acuerdo entre acreedor y deudor, al amparo de la autonomía de la voluntad, mediante el cual el primero acepta una prestación diferente a la originariamente pactada, extinguiéndose la obligación como si se tratara del *idem corpus* (los italianos denominan esta figura como *prestazione in luogo dell'adempimento*, «prestación en lugar del cumplimiento», que es bastante ilustrativa). El *aliud pro alio* transmitirá al acreedor la propiedad de la cosa quedando extinta la obligación.

La cesión de bienes es un negocio *pro solvendo* sin efectos liberatorios o extintivos hasta que se enajenen y liquiden los bienes y su importe se aplique al pago de la deuda con los acreedores de modo total o parcial, produciendo, en consecuencia, la extinción total o parcial. Lo que se transmite al acreedor es la posesión de determinados bienes para que con su enajenación se cobre la deuda pendiente o parte de la misma, ya que, conforme establece el artículo 1.175 del CC, salvo pacto en contrario, solo libera al deudor de su responsabilidad por el importe de los bienes cedidos. Como ha indicado la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 3 de septiembre de 2008, en el recurso interpuesto por... contra la nota de calificación del registrador de la propiedad n.º 6, de Madrid, por la que se acuerda la denegación de una escritura de protocolización de cuaderno particional, la cesión para pago se trata de una adjudicación «vacía», meramente formal, pues permite poseer el bien sin que el acreedor lo integre en su patrimonio.

La eficacia extintiva de ambas operaciones difiere temporalmente, mientras que en la dación en pago la eficacia es inmediata, en la cesión para pago es diferida, al momento en que se produzca la enajenación de los bienes y el importe obtenido se aplique a cancelar la deuda, y en la medida del importe líquido de los bienes, de modo que si el importe obtenido por la enajenación supera el importe de la deuda se procederá a la devolución del exceso al deudor y persistirá la responsabilidad respecto de la deuda pendiente, en caso contrario.

Como señala la **STS de 3 de enero de 1977**, «La *datio pro solvendo* no entraña una atribución de propiedad de los bienes que se ceden sino su simple posesión, unida a un mandato con poder irre-

vocable para realizar las ventas pertinentes y cobrarse con su producto, restituyendo el remanente al deudor que solo queda liberado "por el importe líquido de los bienes cedidos".

Conforme al artículo 1.175 del CC la adjudicación para el pago de deudas se configura como un negocio jurídico por virtud del cual el deudor propietario transmite a un tercero, que en realidad actúa por encargo, la posesión de sus bienes y la facultad de proceder a su realización, con mayor o menor amplitud de facultades, pero con la obligación de aplicar el importe obtenido en la enajenación de aquellos al pago de las deudas contraídas por el cedente, sin extinción del crédito en su totalidad, pues que, salvo pacto en contrario, el deudor sigue siéndolo del adjudicatario en la parte del crédito a que no hubiese alcanzado el importe líquido del bien o bienes cedidos en la adjudicación toda vez que esta solo libra de responsabilidad a tal deudor por el importe líquido de los bienes cedidos, como expresamente previene el meritado artículo 1.175 del CC, no generando en consecuencia el alcance de efectiva compraventa, que es atribuible por el contrario a la adjudicación en pago de deudas o *datio pro soluto*.

«La *datio pro soluto*, significativa de adjudicación del pago de las deudas, si bien no tiene una específica definición en el derecho sustantivo civil, aunque sí en el ámbito fiscal, se trata de un acto por virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que este aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular»<sup>2</sup>.

### 1.C. Reglas aplicables

Como antes indicábamos, su construcción es de carácter jurisprudencial y ha sido, pues, la jurisprudencia la que ha establecido las reglas específicas que le son de aplicación:

La **STS de 13 de febrero de 1989** establece que la *datio pro soluto* «No tiene una específica definición en el derecho sustantivo civil. Esta carencia de reglas específicas determina que su regulación ha de acomodarse analógicamente por las normas de la compraventa, adquiriendo el crédito que con tal cesión se extingue, como viene dicho, la categoría del precio del bien o bienes que se entreguen en adjudicación en pago de deuda»<sup>3</sup>.

Y continúa:

«La *datio pro solvendo*, reveladora de adjudicación para el pago de deudas que tiene específica regulación en el artículo 1.175 del Código Civil, se configura como un negocio jurídico por virtud del cual el deudor propietario transmite a un tercero, que en realidad actúa por encargo, la posesión de sus bienes y la facultad de proceder a su realización, con mayor o menor amplitud de facultades, pero con

<sup>2</sup> Otros pronunciamientos en el mismo sentido: SSTS de 19 de octubre de 1992, 14 de septiembre de 1987, 4 de octubre de 1989, 15 de diciembre de 1989, 29 de abril de 1991 y 13 de febrero de 1989.

<sup>3</sup> También, la STS de 7 de diciembre de 1985, que señala que bien se catalogue el negocio jurídico como venta, bien se configure como novación o como acto complejo, su regulación ha de acomodarse analógicamente por las normas de la compraventa, al carecer de reglas específicas, adquiriendo el crédito que con tal cesión se extingue la categoría del precio del bien que se entregue en adjudicación en pago de deudas. Y, más recientemente, la STS de 1 de octubre de 2009 establece las diferencias entre *datio pro soluto* y *datio pro solvendo*, así como la aplicación analógica de las normas de la compraventa a la primera.

la obligación de aplicar el importe obtenido en la enajenación de aquellos al pago de las deudas contraídas por el cedente, sin extinción del crédito en su totalidad, pues que, salvo pacto en contrario, el deudor sigue siéndolo del adjudicatario en la parte del crédito a que no hubiese alcanzado el importe líquido del bien o bienes cedidos en adquisición toda vez que esta solo libera de responsabilidad a tal deudor por el importe líquido de los bienes cedidos, como expresamente previene el meritado artículo 1.175 del Código Civil, no generando en consecuencia el alcance de efectiva compraventa, que es atribuible por el contrario a la adjudicación en pago de deudas o *datio pro soluto*».

Ya el TS en Sentencia de 9 de diciembre de 1943, citando a la Sentencia de 9 de enero de 1915, atribuía a la dación en pago la categoría de contrato de compraventa, de forma que el crédito pendiente adquiere la condición de precio del bien que se entrega.

Por su parte, el **Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) en Resolución de 27 de septiembre de 2002**, con relación a una entidad que se hallaba en situación de suspensión de pagos, declaraba:

«En la "dación en pago" el deudor transmite, desde ya, la propiedad plena de su patrimonio al conjunto de acreedores con finalidad solutoria del crédito, de forma que la Comisión de acreedores representa exclusivamente a estos, verdaderos propietarios de los bienes cedidos, actuando como mandataria de los acreedores y no del deudor. Frente a ello, en la "dación para pago" se transmite la posesión de los bienes junto con un deber de apoderamiento irrevocable o cesión de facultades encaminado a la realización del patrimonio a fin de satisfacer los créditos con su producto o importe, correspondiendo al deudor el eventual remanente. En este caso, la Comisión Liquidadora actúa en representación del deudor, conforme a lo acordado en el Convenio, y en las ventas, actúa la Comisión como si fuera el deudor el que vendiera, mediante un relación encuadrable dentro de los límites del mandato. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en diversas Sentencias, entre ellas las de 14 de julio y 28 de junio de 1997, señalando en esta última que "ha de recordarse la reiterada doctrina de esta Sala sobre las características diferenciadoras entre la *datio pro soluto* y la *datio pro solvendo*, recogida, entre otras, en Sentencias de 14 de septiembre de 1987, 4 y 15 de diciembre de 1989, 29 de abril de 1991 y 19 de octubre de 1992, ampliamente expuesta en la de 13 de febrero de 1989 al decir que "la *datio pro soluto*, significación de adjudicación del pago de las deudas, si bien no tiene una específica definición en el derecho sustantivo civil, aunque sí en el ámbito fiscal, se trata de un acto en virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que este aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa, dado que, según tiene declarado esta Sala en Sentencia de 7 de diciembre de 1983, bien se catalogue el negocio jurídico que implica como venta, ya se configure como novación o como acto complejo, *su regulación ha de acomodarse analógicamente por las normas de la compraventa, al carecer de reglas específicas, adquiriendo el crédito que con tal cesión se extingue, como viene dicho, la categoría de precio del bien o bienes que se entreguen en adjudicación en pago de deudas, ...*"».

Con relación a la *datio pro solvendo* reproduce la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo en cuanto a la transmisión de la posesión con el encargo de aplicar el importe obtenido en su realización al pago de las deudas, sin extinción del crédito en su totalidad, «no generando en consecuencia el alcance de efectiva compraventa, que es atribuible por el contrario a la adjudicación en pago de deudas o *datio pro soluto*...».

En **Resolución de 25 de febrero de 2006, el TEAC** afirmaba que «Una vez sentando lo anterior, la segunda conclusión que podemos extraer de la jurisprudencia analizada es que las operaciones de dación en pago de deudas deben acomodar su regulación al régimen jurídico de la compraventa, al carecer de reglas específicas».

Por tanto, para el TEAC también en el ámbito tributario son de aplicación a la «dación en pago» las normas de la compraventa.

De todo lo anterior, se puede concluir que los elementos que caracterizan la dación en pago son:

1. Consentimiento del acreedor: bilateralidad.
2. Prestación distinta a la inicialmente convenida: onerosidad.
3. Extinción inmediata de la obligación: *causa solvendi*.

## 2. SITUACIÓN ACTUAL

### 2.A. Dación en pago/cancelaciones hipotecarias

Actualmente, dada la morosidad e insolvencia en las relaciones empresariales y particulares, la dación en pago se revela como una práctica habitual. La crisis económica actual ofrece contadas opciones para el cobro de créditos. Los acreedores o instan procedimiento judicial o aplican otras alternativas entre las que destaca en los últimos tiempos la dación en pago.

Una situación que se repite en este escenario de crisis es el constante incremento de la morosidad en el pago de las hipotecas. Ante esta situación, las entidades financieras o bien ejecutan judicialmente el bien inmueble (subasta y expulsión), o admiten la dación del inmueble en pago del crédito, de carácter señaladamente graciable por parte de las entidades financieras que ven peligrar el cobro de su crédito. La aplicación de esta figura exige la existencia de un acuerdo entre acreedor (entidad financiera) y deudor, cuyo fundamento jurídico se encuentra en el artículo 1.166 p.1 del CC que establece que «el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente aun cuando fuere de igual o mayor valor que la cosa debida». La entidad financiera es, pues, libre para aceptar o rechazar una proposición de dación en pago. La aceptación requiere de la realización de una nueva tasación de la vivienda por un experto independiente ajeno a la entidad financiera y un estudio que recoja la situación de pagos, amortizaciones, etc., en la que se encuentre la hipoteca. Aportándose documentación suficiente que acredite estar al corriente de los pagos referentes al consumo de energía –luz, gas y agua–, de la comunidad de propietarios y del Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

El deudor transmitirá la vivienda de su propiedad a la entidad financiera para que esta la aplique al pago de su crédito, cancelando totalmente la hipoteca (efectos solutorios).



- Para la entidad financiera, la dación en pago del inmueble hipotecado ha sido una solución bastante ventajosa, puesto que no tiene que acudir a los Juzgados a solicitar el procedimiento de ejecución, lo que ya le supone un ahorro en términos económicos y temporales, obtiene el inmueble con mayor celeridad y quizás en mejores condiciones de lo que lo estaría después del lanzamiento judicial y evita provisionar la deuda fallida.

Hasta ahora muchos deudores han podido beneficiarse de esta solución, pero actualmente su adopción va a ser más complicada debido al endurecimiento de las normas del Banco de España sobre su provisionamiento. Desde el 30 de septiembre de 2010, fecha de entrada en vigor de la Circular 3/2010, de 29 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito, de modificación de la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros, existe la obligación por parte de las entidades financieras de provisionar con el 30 por 100 los inmuebles adjudicados en pago de deudas que lleven en balance más de dos años y con el 20 por 100 aquellos que lleven más de un año. El Banco de España ya adelantó en el mes de febrero de 2010 que contemplaba elevar las provisiones al 30 por 100 para los activos inmobiliarios. Mantiene que la antigüedad de los inmuebles en el balance es un «inequívoco» indicio de deterioro y que «en ningún caso la entidad retrasará el reconocimiento de este deterioro». Y añade que las coberturas para los activos que permanezcan en balance más de 24 meses podrán sustituirse por las que se pongan de manifiesto mediante una tasación relativa al momento a que se refieren los estados financieros. En ningún caso, el importe de cobertura será inferior al estimado para los activos que permanezcan en balance más de 12 meses.

Declara también que «Salvo en muy raras circunstancias y con clara evidencia, la recepción de activos en pago de deudas no dará lugar al reconocimiento de ganancias ni, en su caso, a la liberación de coberturas de los activos financieros aplicados, cuando previamente estos hubiesen sido calificados como *activos dudosos*».

La nueva normativa señala que el valor por el que deben ser reconocidos los activos recibidos en dación en pago «será el menor importe entre el valor contable de los activos inmobiliarios aplicados, es decir, su coste amortizado y el valor de tasación de mercado del activo recibido en su estado actual, menos los costes estimados de venta, que en ningún caso serán inferiores al 10 por 100 del valor de tasación en estado actual».

- La dación también está siendo beneficiosa para la Hacienda Pública, quien en un breve lapso de tiempo percibe ingresos derivados del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD) cuando se compra con la hipoteca, cuando se entrega el inmueble en pago de esa hipoteca y cuando la entidad financiera pone de nuevo ese inmueble en el mercado (las comunidades autónomas han ido elevando el tipo desde el 6,5% hasta situarlo por encima de 9% en una transmisión con hipoteca).

En las daciones se produce la sujeción al Impuesto sobre Transmisiones al producirse la dación al acreedor y cuando el acreedor vende el inmueble. Por contra, las ejecuciones solo tributan una vez y lo hacen con base en el valor de adjudicación. Los tipos de las ejecuciones se aplican a bases inferiores. Además, se benefician del remate «a calidad de ceder», mediante el cual el adjudicatario dispone de un plazo para «hacer el pase» a un comprador final pagando el impuesto una sola vez.

- El deudor acude a la dación en pago como última alternativa, ante un mercado paralizado y con las vías de financiación cerradas para potenciales compradores. Consciente de que el valor de su vivienda es bastante inferior a lo que él pago en su adquisición, se encuentra con unas normas fiscales que calculan el valor de transmisión de la vivienda en función del importe total de la deuda cancelada, importe que se ve incrementado por el devengo de unos elevados intereses de demora y por la acumulación de costas. De lo anterior, resulta que el valor del inmueble no solo es superior al valor de mercado, sino que va aumentando día tras día. De ahí la conveniencia de la celeridad a la hora de realizar la operación, rapidez que depende del acreedor. Con todo, la dación evita la posible infravaloración del inmueble en una subasta y la existencia de un crédito vivo.

Con lo que su situación es bastante precaria; no puede pagar la hipoteca, posiblemente no esté en condiciones de pagar la deuda tributaria, con lo que se encontrará de nuevo en una situación de morosidad, solo que ahora su acreedor será la Hacienda Pública, de lo que no podrá adquirir bienes ni obtener financiación hasta que se ponga al día en sus obligaciones tributarias.

Así, los que venden y obtienen ganancias reales por la venta de la vivienda habitual, si reinvierten el importe obtenido no tributan por la ganancia obtenida, mientras que los que se ven obligados a dar en pago su vivienda por no poder hacer frente a las cuotas han de pagar por las ganancias que obtengan.

## 2.B. Consecuencias de la actual regulación hipotecaria en nuestro país

La dación en pago de la vivienda habitual para cancelar la hipoteca puede que no sea la más deseable ni para la entidad financiera, cuya actividad no consiste en adquirir inmuebles, ni para el deudor que se queda sin vivienda. Aunque, con esto, la entidad financiera se libra de tener que acudir a un procedimiento judicial de ejecución hipotecaria cuya inversión en esfuerzo y tiempo es mayor; y, por otro lado, el deudor ve saldado su crédito.

Sin embargo, la realidad estaba demostrando que el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria aportaba una mayor rentabilidad para la entidad puesto que se estaba adjudicando el inmueble en subasta judicial al 50 por 100 del valor de la subasta y lo estaba revendiendo después a un precio mayor, manteniendo vivo el crédito pendiente. En el panorama español uno de los aspectos diferenciales respecto de los países de nuestro entorno es el que se produce al subastar las viviendas de quienes no pueden hacer frente al pago de las cuotas. Si la subasta quedaba desierta (supuesto frecuente dado el escenario de crisis) la entidad financiera titular de la hipoteca tenía derecho a quedarse el inmueble desde el 50 por 100 del valor de su tasación original. Ninguna entidad financiera pagaba más del mínimo exigido. En consecuencia, era esta cifra, y no el valor actual del inmueble en el mercado, la que se descontaba de la deuda del deudor antes de seguir reclamándole nuevos pagos.

El Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, ha elevado el valor mínimo por el que los bancos pueden adjudicarse los inmuebles subastados del 50 al 60 por 100 del valor de tasación actualizado. Asimismo, ha bajado del 30 al 20 por 100 el depósito previo necesario para participar en una subasta, con el objetivo claro de facilitar el acceso a un mayor número de potenciales compradores. Y ha

eliminado la posibilidad de que en determinados casos el acreedor pudiera adjudicarse el bien, incluso por debajo de esos límites.

Desde el Colegio de Registradores de la Propiedad recuerdan, además, que el banco puede vender los inmuebles más tarde a un precio superior, incluso superando el total del crédito pendiente, y aun así, seguir exigiendo la deuda al ejecutado.

Una nueva tasación del precio de mercado del inmueble y la aceptación del 100 por 100 del valor a la hora de descontar la deuda podría resultar más apropiado. Esta es una de las tesis defendidas por la Audiencia de Navarra en su sentencia a favor del cliente.

Así, el **Auto de la Audiencia Provincial (AP) de Navarra de 17 de diciembre de 2010**, Sección Segunda, resuelve con base en los siguientes hechos: se procede a la ejecución hipotecaria de una vivienda por impago de crédito. Ante el impago de las cuotas pactadas, el banco ejecutante da por resuelto el contrato y solicita su ejecución, pidiendo que se saque a subasta la finca hipotecada. Declarándose desierta la subasta interesó se dictara auto de adjudicación a favor del banco ejecutante. Después alega que el precio en la subasta judicial es inferior a la garantía hipotecaria y exige la persistencia de una deuda por el remanente.

Ahora bien, el banco tasó la vivienda en escritura de préstamos con garantía hipotecaria en una cantidad superior al principal del préstamo, por lo que la juzgadora de instancia entendió que no era procedente continuar con la ejecución, por entender que el valor de la finca, no obstante el resultado de la subasta, es suficiente para cubrir el principal de la deuda e incluso superior, siendo circunstancial el que la subasta, al haber resultado desierta, tan solo sea adjudicada en una cantidad inferior a la deuda.

No constando en las actuaciones otro valor de tasación de la finca (no se acredita el valor real de la finca, en cuanto a que sea inferior a la que fue fijada en su momento), que no sea el que consta en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, la Sala considera que la entrega de la finca es suficiente para cubrir más del principal reclamado.

A continuación, la Sala se permite la siguiente reflexión: entiende que si bien la actuación del banco se ajusta a la literalidad de la ley y tiene derecho a solicitar lo que ha solicitado, el hecho de que la finca hoy por hoy tenga un valor inferior al que en su día se fijó como precio de tasación a efectos de subasta se debe a la mala gestión del sistema financiero del que resultan protagonistas las entidades bancarias (hipotecas basuras del sistema financiero norteamericano). Entiende que «moralmente es rechazable que se alegue para intentar continuar la ejecución la pérdida de valor de la finca que servía de garantía al préstamo, que no se hubiera concedido si no hubiera tenido un valor suficiente para garantizar el préstamo concedido, que fue fijado por la entidad bancaria ahora ejecutante, o cuando menos aceptado, siendo que dicha pérdida de valor es directamente achacable a la crisis económica, fruto de la mala praxis del sistema financiero».

Ante estos hechos, considera la Audiencia que cuando el banco es el financiador, tasador y subastador no puede imponer consecuencias negativas del ciclo económico sobre el deudor que no

ha controlado ninguno de estos hechos. Así, cóbrese de la vivienda lo que pueda y olvídense del resto de la deuda generada solo por su falta de pericia financiero-profesional. Añade que los bancos no pueden generar una burbuja inmobiliaria ganando dinero con su generación y pretender trasladar los efectos negativos del pinchazo de la burbuja al deudor que no tuvo control alguno sobre la generación y pinchazo de la burbuja.

Otro Auto dictado en junio de 2010 por la AP de Ciudad Real ya admitió el embargo del inmueble como pago único para saldar cuentas con el acreedor <sup>4</sup>.

Por lo demás, con fecha de 28 de enero de 2011, la Sección Tercera de la misma AP de Navarra ha acogido la tesis negativa, en clara contradicción con la Sección Segunda. Así, el deudor responde de la hipoteca con todos sus bienes presentes y futuros, con independencia de que el acreedor haya tasado de forma poco profesional la vivienda e inducido a error de apreciación a su cliente y deudor hipotecado. En este caso, ha dado la razón al banco, que en ambos casos era el BBVA. El Auto dictado por la Sección Segunda fue recurrido por la entidad BBVA y ha sido rechazado por la Sección Segunda de la AP de Navarra este recurso contra el auto del mismo tribunal que consideraba suficiente la entrega de la vivienda para saldar la deuda hipotecaria.

En la contestación a la demanda ha argumentado la Audiencia que a qué se refiere el BBVA cuando habla de motivación «extravagante», a no ser que se refiera a que «hoy por hoy no es mayoritaria». Argumenta el tribunal que la motivación del auto ha estado fundada en derecho y señala que con posterioridad al auto recurrido otros órganos jurisdiccionales se han pronunciado en los mismos términos, incluso un Juzgado de Sabadell ha planteado una cuestión de inconstitucionalidad y se ha abierto «un intenso debate social y doctrinal».

Esta resolución de la AP indica que con los datos obrantes en la causa «entre otros la propia valoración del inmueble dada, aceptada e impuesta por el BBVA a efectos de subasta», se consideró que el crédito «ya estaba satisfecho», puesto que la entidad financiera no acreditó que la vivienda valiera menos ahora que en el momento de la concesión del préstamo. Y, lo que es fundamental, añade que «no parece irrazonable o arbitrario mantener que, si el banco se queda con un inmueble, que él mismo valora en una cantidad superior al principal del préstamo, al menos en dicha parte el crédito está resarcido» <sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona de 26 de octubre de 2010: resuelve acerca de una pareja de jubilados que se declaran en concurso voluntario de acreedores. Con sus bienes y derechos se paga una parte de sus deudas, subsistiendo una cantidad de pasivo. El Juzgado entiende que procede concluir el concurso, dado que no se puede extinguir a las personas físicas ni se las puede someter a la muerte por hambre ni a la indigencia ni a la pendencia indefinida o eterna de la solicitud de reapertura del concurso de acreedores. Por ello, el Juzgado considera concluido el concurso y el banco no puede recuperar la deuda pendiente, salvo que en el futuro la pareja venga a mejor fortuna. Con ello, considera el órgano judicial que se respeta el artículo 1.911 del CC y los objetivos de la legislación concursal (razonable satisfacción de los acreedores, posibilidad de reorganización económica del deudor y finitez temporal del proceso concursal).

<sup>5</sup> Recientemente dos sentencias sobre un tema que puede tener conexión: los Tribunales condenan a bancos por engañar a sus clientes con productos financieros vinculados a Lehman Brothers [caso Bankinter-Lehman Brothers (Juzgado de Primera Instancia n.º 87 de Madrid, 9 de marzo de 2010)] y caso Banco Espirito Santo-Lehman Brothers (Juzgado de Primera Instancia n.º 37 de Madrid, 8 de febrero de 2011). Nos podemos plantear la siguiente reflexión: las hipotecas basadas en viviendas sobrevaloradas por los tasadores de los propios bancos y cajas no son una forma de engaño al cliente que debería ser perseguida por los tribunales.

Bien es cierto que, conforme a la legislación vigente en nuestro país, quien adquiere una vivienda, pide un crédito y lo garantiza a través de una hipoteca se compromete a pagar ese crédito incluso después de que la vivienda sea vendida en subasta judicial. Convendría recordar la legislación aplicable a la inmensa mayoría de los créditos hipotecarios, partiendo del artículo 1.911 de nuestro CC, el cual establece el esencial principio de responsabilidad patrimonial universal –el deudor responde de sus obligaciones con todos sus bienes, presentes y futuros–. Por su parte, el artículo 105 de la Ley Hipotecaria (1946) dispone que «la hipoteca no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1.911 del Código Civil».

En España no se contempla, pues, la dación de vivienda en pago de crédito hipotecario <sup>6</sup>.

Otra cosa ocurre en los países de nuestro entorno (Francia, Reino Unido, Alemania) y en 11 de los 50 estados de Estados Unidos donde el deudor que no puede afrontar el crédito se la da a la entidad financiera para que la venda o subaste, pero con ello extingue completamente su deuda.

Así en Estados Unidos, donde la crisis financiera también ha provocado una ola de desahucios en lo que se conoce como el efecto sonajero, basta con enviar a la entidad bancaria las llaves del inmueble dentro de un sobre para acabar con toda responsabilidad.

Cosa distinta sucede en España donde si el precio de la subasta judicial no alcanza para cubrir la deuda (lo que sucede actualmente en muchos casos dadas las altas tasaciones realizadas en su día por las entidades financieras frente al valor de mercado actual de la vivienda), se le sigue persiguiendo hasta que pague la deuda restante.

Detrás de todo esto se encuentra el valor de tasación otorgado por el banco a la hora de conceder el crédito hipotecario. En parte de Estados Unidos y en algunos países de la Unión Europea en caso de fallido del deudor solo va a cobrar del valor de ejecución (venta, subasta, etc.) de la vivienda, de ahí que se pretenda ajustar lo más posible ese valor de tasación. En cambio, en España los bancos pueden cobrar con el valor del bien, pero también con los bienes y derechos presentes y futuros del deudor. Es más, las sociedades de tasación de bancos y cajas han realizado tasaciones por encima del valor real del inmueble que se hipotecaba (hipotecas basura).

## 2.C. Debate social

Desde diversos foros, entre ellos la Plataforma de Afectados por la Hipoteca, se ha solicitado la modificación del sistema español por motivos de justicia material y humanidad. También, UGT solicitó del Gobierno que la modificación del modelo español de ejecución hipotecaria se colocara sobre la mesa de negociación del diálogo social. El portavoz de Facua solicitó una modificación de la Ley Hipotecaria. La FEMP ha pedido al Gobierno que realice los cambios legislativos necesarios

<sup>6</sup> Únicamente una entidad financiera concede un préstamo que incluye de serie la dación en pago sobre un 80 por 100 del valor de tasación del inmueble, aunque no parece que esta sea la tónica que vaya a seguir el resto de entidades financieras.

para aprobar la dación en pago, si no con carácter retroactivo, sí como cláusula de las futuras hipotecas. La OCU también solicitó una modificación del sistema normativo para que sea suficiente el embargo de la vivienda para saldar la deuda hipotecaria, después de que la AP de Navarra se haya pronunciado en este sentido. La Defensora del Pueblo también ha pedido un cambio en el sistema hipotecario. ADICAE presentó el pasado día 30 de marzo a la mesa del Congreso una proposición de ley para regular la «dación en pago».

Dicho cambio estaría orientado, pues, a garantizar la «dación en pago», en las próximas hipotecas que se negocien en España, de modo que los deudores puedan devolver el inmueble al banco y que ello sea suficiente para extinguir sus deudas.

Con el texto actual de la ley, los bancos, además de recibir un inmueble como pago, pueden embargar otros bienes de sus deudores hipotecarios, incluyendo sus salarios e ingresos bancarios hasta completar el importe total de la deuda (puesto que normalmente el valor de adjudicación del inmueble en el remate judicial es menor al importe de dicha deuda).

En el lado contrario, los bancos argumentan que si existiera la dación de vivienda en pago de hipoteca fallida se concederían menos créditos hipotecarios y las hipotecas serían más caras, se haría peligrar la solvencia de los bancos y disminuiría la disponibilidad de dinero para conceder préstamos. Ante el peligro de salir perdiendo si el precio de la vivienda cae, la banca exigiría más dinero y mayores garantías para conceder un crédito sobre un inmueble. La posibilidad de la dación en pago obligaría a los bancos a medir su estrategia crediticia, a las tasadoras a no inflar las valoraciones inmobiliarias y a los vendedores a rebajar los precios. Además, las entidades financieras dejarían de conceder créditos por el 100 por 100 de la tasación, tal y como siguen haciendo, y endurecerían las condiciones del préstamo. Para asegurarse el reembolso del crédito, reducirían los tiempos de amortización y las cantidades prestadas y, finalmente, a los propietarios a rebajar los precios. Está claro que esta figura obligaría a vigilar más la solvencia del deudor.

El conjunto de partidos ha acabado por rechazar la proposición de ley propuesta por Izquierda Republicana-IU-Iniciativa por Cataluña en el Pleno del Congreso de los Diputados, el pasado 22 de febrero, para aprobar saldar la deuda hipotecaria con la entrega de la casa. Se argumentaba por parte de PSOE, PP, CiU y PNV que las nuevas reformas en materia hipotecaria de este planteamiento invaden las competencias de las comunidades autónomas y se pasan de «intervencionismo». Incluso la ministra de Economía, Elena Salgado, apelaba a la doble garantía hipotecaria como ejemplo de fortaleza del modelo económico español.

Pese a la regulación legal, la dación ha sido una práctica real estos años, sobre todo en el caso de endeudados insolventes en los que la entidad financiera sabía que jamás recuperaría el total del préstamo, caso muy frecuente de extranjeros que volvían a su país.

Algunas asociaciones de consumidores, como Aesco, han negociado con éxito daciones en pago conjuntas de centenares de hipotecados. También los promotores han recurrido con suma frecuencia a ella, al canjear sus activos inmobiliarios por deuda.

### 3. INCIDENCIA DE LOS DISTINTOS TRIBUTOS

#### 3.A. Esquema general

La constatación de esta práctica impone abordar como paso siguiente los tributos que gravan esta operación, los cuales deben ser tomados en consideración y ponderados a la hora de optar por la dación en pago como medio de extinción de las obligaciones.

La dación en pago pretende cancelar deudas civiles (lo «dado en pago» son elementos «no afectos a actividades económicas»), deudas mercantiles (lo «dado en pago» son elementos «afectos a actividades económicas») o deudas tributarias.

Las deudas civiles son aquellos débitos surgidos de relaciones obligacionales en las que el deudor no tiene la condición de empresario o profesional, o en el caso de que sí ostente esta condición no actúe como tal, esto es, que en la gestión de su patrimonio personal entregue bienes no afectos a actividades económicas. Se englobarían aquí los préstamos hipotecarios concertados por particulares. Para cancelar la hipoteca, el deudor-particular «da» el inmueble sobre el que se ha constituido la misma y que forma parte de su patrimonio personal, con ello cancela la deuda.

Por contra, las deudas mercantiles surgen de relaciones obligacionales en las que el deudor tiene la condición de empresario o profesional. Para cancelar sus deudas «da» al acreedor bienes afectos a su patrimonio empresarial o profesional.

La calificación de la deuda, civil o mercantil, determinará la sujeción de la operación a unos u otros impuestos.

#### 1. Consecuencias fiscales para el acreedor:

- a) Tributará en el ITPAJD o en el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) en función de la condición, particular o empresario, del sujeto que realiza la dación en pago.
- b) Si la tributación se produce en el IVA, tributará en el ITPAJD modalidad Actos Jurídicos Documentados (AJD) (actos inscribibles).
- c) Por la ganancia o pérdida patrimonial se producirá la sujeción al Impuesto sobre Sociedades (IS) o al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), en función de si tiene la condición de persona jurídica o física.

#### 2. Consecuencias fiscales para el deudor:

- a) Tributación en el IS o en el IRPF, por la ganancia o pérdida puesta de manifiesto, en función de que se trate de persona jurídica o física.

- b) Si el bien inmueble dado en pago es urbano se producirá la sujeción al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU).

### 3.B. Variaciones patrimoniales

#### 1. Variaciones patrimoniales en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en el Impuesto sobre Sociedades derivadas de la cancelación tanto de deudas civiles como mercantiles

- a) Por diferencia entre valor de transmisión y valor de adquisición

Analicemos las variaciones patrimoniales que la dación en pago pone de manifiesto. En una dación en pago nos encontramos que una misma convención (por ejemplo, cancelación de hipoteca mediante transmisión de inmueble, entrega de un elemento patrimonial para cancelar una deuda con un proveedor o una deuda con el banco, etc.) pone de manifiesto dos alteraciones patrimoniales determinantes de ganancias o pérdidas en las personas del acreedor y del deudor.

La cancelación de una obligación de contenido económico mediante la dación en pago puede generar alteraciones en la composición del patrimonio del acreedor y del deudor determinantes de dos ganancias y/o disminuciones patrimoniales sujetas al IRPF<sup>7</sup> y al IS en función de la cualidad del sujeto pasivo, persona física o jurídica (en términos generales).

Puesto que la ganancia o pérdida se cuantifica por la diferencia entre el valor de transmisión y el valor de adquisición, cuestión fundamental, por tanto, será la de la determinación de los valores de adquisición y transmisión determinantes de la existencia de una ganancia o pérdida patrimonial. La fijación de estos valores es una cuestión controvertida tanto desde la perspectiva del deudor como del acreedor del crédito.

• **Desde el punto de vista del acreedor**, se discute que por aplicación de las normas de la compraventa el crédito que con la cesión se extingue adquiere la categoría del precio del bien o bienes que se entregan en adjudicación en pago de deuda. Por tanto, no se produce una variación en el valor del patrimonio como consecuencia de la dación determinante de la sujeción a tributación.

Respecto de esta cuestión es ilustrativa la **STS de 4 de junio de 2009** (NFJ035561) que resuelve en casación acerca de la posibilidad de efectuar la Administración una comprobación de valores de unas fincas transmitidas mediante dación en pago para cancelar unas deudas contraídas con el banco a efec-

<sup>7</sup> Conforme al artículo 33.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: «Son ganancias y pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquel, salvo que por esta ley se califiquen como rendimientos».

Artículo 34 de la LIRPF: «Importe de las ganancias o pérdidas patrimoniales. Norma general.

1. El importe de las ganancias o pérdidas patrimoniales será:

a. En el supuesto de transmisión onerosa o lucrativa, la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión de los elementos patrimoniales».



tos de determinar la existencia o no de una alteración patrimonial gravable. Sostiene la recurrente (entidad mercantil banco X titular del crédito) que estamos ante un supuesto de dación en pago, que tiene como efectos la cancelación de la deuda, por el mismo valor que los bienes recibidos. Por lo que, defiendo, no hubo aumento de patrimonio puesto que el valor de los bienes solo puede corresponderse con el montante de la deuda.

Mantiene, por contra, la Inspección que ha existido un incremento de patrimonio por la diferencia entre el valor de mercado de los bienes dados y el importe de la deuda que se cancela. En este caso concreto, el valor de los bienes dados en pago era superior al valor del crédito.

Sostiene la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS:

«En modo alguno se ha discutido que estemos ante un supuesto de dación en pago, ... más pretende la parte recurrente trasladar al ámbito fiscal los efectos que civilmente se producen con dicho negocio. En este ámbito la transmisión de los bienes al acreedor conlleva la extinción de la deuda, actuando el crédito con la misma función que el precio en el contrato de compraventa. Mas como pone en evidencia la sentencia de instancia, ello no impide la comprobación fiscal; *el negocio consensual entre partes privadas, que tiene su campo de eficacia en la esfera privada en la que se produce, en modo alguno puede alterar las reglas reguladoras del impuesto, ni tampoco vincular a terceros ajenos a dicho convenio, en este caso la Hacienda Pública, la cual viene obligada a aplicar las normas fiscales reguladoras del impuesto, so pena de conformarse los propios interesados a voluntad las cargas fiscales o, aún peor, dejar portillos abiertos a posibles fraudes; la Hacienda Pública ha de aplicar las normas que ya hemos visto y transcrito de concurrir los presupuestos fácticos previstos, como a nuestro entender es el caso, y en el legítimo ejercicio de las potestades que legalmente le corresponde, artículo 52 de la LGT, verificar mediante la comprobación el valor real de los bienes que vienen a alterar la composición del patrimonio, y en su comparación determinar si hubo o no incremento o disminución patrimonial*, tal y como actuó. Sin que dichas normas, puedan verse alteradas a conveniencia de las partes, que la dación en pago produce en el ámbito civil los efectos que la parte actora preconiza, no se discute, mas lo que le está vedado es pretender trasladar dichos efectos a un ámbito que resulta ajeno a aquel, el fiscal, que posee una regulación que le es propia, por lo que ante la variación patrimonial podía y debía comprobar la Administración Tributaria, y, en su caso, proceder en consecuencia. Por tanto de verificarse, como se hizo la alteración patrimonial, y por exigencia legal, atendiendo al valor real, en este caso, de los bienes que ingresan en su patrimonio en sustitución del citado crédito, lo procedente es actuar como así se hizo, computando el incremento patrimonial y la consecuente liquidación».

De lo anterior, se concluye que se produce una ganancia patrimonial por la diferencia entre el valor comprobado de la finca en el momento de la adjudicación y el valor del crédito, operando el valor comprobado como valor de transmisión. No se puede dejar la determinación del valor de transmisión a la libertad de las partes.

Esto es, el valor de los bienes, a efectos tributarios, no se corresponde con el crédito vivo, sino que por aplicación de las normas que rigen esta materia ante la variación patrimonial se debe proceder a comprobar el valor real de los bienes que ingresan en el patrimonio y que son determinantes de un incremento gravable.

En definitiva, hablamos de la indisponibilidad de la deuda. El origen legal y el carácter imperativo del tributo explican el principio de indisponibilidad del mismo, formulado por el artículo 18 de la Ley General Tributaria (LGT) <sup>8</sup>.

Otro pronunciamiento representativo en similares términos es el de la **Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de octubre de 2001** (NFJ011404), respecto del pago de dividendos a los socios mediante la adjudicación de fincas pertenecientes a una sociedad, calificándose la operación como dación en pago y no permuta <sup>9</sup> y poniéndose de manifiesto una alteración patrimonial que genera un incremento patrimonial. Afirma la Sala que «por aplicación analógica de las normas de la compraventa a la dación en pago nos encontramos con que la dación del inmueble en pago del dividendo es una auténtica transmisión onerosa y, por lo tanto, resultaba de aplicación el artículo 20.4 de la Ley 44/1978 cuando disponía que "El importe de los incrementos o disminuciones de patrimonio será: 1.º En el supuesto de enajenación onerosa... la diferencia entre los valores de adquisición y enajenación de los elementos patrimoniales"».

Nuevamente, el acreedor defiende la aplicación de las normas de la compraventa; por tanto, que el valor de los bienes dados en pago se corresponde con el saldo de la deuda y, en consecuencia, la no existencia de una plusvalía gravable.

No obstante, declara la Sala que «el valor de adquisición es justamente el valor del dividendo reconocido (...) mientras que el valor de enajenación, contrariamente a lo que en la demanda se dice, no es ese mismo importe en que aleatoriamente fijaron la sociedad y los socios el valor de los inmuebles como dación en pago sino el verdadero valor de los inmuebles entregados a cambio en ese momento, que constituyen "el precio" de la "enajenación de los dividendos pasivos" que no otra cosa supone o conlleva la dación en pago controvertida en el presente caso».

La determinación de ese incremento se efectúa, por tanto, por la diferencia entre el valor real de la finca en el momento de la adjudicación, como valor de enajenación y el crédito por los dividendos a percibir, como valor de adquisición.

• **Desde la perspectiva del deudor**, que realiza la dación en pago, por deuda propia o de tercero, hay que hablar, también, de una alteración patrimonial determinada por la diferencia entre el

<sup>8</sup> Artículo 18 de la LGT. «Indisponibilidad del crédito tributario. El crédito tributario es indisponible salvo que la ley establezca otra cosa».

<sup>9</sup> Merece destacarse la Resolución de 14 de octubre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra negativa del registrador interino de la propiedad de Berja, a practicar la inscripción derivada de una escritura de dación en pago de deuda mediante cesión de derechos derivados de contrato de permuta.

La situación fáctica viene representada por una cesión en permuta de «A» a «B» de un terreno a cambio de recibir en contraprestación varias parcelas futuras. «A» cede a «C» sus derechos y obligaciones en la citada permuta en pago de una deuda entre ambos.

La cuestión reside en la calificación de la operación como cesión de contrato (en la que resultaría necesario el consentimiento de «B») o cesión de crédito (en la que no sería necesario dicho consentimiento).

Se resuelve que puesto que «A» ha entregado y transmitido su finca a favor de «B», mientras que «B» todavía no ha cumplido su parte en la permuta. Siendo el contrato de permuta inicialmente un contrato sinalagmático y de prestaciones recíprocas, consecuencia del cumplimiento de una de las partes de aquello a lo que venía obligado contractualmente, ha hecho desaparecer el carácter sinalagmático al no existir reciprocidad ya de obligaciones y subsistir solo la de «B». En consecuencia, no es una cesión de contrato, sino de derechos.

valor de transmisión y el valor de adquisición. La cuestión a determinar es si el valor de transmisión ha de coincidir con el valor comprobado/tasado del elemento dado en pago o con el valor del crédito que se cancela. Nuevamente la cuestión es controvertida por cuanto también aquí se discute que el valor de los bienes dados en pago es el valor del crédito que con la dación se extingue, por aplicación analógica de las normas de la compraventa.

Sin embargo, no es esta la postura mantenida por el TS. La **STS de 18 de septiembre de 2009** (NFJ035702) resuelve acerca de un delito contra la Hacienda Pública por omisión en la declaración-liquidación del IS del incremento patrimonial originado por la dación en pago de una finca que sirvió para el pago de una deuda. Considera el Tribunal que:

«El valor de enajenación se estimará en el importe real por el que dicha enajenación se hubiese efectuado. De este valor se deducirán, en su caso, los gastos y tributos a que se refiere la letra c) de este apartado, en cuanto resulten satisfechos por el transmitente.

Pues bien, en el caso de la dación en pago ese "importe" no puede ser otro que el efectivamente «obtenido» por el propietario deudor que es precisamente la extinción de sus deudas, sin perjuicio de las reducciones por gastos y tributos por él satisfechos.

Por eso dijimos en la Sentencia 685/2004, de 26 de mayo, que los ingresos obtenidos mediante la realización y venta de inmuebles no generarán un beneficio concreto a los accionistas, porque se destinó al pago de deudas, no significa que no fueran auténticos ingresos generadoras de la obligación tributaria.

Ese importe, o real beneficio, es el relevante. Obviamente aunque el precio de mercado de la cosa, que da en pago, sea muy inferior. No cabe confundir valor con precio. En cualquier caso esa diferencia entre el valor potencial de mercado y el real obtenido evidencia un beneficio que integraría también el incremento patrimonial.

*El importe real obtenido lo determina la cuantía de la deuda que se da por extinguida. Intrascedente ha de ser que esa deuda sea exclusiva del sujeto pasivo del impuesto dueño de la cosa, o que sea compartida con otros, si esa cotitularidad es solidaria».*

Es representativa la **Resolución del TEAC de 26 de septiembre de 2003** (NFJ015611). En esta cuestión se plantea si se debe incrementar la base imponible del IS como consecuencia de una dación en pago, de dos inmuebles sobre los que la interesada había constituido una hipoteca en garantía de las obligaciones contraídas por una sociedad vinculada, de una deuda contraída con el banco.

El TEAC «llega a la conclusión de que en el patrimonio de la interesada se produce una alteración patrimonial por la entrega-transmisión de dos bienes inmuebles de su propiedad, dados en pago, y la adquisición-subrogación simultánea de un derecho de crédito. En este sentido se debe tener en cuenta que la interesada no paga una deuda propia sino la de un tercero, siendo la consecuencia jurídica de esta subrogación de un tercero en los derechos del acreedor, en virtud del artículo 1.212 del Código Civil, la transferencia al subrogado del crédito contra el deudor».

Por lo anterior, el Tribunal considera correcta la calificación de la operación como incremento de patrimonio derivado de la alteración patrimonial producida, teniendo en cuenta que la interesada satisfizo la cantidad adeudada por un tercero mediante la dación en pago de dos locales cuyo valor neto contable era inferior al importe del crédito, resultando, por tanto, correcta la cuantificación del incremento de patrimonio, en virtud del artículo 131 del Reglamento del IS.

La ganancia patrimonial se cuantifica por la diferencia entre el valor de transmisión (representado por el crédito que se adeuda) y el valor de adquisición actualizado (valor neto contable: precio de adquisición – amortizaciones acumuladas).

Del pronunciamiento del TS y del TEAC, en unanimidad de criterio, se desprende que el bien se entiende transmitido por el importe de la deuda que se cancela, que es el obtenido por el deudor; la cancelación de sus deudas.

La perspectiva cambia respecto del acreedor, lo que opera como precio de adquisición de la compraventa para la entidad financiera, el crédito, necesariamente se ha de corresponder con el valor de transmisión para el sujeto que realiza la dación. También lo sostenido respecto de la base imponible del IVA avala esta solución. La Resolución del TEAC de 15 de febrero de 2006 (NFJ022948) (más adelante comentada) mantiene que, en las daciones en pago, la base imponible del IVA que se repercute por el deudor está constituida por el valor de la contraprestación, esto es, la cuantía de la deuda que se extingue mediante la dación. Luego, si el valor de la contraprestación es para el IVA el crédito, en el IRPF, por un elemental principio de congruencia, para el deudor opera el mismo concepto.

La cancelación del crédito, consecuencia de la dación en pago, origina una pérdida en el patrimonio del deudor. Para el caso de que el valor de tasación, efectuada en el momento de la dación, sea mayor que el valor de adquisición se origina una pérdida en el patrimonio del deudor. La diferencia con la pérdida originada por la dación absorbe la ganancia originada por la diferencia entre el valor de tasación y el valor de adquisición. Si el valor de tasación es inferior al de adquisición se origina una pérdida que absorbe la pérdida originada por la dación en pago.

Realicemos una simulación:

Activos	Pasivos
200 (varios)	100 (crédito)
120 (inmueble)	

Con la dación se origina una pérdida de 20.

Valor adquisición	Valor tasación	Valor transmisión	Pérdida
110	120	100	10
130	120	100	30

Lo mismo hay que concluir cuando lo dado en pago es inferior al valor de la deuda pendiente. En estos casos se ha producido una quita determinante de una disminución patrimonial en el acreedor por la diferencia entre el valor de lo entregado y el valor del crédito.

La cancelación del crédito, consecuencia de la dación en pago, origina una ganancia en el patrimonio del deudor. Para el caso de que el valor de tasación, efectuada en el momento de la dación, sea mayor que el valor de adquisición, se origina una ganancia en el patrimonio del deudor que absorbe la ganancia originada por la dación. Por contra, si el valor de tasación es inferior al valor de adquisición, la diferencia entre el importe del crédito y el valor de adquisición origina una ganancia, menor que en el caso anterior, absorbiendo la diferencia entre la ganancia en el patrimonio y la citada pérdida originada por la diferencia entre el valor de tasación y el de adquisición.

Realicemos una simulación:

Activos	Pasivos
200 (varios)	100 (crédito)
70 (inmueble)	

Con la dación se origina una ganancia de 30.

Valor adquisición	Valor tasación	Valor transmisión	Ganancia
50	70	100	50
85	70	100	15

No obstante, la dación resulta más onerosa, puesto que el valor de transmisión que aparece en la escritura de dación en pago para cancelar la hipoteca suele ser la responsabilidad hipotecaria, que es superior al valor de la propia hipoteca. Con lo cual, la posible ganancia patrimonial generada por la dación en pago será mayor.

Las ganancias y disminuciones patrimoniales derivadas de la transmisión de bienes o derechos se integran o compensan entre sí constituyendo la denominada base imponible del ahorro. Los saldos negativos pueden ser compensados con los positivos de los cuatro siguientes años (art. 49 LIRPF).

Tributan hasta 6.000 euros al tipo fijo de 19 por 100 y desde 6.000,01 euros en adelante al tipo fijo del 21 por 100 (arts. 66 y 76 LIRPF).

Si se trata de la transmisión de un elemento patrimonial afecto se cuantificará una ganancia o pérdida patrimonial, que no se incluirá entre los rendimientos de la actividad económica (art. 28 LIRPF). No se aplican los coeficientes de abatimiento de la disposición transitoria 9.<sup>a</sup>. Serán de aplicación los coeficientes de corrección monetaria en la transmisión de bienes inmuebles afectos, a que hace referencia el artículo 15.9 a) del TRLIS que cada año aprueba la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

En el IS si lo dado en pago constituye «activo no corriente» y se trata de bienes inmuebles se podrán aplicar los coeficientes de actualización monetaria previstos en el artículo 15.9 a) del TRLIS. Por contra, si se trata de activos corrientes no se aplicarán esos coeficientes de actualización.

#### b) Ganancia patrimonial que no deriva de una transmisión previa

El importe de la ganancia o pérdida patrimonial que no derive de una transmisión previa se valorará conforme al artículo 34 de la LIRPF/artículo 15.3 del TRLIS por el valor de mercado de los elementos patrimoniales. No obstante, no concurren aquí los elementos que caracterizan la dación en pago.

#### c) Supuestos de exención en el IRPF

El contribuyente persona física que vende su vivienda habitual podrá beneficiarse de la exclusión del gravamen puesto de manifiesto en esa operación, siempre que reinvierta el importe obtenido en la transmisión en la adquisición de una nueva vivienda habitual (art. 38 LIRPF). El sujeto que da su vivienda habitual en pago de un crédito obviamente no va a estar en condiciones de adquirir una nueva vivienda habitual y beneficiarse de ese no gravamen. Veamos si se le puede aplicar alguna de las exenciones por la plusvalía generada en el IRPF.

De las exenciones contempladas en el artículo 33.4 de la LIRPF únicamente serían de aplicación a un número muy reducido de contribuyentes las dos últimas:

Las ganancias que se pongan de manifiesto como consecuencia de la transmisión por personas mayores de 65 años o en situación de dependencia severa o gran dependencia de su vivienda habitual.

Y las puestas de manifiesto por el pago mediante bienes del Patrimonio Histórico Español inscritos en el Inventario General de Bienes Muebles o en el Registro General de Bienes de Interés Cultural.

#### d) Valoración de las operaciones vinculadas en el IRPF/IS/IVA

La dación en pago de deuda puede operarse entre personas o entidades en las que exista una relación de vinculación. Para estos casos, la norma tributaria contiene reglas específicas de valoración.

Las operaciones vinculadas encuentran su definición en el artículo 16 del TRLIS. Con la Ley 36/2006, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal, se adaptó el régimen de las operaciones vinculadas a las Directrices de la OCDE y al Informe del Foro Europeo en materia de precios de transferencia (*European Union Joint Transfer Pricing Forum*), aprobado el 21 de junio de 2005. Conforme al régimen aplicable, las operaciones entre partes vinculadas deben valorarse obligatoriamente a valor normal de mercado. El incumplimiento de este deber es constitutivo de una infracción específica (art. 16.10 TRLIS) y sancionable.

Desde la perspectiva del acreedor, la posible ganancia o pérdida patrimonial se determina por la diferencia entre el valor tasado/comprobado de lo dado en pago y el crédito que se cancela. La operación tratándose de personas o entidades vinculadas se valora necesariamente a valor de mercado, el que acordarían personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia.

Lo mismo desde la perspectiva del deudor que realiza la dación en pago. Recordar que en las operaciones vinculadas, se produce lo que se denomina «ajuste bilateral», de modo que si la Administración corrige el valor dado a una operación vinculada, este se aplicará a las operaciones sujetas al IS, al IRPF y al IRNR, quedando la Administración vinculada por dicho valor en relación con todas las personas o entidades vinculadas.

Lo anterior se repite en el IVA. Conforme al nuevo régimen de las operaciones vinculadas en el IVA (art. 79.5 LIVA) «cuando exista vinculación entre las partes que intervengan en una operación, su base imponible será su valor normal de mercado». Entendiéndose por valor normal en el mercado aquel que para adquirir los bienes o servicios en cuestión en ese mismo momento se abonaría en condiciones de libre competencia a un proveedor independiente.

Teniendo en cuenta que la regla especial de valoración de las operaciones vinculadas en el IVA solo será aplicable cuando el precio efectivamente acordado por las partes suponga para alguna de ellas alguna mejora en el régimen del IVA soportado deducible, bien porque se logra reducir la cuota de una operación que no resulta deducible o lo es parcialmente por el destinatario, bien porque quien lleva a cabo la operación mejora su porcentaje de prorratea.

También, en el ámbito del IRPF la «valoración de las operaciones entre personas o entidades vinculadas se realizará por su valor normal de mercado, en los términos previstos en el artículo 16 del TRLIS» (art. 41 LIRPF). Esto es, por el valor del elemento dado en pago.

#### e) Transacciones basadas en instrumentos de patrimonio en IS

Una cuestión adicional la constituye la determinación del valor que se debe atribuir en aquellos supuestos en que una empresa liquida los bienes o servicios prestados por empleados o por terceros con instrumentos de su propio patrimonio «dados en pago».

Conforme a la norma 17.ª del Plan General de Contabilidad (RD 1514/2007, de 16 de noviembre), se establece:

«Tendrán la consideración de transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio aquellas que, a cambio de recibir bienes o servicios, incluidos los servicios prestados por los empleados, sean liquidadas por la empresa con instrumentos de patrimonio propio o con un importe que esté basado en el valor de instrumentos de patrimonio propio, tales como opciones sobre acciones o derechos sobre la revalorización de las acciones.»

Esto también se aplicará a transferencias con instrumentos de patrimonio de la matriz de la entidad, o con instrumentos de patrimonio de otra entidad perteneciente al mismo grupo, realizadas con terceros que hayan suministrado bienes o servicios a la entidad.

Respecto de la valoración de estas operaciones dependerá de si los servicios prestados lo son por empleados o no.

Así, en las transacciones con los empleados que se liquiden con instrumentos de patrimonio, tanto los servicios prestados como el incremento en el patrimonio neto a reconocer se valorarán *por el valor razonable de los instrumentos de patrimonio cedidos*, referido a la fecha del acuerdo de concesión. Resulta habitual que las acciones, *stock options* u otros instrumentos de patrimonio se concedan a los empleados además del sueldo fijo, como un incentivo para que continúen prestando sus servicios a la entidad o para recompensarles por los esfuerzos realizados en la mejora de la empresa. Se les da una retribución adicional para obtener, también, unos beneficios adicionales.

En estos casos es complicado valorar directamente los servicios recibidos por cada elemento que forme parte del conjunto de remuneraciones a los empleados. Además, la estimación del valor razonable de los beneficios adicionales puede resultar una tarea complicada. Ante la dificultad de determinar el valor razonable de los servicios recibidos, la entidad determinará el valor razonable de los mismos por referencia al valor razonable de los instrumentos de patrimonio concedidos.

Mientras que las transacciones liquidadas con instrumentos de patrimonio que tengan como contrapartida bienes o servicios distintos de los prestados por los empleados se valorarán, si se puede estimar con fiabilidad, por *el valor razonable de los bienes o servicios en la fecha en que se reciben*. Si el valor razonable de los bienes o servicios recibidos no se puede estimar con fiabilidad, los bienes o servicios recibidos y el incremento en el patrimonio neto se valorarán al valor razonable de los instrumentos de patrimonio cedidos, referido a la fecha en que la empresa obtenga los bienes o la otra parte preste los servicios.

De este modo, en las «transacciones con empleados» se aplica el «valor razonable» de los instrumentos de patrimonio cedidos y en las «transacciones con terceros» se aplica el «valor razonable» de los bienes o servicios en el momento en que se reciben.

El valor razonable es el importe por el que puede ser intercambiado un activo o liquidado un pasivo, entre partes interesadas y debidamente informadas, que realicen una transacción en condiciones de independencia mutua.

Así:

- a) El valor razonable es la estimación del precio que la empresa hubiera obtenido si hubiera vendido un activo, o que hubiera tenido que pagar si hubiera cancelado un pasivo, a la fecha de elaboración de la información, en un intercambio realizado en una situación de intercambio normal.
- b) El valor razonable es aquel que se alcanzaría en un proceso de negociación entre compradores y vendedores bien informados y que actúen de buena fe.

El criterio general consiste en calcularlo conforme al valor fiable de mercado. Se distingue según exista o no un mercado activo respecto a ese bien o servicio. En el primer caso, el precio coti-



zado en ese mercado es la mejor referencia del valor razonable. En el segundo, el valor razonable se obtendrá mediante la aplicación de los modelos y técnicas de valoración.

Entendiéndose por mercado activo aquel en que se intercambian bienes y servicios homogéneos, pueden encontrarse prácticamente en cualquier momento compradores y vendedores y los precios son conocidos, accesibles, reales, actuales y producidos con regularidad.

## 2. Variaciones patrimoniales consecuencia de la cancelación de deudas tributarias

### a) Extinción de deudas tributarias mediante entrega de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español

El pago de deudas tributarias mediante la entrega de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español constituye actualmente un medio ordinario de pago<sup>10</sup>. El artículo 73 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, permite desde el 1 de enero de 2002 esta posibilidad<sup>11</sup>.

Las ganancias puestas de manifiesto con ocasión de esta transmisión están exentas de tributación. Sin embargo, consideramos que este no constituye un supuesto de dación en pago dado que no concurre una de las notas definitorias de esta operación, los efectos solutorios. Si la cuantía de los bienes ofrecidos no es suficiente para cubrir la total de la deuda tributaria, el resto debe abonarse en metálico<sup>12</sup>.

### b) Reducción o quita de la deuda

Para el caso de que se acuerde la cancelación de una deuda tributaria, se produce una ganancia por el importe de la quita o la reducción.

**La Resolución del TEAC de 24 de mayo de 2002 (NFJ012823) establece:**

«Las consecuencias fiscales derivadas de la quita se encuentran establecidas en el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, en el artículo 127 al indicarse que constituyen alteraciones patrimoniales la cancelación de obligaciones de contenido económico. La desaparición de una deuda tributaria existente como consecuencia de un convenio específico suscrito determina un incremento de patrimonio en el reclamante que debe someterse a tributación, precisamente cuando el mismo se produce, que es a la firma del convenio. Si posteriormente por incumplimiento del aplazamiento se resolviera el convenio, desaparecerían los efectos jurídicos al exigirse la deuda respecto a la que se le otorgó la quita y debería procederse a la devolución de lo ingresado por el citado incremento».

<sup>10</sup> Vid. PEDREIRA MENÉNDEZ, J.: «La extinción de las deudas tributarias mediante la dación en pago», *RCyT*, CEF, n.º 53, 2002.

<sup>11</sup> «El pago de las deudas tributarias podrá efectuarse mediante la entrega de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español, que estén inscritos en el Registro General de Bienes de Interés Cultural o incluidos en el Inventario General, en los términos y condiciones previstos reglamentariamente».

<sup>12</sup> Cosa distinta sucede en el ordenamiento francés.

Se produce, pues, una ganancia patrimonial por el importe de la quita. Esta no es consecuencia de una transmisión, sino que procede de la cancelación de una obligación de contenido económico.

En el IRPF, la ganancia patrimonial que no derive de una transmisión previa se integrará en la base imponible general y no en la base imponible del ahorro.

Sin embargo, no estamos en presencia en estos supuestos de una dación en pago.

### 3.C. Impuesto sobre el Valor Añadido

La dación de un elemento patrimonial o de un derecho en pago de una deuda, además de la tributación por las plusvalías que se ponen de manifiesto, también da lugar a la tributación indirecta.

Si el que para saldar su deuda se ve obligado a realizar la dación de un elemento de su patrimonio empresarial o profesional, la operación se sujetará a IVA. Si, por contra, la dación se realiza entre particulares, el impuesto implicado será el ITPAJD.

#### *1. Entregas sujetas y no exentas. Referencia a la responsabilidad versus negación del derecho a deducir el IVA soportado*

La dación en pago realizada por empresarios o profesionales se sujeta a IVA. Si lo dado en pago es un inmueble habrá que distinguir si se trata de edificios de nueva construcción o no. Un supuesto que se repite en los últimos años es la entrega de inmuebles por los promotores al banco, bien en fase de construcción, o bien finalizada la obra.

La entrega por empresarios o profesionales de inmuebles de nueva construcción está sujeta y no exenta de IVA; el tipo de gravamen es distinto en función de que se trate de entregas de inmuebles que vayan a constituir la vivienda habitual del contribuyente (8%) o de que se trate de otro tipo de inmuebles (18%). El tipo es del 18 por 100 si los inmuebles dados en pago son inmuebles en construcción, siendo la entrega que se haga cuando esté acabada la construcción la que agote la primera entrega, no la que tiene lugar con ocasión de la adjudicación.

- En el caso de entregas sujetas y no exentas (edificaciones de nueva construcción siendo su primera entrega, terrenos edificables, edificaciones en curso, aun no terminadas), además, si estas operaciones se realizan mediante el otorgamiento de escritura pública, que será lo habitual, habrá que abonar la cuota gradual de AJD, Documentos Notariales.

La cuestión es si se le puede negar el derecho a deducir el IVA soportado en el caso de existir un fraude en cadena donde el operador no ha tomado parte en la misma. En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE) Optigen, Fulcrum y Bond House, de 12 de enero de 2006 (NFJ021489), considera que el derecho de un sujeto pasivo a deducir el IVA soportado no puede verse afectado porque en la cadena de entregas en la que participa intervenga un tercero que pueda actuar de forma fraudulenta sin que el sujeto pasivo tenga conocimiento de ello ni pueda tenerlo. Por tanto, solo si existe una implicación en el fraude y una actuación negligente en relación con la posi-

ble actuación defraudatoria de terceros, se podría restringir el derecho de deducción. También, en las SSTJCE asunto Kittel y Recolta, de 6 de julio de 2006 (NFJ022972), y asunto Teleos, de 27 de septiembre de 2007 (NFJ026418), se mantiene el mismo criterio.

Hay que traer a colación el artículo 87.5 de la LIVA <sup>13</sup>, introducido por la Ley 36/2006, de Medidas de prevención del fraude fiscal, que incorpora un supuesto de responsabilidad subsidiaria en el IVA para erradicar las tramas constituidas para la defraudación en este impuesto <sup>14</sup>. De este modo, se establece la responsabilidad subsidiaria del adquirente de bienes a terceros para el supuesto de que estos no ingresen el impuesto repercutido siempre que se cumplan determinados requisitos. Así, para el supuesto de que el adquirente, empresario o profesional, debiera razonablemente presumir que el impuesto repercutido por quien realiza la entrega, que a su vez ha de ser empresario o profesional también, no será declarado ni ingresado.

Se entiende que la razonabilidad en la presunción se producirá cuando, como consecuencia de ello, hayan satisfecho por ellos un precio notoriamente anómalo. Se considera que un precio es anómalo cuando «sea sensiblemente inferior al correspondiente a dichos bienes en las condiciones en que se ha realizado la operación o al satisfecho en adquisiciones anteriores de bienes idénticos», o bien «que sea sensiblemente inferior al precio de adquisición de dichos bienes por parte de quien ha efectuado su entrega». No obstante, «no se considerará como precio notoriamente anómalo aquel que se justifique por la existencia de factores económicos distintos a la aplicación del impuesto».

El artículo 87.5 de la LIVA intenta combatir tanto los «fraudes de adquisición» como los «fraudes carrusel» <sup>15</sup>. En el primer caso, una empresa importa bienes de otro Estado miembro, posteriormente los

<sup>13</sup> Artículo 87.5 de la LIVA: «1. Serán responsables subsidiarios de las cuotas tributarias correspondientes a las operaciones gravadas que hayan de satisfacer los sujetos pasivos aquellos destinatarios de las mismas que sean empresarios o profesionales, que debieran razonablemente presumir que el impuesto repercutido o que hubiera debido repercutirse por el empresario o profesional que las realiza, o por cualquiera de los que hubieran efectuado la adquisición y entrega de los bienes de que se trate, no haya sido ni va a ser objeto de declaración e ingreso.

2. A estos efectos, se considerará que los destinatarios de las operaciones mencionadas en el número anterior debían razonablemente presumir que el impuesto repercutido o que hubiera debido repercutirse no ha sido ni será objeto de declaración e ingreso, cuando, como consecuencia de ello, hayan satisfecho por ellos un precio notoriamente anómalo.

Se entenderá por precio notoriamente anómalo:

a) El que sea sensiblemente inferior al correspondiente a dichos bienes en las condiciones en que se ha realizado la operación o al satisfecho en adquisiciones anteriores de bienes idénticos.

b) El que sea sensiblemente inferior al precio de adquisición de dichos bienes por parte de quien ha efectuado su entrega. Para la calificación del precio de la operación como notoriamente anómalo, la Administración tributaria estudiará la documentación de que disponga, así como la aportada por los destinatarios, y valorará, cuando sea posible, otras operaciones realizadas en el mismo sector económico que guarden un alto grado de similitud con la analizada, con objeto de cuantificar el valor normal de mercado de los bienes existente en el momento de realización de la operación. No se considerará como precio notoriamente anómalo aquel que se justifique por la existencia de factores económicos distintos a la aplicación del impuesto.

3. Para la exigencia de esta responsabilidad, la Administración tributaria deberá acreditar la existencia de un impuesto repercutido o que hubiera debido repercutirse que no ha sido objeto de declaración e ingreso.

4. Una vez que la Administración tributaria haya constatado la concurrencia de los requisitos establecidos en los apartados anteriores declarará la responsabilidad conforme a lo dispuesto en el artículo 41.5 de la Ley 58/2003, General Tributaria».

<sup>14</sup> Vid. GARCÍA NOVOA, C.: «Modificaciones en la regulación del IVA introducidas por la Ley de Prevención del Fraude», *QF*, n.º 13, 2007. BARCIELA PÉREZ, J.A.: «La responsabilidad subsidiaria del artículo 87.5 de la LIVA y la jurisprudencia comunitaria», *QF*, n.º 8, 2009.

<sup>15</sup> Vid. FALCÓN Y TELLA, R.: «Las cadenas de fraude en el IVA y la STJCE de 12 de enero de 2006: la incompatibilidad con la Sexta Directiva de los supuestos de responsabilidad previstos en la Ley General Tributaria y en el anteproyecto de ley de pre-

vende y desaparece sin haber ingresado el IVA repercutido en la segunda entrega, siendo la primera operación una adquisición intracomunitaria y no habiendo ingresado el IVA. En el segundo caso, donde al menos concurren tres empresarios registrados en dos Estados miembros distintos, se realiza una adquisición intracomunitaria, a continuación vende a pérdida los bienes a una empresa que podrá reclamar el IVA soportado y que revende esos bienes a otro intermediario con un margen de beneficio, y sucesivamente los bienes son siendo revendidos hasta que se venden a un operador inscrito en otro Estado miembro, gozando la operación de exención plena, dando, por tanto, derecho a la deducción del IVA soportado.

Está claro que en estos supuestos realizan las operaciones de adquisición sin soportar el IVA puesto que no lo va a deducir.

La STJCE, asunto *Federation of Technological Industries* y otros, de 6 de julio de 2006 (NFJ022972), resuelve sobre la posible incompatibilidad de una norma del Reino Unido similar al artículo 87.5 de la LIVA española, con determinados preceptos de la Sexta Directiva. El Tribunal consideró que la Sexta Directiva permite a la legislación interna adoptar una norma como la controvertida que establece que un sujeto pasivo al que se haya efectuado una entrega de bienes o una prestación de servicios y que sabía, o podía razonablemente sospechar, que la totalidad o una parte del IVA quedaría impagada, puede ser considerado solidariamente responsable, estableciendo como condición que la normativa debe respetar particularmente los principios de seguridad jurídica y proporcionalidad.

Si el sujeto pasivo es ajeno al fraude en una fase anterior no puede negarse la deducción del IVA soportado ni puede exigírsele responsabilidad alguna.

Pese a que la norma española es considerada por un sector doctrinal como contraria al Derecho comunitario por introducir, a diferencia de la normativa británica, una responsabilidad objetiva, lo cierto es que la cuestión se centra en determinar si el precio que se pacta para el inmueble, la deuda en cuyo pago se acepta, es tal que permita la declaración de responsabilidad. Podríamos pensar que se trata de un precio anómalo pero lo que está claro es que se justifica por la existencia de factores económicos distintos a la aplicación del impuesto. Por lo demás, con la dación en pago no se pretende defraudar el IVA por lo que no responde a la finalidad para la que se introdujo esta norma. Lo que se trata es de resolver los efectos que la crisis está originando en las empresas y los particulares.

De lo anterior, hay que concluir que no cabe exigir responsabilidad de ningún tipo en estos casos. Ni ánimo defraudatorio ni precio notoriamente anómalo.

## 2. Entregas sujetas y exentas. Renuncia a la exención

Para el caso de operaciones sujetas y exentas: segunda y ulterior entrega, la realizada por el promotor, después de la utilización ininterrumpida por dos o más años, terrenos no edificables, con excepciones, la cuestión a destacar es la de la renuncia a la exención<sup>16</sup>.

vención de fraude», *QF*, n.º 2, 2006. ZURDO RUIZ-AYÚCAR, J. y ZURDO RUIZ-AYÚCAR, I.: «Operaciones carrusel ante el IVA. Crítica de recientes criterios judiciales españoles a la vista de la jurisprudencia de Luxemburgo», *QF*, n.º 8, 2008.

<sup>16</sup> Artículo 20.dos de la LIVA: «Las exenciones relativas a los números 20, 21 y 22 del apartado anterior podrán ser objeto de renuncia por el sujeto pasivo, en la forma y con los requisitos que se determinen reglamentariamente, cuando el adqui-

El ejercicio de esta renuncia se condiciona a que el adquirente sea empresario o profesional y a que tenga derecho a la deducción total del IVA soportado. También, en los territorios forales. **Resolución de 12 de noviembre de 2010, del Departamento de Hacienda y Finanzas, País Vasco:** entrega de un inmueble por una entidad en pago de deuda. Calificación de la operación de dación en pago por sus efectos solutorios. Entrega sujeta al IVA y dado que se trata de una segunda entrega, en la modalidad exenta. Posibilidad de renuncia a la exención siempre que el adquirente sea un sujeto pasivo que actúe en el ejercicio de su actividad y en función del destino previsible tenga derecho a la deducción total del IVA soportado en las adquisiciones. Requisitos que no concurren en el caso de las entidades financieras.

Tiene declarado el **TS en Sentencia de 24 de enero de 2007** (NFJ024997) en un supuesto en que una empresa entrega al Banco X en concepto de dación en pago cinco fincas. La operación está sujeta a IVA, pero exenta (art. 20.1.22 LIVA) al tratarse de segunda entrega de edificaciones, incluidos los terrenos en que se hallan enclavadas; por tanto, se sujetaría a TPO (art. 7.5 TRLITPAJD).

Como previene el artículo 20.2 de la LIVA cabe renuncia a la exención cumpliéndose determinados requisitos entre los que se halla que el adquirente tenga derecho a la deducción total del impuesto soportado. Al tratarse de una entidad financiera la mayoría de operaciones que realiza en su actividad empresarial son de carácter financiero y están exentas de IVA (art. 20.18 LIVA), luego la deducción del IVA soportado no es total como exige el artículo 20.2 de la LIVA para renunciar a la exención.

De lo anterior, la entidad financiera está sometida al régimen de prorrata (art. 105 LIVA) pudiendo deducirse solo un porcentaje del IVA soportado en sus adquisiciones. Si esto es así, no se cumple el requisito del derecho a la deducción total del IVA soportado que permitiría renunciar a la exención.

El banco en el caso analizado aplica la prorrata especial del artículo 106 de la LIVA generando el derecho a la total deducibilidad del IVA soportado. Así, el ejercicio del derecho a deducir en el régimen de prorrata especial consiste en que el IVA soportado en la adquisición o importación de bienes o servicios utilizados exclusivamente en la realización de operaciones que originen el derecho a la deducción podrán deducirse íntegramente. Sin embargo, declara el Tribunal, la entidad no ha aportado prueba que acredite que el régimen aplicable sea el de prorrata especial.

Declara el Tribunal:

«La aceptación de la tesis de la recurrente de aplicar en este tipo de operaciones el régimen de prorrata especial significaría aceptar que el sometimiento de la operación al IVA dependería no del régimen al que está sometido el adquirente en el momento del devengo del impuesto sino del que tenga cuando lo transmita, si llega a transmitirlo.

rente sea un sujeto pasivo que actúe en el ejercicio de sus actividades empresariales o profesionales y, en función de su destino previsible, tenga derecho a la deducción total del impuesto soportado por las correspondientes adquisiciones.

Se entenderá que el adquirente tiene derecho a la deducción total cuando el porcentaje de deducción provisionalmente aplicable en el año en el que se haya de soportar el impuesto permita su deducción íntegra, incluso en el supuesto de cuotas soportadas con anterioridad al comienzo de la realización de entregas de bienes o prestaciones de servicios correspondientes a actividades empresariales o profesionales».

No se puede presumir, en el momento de la adquisición, que el hipotético futuro comprador del inmueble reúna las características necesarias para que el banco (futuro transmitente) pueda renunciar a la exención en el IVA que afecta a esa futura transmisión y ello para que, en el momento de la adquisición, se pueda considerar que el inmueble sea destinado a una actividad sujeta y no exenta del IVA.

La Ley 37/1992 exige que en el momento de la renuncia a la exención (momento en el que el banco adquiere el inmueble) el banco pueda deducirse el 100 por 100 del IVA soportado: la ley exige seguridad y certeza en las condiciones que debe reunir el adquirente <sup>17</sup>.

La entidad recurrente pretende que la certeza exigida legalmente se sustituya por una presunción y, en el hipotético caso de que consiga vender el inmueble a un futuro comprador que reúna los requisitos necesarios para permitirle renunciar a la exención, aplicando a la transmisión el IVA correspondiente, poder mantener, al final de esta cadena de presunciones, que la adquisición inicial, la que es precisamente objeto del presente recurso, ha sido destinada a una actividad sujeta y no exenta de IVA.

En el momento de la adquisición de los inmuebles la finalidad de la transmisión no es su destino futuro, sino la cancelación de un préstamo concedido en el ámbito de su actividad financiera, habiendo aceptado el banco como medio sustitutorio del efectivo metálico la cesión del inmueble.

Es el momento de la adquisición del inmueble, y en el ámbito de la actividad en que se adquiere, el que determina si se tiene o no derecho a la deducción total del impuesto y es manifiesto que en ese ámbito la recurrente no lo ha acreditado. Y es el adquirente el que ha de justificar, mediante una declaración suscrita por ella misma, su condición de sujeto pasivo con derecho a la deducción total del impuesto soportado por la adquisición de los correspondientes bienes inmuebles. La falta de uno de los requisitos exigidos hace que la renuncia no pueda ser efectuada.»

También, el TJCE mantiene esta línea; así, el derecho a la deducción se hace depender de los requisitos concurrentes en la fecha de las adquisiciones <sup>18</sup>. Aunque, desde el 1 de enero de 2006 el artículo 20.dos de la LIVA hace referencia al «destino previsible», y así el TJCE ha argumentado en base a este destino previsible para admitir el derecho a la deducción de bienes y servicios que se adquieran con la finalidad de utilizarlos en el ejercicio de una actividad económica <sup>19</sup>.

### 3.D. Base imponible en el IVA

La base imponible de la dación a efectos del IVA implica diferenciar esta operación de la figura de la permuta que tiene su propio régimen.

<sup>17</sup> En este sentido, SSTS de 5 de octubre de 2005 (NFJ021492) y 14 de marzo de 2006 (NFJ021674).

<sup>18</sup> SSTJCE de 11 de julio de 1991, asunto C-97/90 (NFJ001287), Lennartz, y de 2 de junio de 2005, asunto C-378/02 (NFJ020146), Waterschap Zeeuws Vlaanderen.

<sup>19</sup> SSTJCE de 14 de febrero de 1985, asunto C-268/83 (NFJ000077), Rompelman, de 29 de febrero de 1996, asunto C-110/94 (NFJ005253), INZO, de 21 de marzo de 2000, asuntos acumulados C-110/98 (NFJ008486) a C-147/98, Gabalfrisa y otros, y de 8 de junio de 2000, asunto C-400/98 (NFJ009297), Breitsohl.

Reza el artículo 78.uno de la LIVA «La base imponible del impuesto estará constituida por el importe total de la contraprestación de las operaciones sujetas al mismo procedente del destinatario o de terceras personas».

Por su parte, el artículo 79.uno de la LIVA, base imponible. Reglas especiales, establece que:

«1. En las operaciones cuya contraprestación no consista en dinero, se considerará como base imponible la que se hubiese acordado en condiciones normales de mercado, en la misma fase de producción o comercialización, entre partes que fuesen independientes.

No obstante, si la contraprestación consistiera parcialmente en dinero, se considerará base imponible el resultado de añadir al valor en el mercado de la parte no dineraria de la contraprestación el importe de la parte dineraria de la misma, siempre que dicho resultado fuere superior al determinado por aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior».

En la dación en pago el acreedor acepta recibir una prestación distinta a la originaria-inicialmente pactada en orden a cancelar el crédito. En este caso, una vivienda, efectivamente una contraprestación en especie. Lo que plantea la duda en cuanto a la aplicación del artículo 79 de la LIVA.

La Dirección General de Tributos (DGT) en un supuesto de permuta de suelo a cambio de obra futura [**Consulta vinculante de 7 de julio de 2008** (NFC030821)] considera que la base imponible estará constituida por la cantidad que quien lo recibe (promotor inmobiliario) estaría dispuesto a desembolsar por el mismo y que ha de estar formado por el precio de adquisición del bien que va a entregar a cambio (edificación a construir) más gastos y excluido el margen comercial.

No obstante, la dación en pago debe diferenciarse de la permuta. A destacar:

**Resolución del TEAC de 15 de febrero de 2006** (NFJ022948): un promotor cede la construcción a uno de los acreedores para el pago de sus deudas. Esta transmisión de fincas como modo de extinción de la deuda, caso de realizarla un promotor en el ejercicio de su actividad, estará sujeta a IVA, debiendo el promotor repercutir el IVA.

La operación por la que un promotor entrega unos terrenos a cambio de la extinción de determinadas deudas debe calificarse como dación en pago y no como dación para pago, ya que además de la posesión se cede la propiedad, siendo libre el acreedor de disponer de los bienes como considere y el negocio jurídico celebrado supone la extinción de los créditos en su totalidad.

La Inspección de los tributos incoa acta de disconformidad considerando que «la entrega de una cosa "en pago" (no "para pago", ya que en la escritura se da expresamente por cancelada la totalidad de la deuda) de una deuda en dinero (procedente de un préstamo, concedido previamente por la entidad financiera) constituye un supuesto de la regla del artículo 78 de la Ley del IVA, siendo la base imponible a considerar el "importe total de la contraprestación" que necesariamente coincide con el "importe de la deuda que se cancela". Resultando un incremento de base imponible sobre lo declarado por el sujeto pasivo.

La dación en pago produce los mismos efectos traslativos que la compraventa, en la que el crédito del adjudicatario opera como precio de la misma. El artículo 78.Uno de la LIVA establece que "La base imponible del impuesto está constituida por el importe total de la contraprestación de las operaciones sujetas al mismo procedente del destinatario o de terceras personas", considerando incluida en la misma: Dos.7 "El importe de las deudas asumidas por el destinatario de las operaciones sujetas". "El crédito que en este caso se cancela opera como precio de la operación, sin que intervenga en estos casos el artículo 79 sobre reglas especiales de determinación de la base imponible"».

Por ello, se aplican en el IVA las reglas generales de determinación de la base imponible (art. 78 LIVA) y no las reglas especiales de una operación de permuta (art. 79 LIVA), como pretendía el recurrente al no ser dinerarias las prestaciones recíprocas de la operación.

La base imponible del IVA estará constituida por el importe de la contraprestación, que es el importe del crédito que se cancela (criterio distinto, como veremos, al mantenido respecto de la determinación de la base imponible del Impuesto sobre Transmisiones).

En este sentido, la **Resolución de 12 de noviembre de 2010, del Departamento de Hacienda y Finanzas** (País Vasco) afirma que el crédito que en este caso se cancela, opera como precio de la operación, sin que intervenga en estos casos el artículo 79 sobre reglas especiales de determinación de la base imponible.

Por tanto, conforme a lo dispuesto en el artículo 78 del IVA la base imponible de este impuesto en una dación en pago de un inmueble está constituida por el importe total de la contraprestación obtenida, esto es, la cuantía de la deuda cuya dación extingue, debiendo ser este el importe asignado a la base imponible del IVA en la factura que el deudor estará obligado a expedir y entregar.

### **3.E. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados**

#### *1. Con relación a la modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas*

En el caso de que la dación en pago la realice un particular, la tributación en el ITPAJD lo será en la modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO).

El artículo 7.2 A) del TRLITPAJD señala que a efectos de liquidación y pago del impuesto se considerarán transmisiones patrimoniales:

«A) Las adjudicaciones en pago y para pago de deudas, así como las adjudicaciones expresas en pago de asunción de deudas. Los adjudicatarios para pago de deudas que acrediten haber transmitido al acreedor en solvencia de su crédito, dentro del plazo de dos años, los mismos bienes o derechos que les fueron adjudicados y los que justifiquen haberlos transmitido a un tercero para este objeto, dentro del mismo plazo, podrán exigir la devolución del impuesto satisfecho por tales adjudicaciones».



Respecto de las tres clases de adjudicaciones es relevante el pronunciamiento del **TS de 17 de mayo de 1995** (NFJ003589): «Segundo. Es claro que en las viejas normas del Impuesto sobre Derechos Reales y sobre Transmisión de Bienes se conocieron, a sus efectos, tres clases de adjudicaciones: la adjudicación en pago de deudas, la adjudicación en pago de asunción de deudas y la adjudicación para pago de deudas. En la primera, el adjudicatario es acreedor del adjudicante por un crédito propio; en la segunda, resulta deudor de terceros por la cesión de deudas y bienes hecha por el adjudicante y, en la tercera, recibe determinados bienes para, con ellos o con su producto, hacer el pago de deudas del adjudicante.

De esta manera las dos primeras implican una verdadera transmisión del bien, sea en solvencia del crédito o en compensación de las deudas asumidas, por lo que la transmisión queda sujeta al impuesto en condiciones normales. Por contra, en la adjudicación para pago de deudas el adjudicatario cumple una función vicaria que no va más allá de pagar las deudas del adjudicante con los bienes reducidos o con el producto de su venta y, por ello, se le reconoce el derecho a la devolución de lo cautelarmente ingresado por impuesto, caso de que en determinado plazo justifique haber cumplido aquel cometido.

Para la Sala Primera de este TS (por ejemplo, Sentencia de 14 de septiembre de 1987) la adjudicación en pago es un negocio *pro soluto*, mientras que la adjudicación para pago es un negocio *pro solvendo*, sin efectos liberatorios o extintivos hasta que se enajenen y liquiden los bienes y con su importe se pague a los acreedores de modo total o parcial, produciendo la extinción también total o parcialmente, y siendo su naturaleza la de un mandato liquidatorio de pago que se ejecuta mediante el otorgamiento de un poder irrevocable, perfeccionándose la cesión con la entrega de los bienes y, si no se ha pactado otra cosa, el obligado solo se libera por el importe de los bienes liquidados, persistiendo su responsabilidad por la parte de deuda que queda sin cubrir».

En estos tres supuestos de adjudicaciones sujetas al impuesto la base imponible de la operación vendrá determinada por el artículo 10 del TRLITPAJD que señala: «La base imponible está constituida por el valor real del bien transmitido o derecho que se constituya o ceda. Únicamente serán deducibles las cargas que disminuyan el valor real de los bienes, pero no las deudas, aunque estén garantizadas con prenda o hipoteca».

Lo habitual en estos casos será la entrega del inmueble hipotecado a la entidad financiera; la base imponible vendrá dada por el valor real del inmueble aceptado por la entidad financiera que lo recibe para cancelar la deuda que tenía con ella quien realiza la dación del inmueble, sin minoración de deudas. Lo relevante, por tanto, es el valor, no el precio efectivamente satisfecho. Por lo que, en ocasiones, la base imponible de este tributo será superior al importe de la deuda que se cancela.

Respecto de la cuestión de si ante una comprobación de valores, en los casos de dación en pago de deudas, el valor susceptible de comprobación es el de los bienes que se adjudican en pago de la deuda o, por contra, la cantidad adeudada en solvencia de la cual se han entregado determinados bienes inmuebles, mantiene el **Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Andalucía en Sentencia de 21 de mayo de 2001** (NFJ010715) que el valor susceptible de comprobación es el de los bienes que se adjudican en pago de la deuda contraída. Afirma que «el acto gravado ha de serlo tomando en consideración el valor de los bienes que son efectivamente objeto de transmisión, con independencia del

importe de la deuda que con ellos queda saldada, porque lo gravado es la transmisión del bien otorgado en pago de dicha deuda y esta transmisión ha de ser valorada atendiendo al valor real del bien que se entrega que no considerando el montante de la deuda que su dación en pago viene a solventar».

En el caso de inmuebles en construcción, la base imponible estará constituida por el valor real del bien en el momento de la transmisión del crédito o derecho, sin que pueda ser inferior al importe de la contraprestación satisfecha por la cesión (art. 17 LITP).

- Una cuestión controvertida la constituye si la ampliación de capital en la que el desembolso de las acciones se lleva a cabo mediante la aportación de unos inmuebles hipotecados en garantía de un préstamo concedido por una entidad financiera constituye o no una sola convención a efectos de su tributación en el ITP.

**La DGT en la Consulta n.º 252/2005, de 15 de septiembre (NFC021301), declara:**

La aportación del inmueble no se puede asimilar a la figura de la compraventa o de la dación en pago. En este último caso, para que hubiera una dación sería necesaria la existencia previa de una deuda del aportante con la sociedad que recibe el bien, y que además en virtud de dicha aportación quedase saldada la deuda. No es el caso, ya que el aportante tiene contraída una deuda no con la entidad que amplía capital, sino con una entidad bancaria, y la aportación del bien constituye el desembolso de las acciones que se reciben en la ampliación de capital, sin suponer en modo alguno la extinción de la deuda que sigue vigente, haciéndose cargo de ella la entidad adquirente del bien.

La operación en la que se sustituyen los deudores originales por un nuevo deudor constituye lo que se denomina «asunción de deuda».

Por lo que respecta a la tributación en el ITPAJD, en su artículo 4 se establece que «a una sola convención no puede exigírsele más que el pago de un solo derecho, pero cuando un mismo documento o contrato comprenda varias convenciones sujetas al impuesto separadamente, se exigirá el derecho señalado a cada una de aquellas, salvo en los casos en que se determine expresamente otra cosa».

Refiere la Resolución de fecha de 26 de noviembre de 2002 para mantener que si a la aportación de un inmueble hipotecado a la sociedad que amplía capital se añade la asunción de la deuda por parte de la entidad adjudicataria del inmueble, esta segunda operación es otra convención, distinta de la transmisión del inmueble, por lo que debe gravarse separadamente de aquella.

Postura contraria mantiene la **STSJ de Andalucía, de Sevilla, de 2 de julio de 2010 (NFJ040579)** en una operación de ampliación de capital con aportación de inmueble hipotecado, el cual se valora en una determinada cantidad una vez deducido el importe pendiente de amortización de una hipoteca que lo gravaba. Afirma la Administración tributaria la existencia de dos convenciones, aumento de capital (OS) y adjudicación de bienes en pago de deudas, sujeta esta a TPO, liquidando ambas.

Argumenta la sentencia que «tanto las transmisiones patrimoniales onerosas como las operaciones societarias, separadamente consideradas, son actuaciones gravadas por el Impuesto sobre

Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados [art. 1.1.º) y 3.º) del Texto Refundido del Impuesto aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre], y que entre las primeras se incluyen las adjudicaciones en pago (el adjudicatario es acreedor del adjudicante por un crédito propio) y para pago (el adjudicatario recibe determinados bienes para, con ellos o con su producto, hacer el pago de deudas del adjudicante) de deudas, así como las adjudicaciones expresas en pago de asunción de deudas (el adjudicatario resulta deudor de terceros por la cesión de deudas y bienes hecha por el adjudicante) [art. 7.2 a) del Texto Refundido].

Pero como bien sostiene la Resolución 00/1408/2003, de 8 de octubre de 2003, del Tribunal Económico-Administrativo Central para un supuesto similar al de autos, reiterando su criterio ya mantenido en otra anterior de 8 de julio de 1999, la aportación realizada forma parte de una operación societaria de ampliación de capital de la que no es posible desligarla, y no puede por tanto quedar sujeta a la modalidad de "transmisiones patrimoniales onerosas", dada la incompatibilidad de esta con la de "operaciones societarias", como así lo establece el artículo 1.2 del Texto Refundido, que establece que "en ningún caso, un mismo acto podrá ser liquidado por el concepto de transmisiones patrimoniales onerosas y por el de operaciones societarias"».

Por tanto, se trata de actuaciones inescindibles, constituyendo la primera el modo de hacer efectiva la segunda (la asunción de la deuda por la sociedad no puede desligarse del acto de aportación que ya tributa por Operaciones Societarias), constituyendo un negocio jurídico único y siendo su causa única también, por lo que a efectos de lo previsto en el artículo 4 del Texto Refundido<sup>20</sup> existe una sola convención respecto de la que solo puede exigirse un único gravamen.

## 2. Con relación a la modalidad AJD

La sujeción en la modalidad AJD al Impuesto sobre Transmisiones se producirá en aquellos supuestos en que la dación en pago, por realizarla un empresario o profesional, esté sujeta a IVA y se trate de un acto inscribible (formalización en escritura pública).

Tratándose de daciones de inmuebles hipotecados destacar la Resolución del TEAC de 18 de julio de 2002: extinción de un crédito mediante dación en pago con la particularidad de que los bienes entregados estaban hipotecados a favor de la entidad que con anterioridad había sido acreedora, por lo que la cancelación hipotecaria se hace necesaria, en primer lugar, por la ya inexistencia del crédito y, en segundo lugar, porque nadie va a ejecutar sus propios bienes. Pero, en todo caso, la inscripción registral de cancelación se ha de llevar a cabo. A mayor abundamiento, este Tribunal ha sostenido en numerosas resoluciones que para que concurran los requisitos del artículo 31.2 del Texto Refundido del Impuesto basta con que el documento notarial sea susceptible de inscripción, y, en el caso que se analiza, resulta evidente que lo es. Por ello, cabe concluir que la cancelación de hipoteca formalizada en escritura pública de 1993 debe gravarse por el gravamen de actos jurídicos documentados.

<sup>20</sup> «A una sola convención no puede exigirsele más que el pago de un solo derecho, pero cuando un mismo documento o contrato comprenda varias convenciones sujetas al impuesto separadamente, se exigirá el derecho señalado a cada una de aquellas, salvo en los casos en que se determine expresamente otra cosa».

La base imponible estaría formada conforme a lo previsto en el artículo 10.2 c) del TRLITPAJD por el importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otro concepto análogo. Esto es, la responsabilidad hipotecaria.

Si bien, conforme al artículo 45 B).18 del TRLITPAJD se declaran exentas las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase, en cuanto al gravamen gradual de la modalidad AJD que grava los documentos notariales.

### 3.F. Impuesto sobre el Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana

Por último, no hay que olvidar que la dación en pago también tendrá repercusiones en el ámbito de la imposición local.

Conforme al artículo 104 de la Ley de Hacienda Locales (LHL), el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana es un tributo directo que grava el incremento de valor que experimenten dichos terrenos y se ponga de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los terrenos por cualquier título o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos. La dación en pago es una transmisión de la propiedad del inmueble, con plenos efectos solutorios y, por tanto, supone la realización del hecho imponible de este impuesto.

Conforme al mismo, la base imponible estará constituida por el valor de los terrenos puesto de manifiesto en el momento del devengo y experimentado a lo largo de un periodo máximo de 20 años. Tratándose de transmisión de terrenos, el valor será el que tengan a efectos del IVA.

Conforme a la **STS de 25 de marzo de 1992** (NFJ001536), se realiza el hecho imponible si un terreno urbano es objeto de adjudicación o dación en pago de una deuda; en concreto se trata de la adjudicación de una finca por una empresa a sus trabajadores en pago de una indemnización de la relación laboral.

Declara el Tribunal que «no puede olvidarse que así como están obligados al pago del impuesto en concepto de contribuyentes, en las transmisiones, a título gratuito el adquirente, en las a título oneroso, lo está el transmitente, pero el adquirente tendrá la condición de sustituto del contribuyente... quien podrá repercutir, en todo caso, al transmitente el importe del gravamen (art. 91 RD 3250/1976), y la adjudicación o dación en pago en el caso de autos, sea una novación por cambio de objeto, sea una compraventa con precio anticipado, se caracteriza por su naturaleza de enajenación con causa onerosa».

## 4. POSIBLES INCUMPLIMIENTOS DE REQUISITOS DE MANTENIMIENTO

El hecho de que el objeto de la dación en pago lo constituya un bien inmueble va a tener otras repercusiones tributarias además de las relacionadas a lo largo del trabajo.

#### 4.A. Deducción por adquisición de vivienda habitual

Conforme al artículo 68 de la LIRPF se condiciona la deducción por adquisición de vivienda habitual a que el contribuyente resida en ella durante un plazo continuado de tres años. No obstante, a pesar de no haber transcurrido ese plazo se entenderá que ha tenido ese carácter cuando «se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurren circunstancias que necesariamente exijan el cambio de vivienda, tales como separación matrimonial, traslado laboral, obtención de primer empleo o de empleo más ventajoso u otras análogas». Expresamente no está haciendo referencia a la pérdida de la vivienda por haber sido dada en pago de una deuda, pero esta circunstancia podría entenderse incluida en la expresión «u otras análogas». En todos estos supuestos la pérdida de la residencia habitual lo es por circunstancias sobrevenidas y ajenas a la voluntad del contribuyente.

En caso contrario, se deberá proceder a regularizar la situación tributaria del contribuyente que dio la vivienda en pago antes de haber transcurrido tres años desde su adquisición, ingresando las deducciones practicadas más los correspondientes intereses de demora, agravando aún más su situación.

#### 4.B. Exención por reinversión

Conforme al artículo 38 de la LIRPF se excluyen de gravamen «las ganancias patrimoniales obtenidas por la transmisión de la vivienda habitual del contribuyente, siempre que el importe total obtenido por la transmisión se reinvierta en la adquisición de una nueva vivienda habitual».

Dos requisitos, pues, para aplicar esta exención: que lo que se transmita sea la vivienda habitual, porque tenga este carácter conforme a la normativa del impuesto (lo que enlaza con el epígrafe anterior) y que el importe obtenido en la transmisión se reinvierta en la adquisición de una nueva vivienda que tenga la consideración de habitual.

Trasladado al supuesto que contemplamos se traduciría en que el importe del crédito que se cancela mediante dación en pago por no poder hacerle frente, tendría que ser reinvertido en la adquisición de otra vivienda para que la ganancia generada esté exenta. Frente al supuesto habitual del que vende y reinvierte y se beneficia de la exención, supuesto en que el contribuyente no tiene problemas de liquidez.

#### 4.C. Deducción por reinversión de beneficios extraordinarios

Conforme al artículo 42 del TRLIS se prevé una deducción en la cuota íntegra del impuesto de un porcentaje de las rentas positivas obtenidas en la transmisión onerosa de los elementos patrimoniales (inmovilizado material, intangible o inversiones inmobiliarias, etc.), siempre que se reinvierta el importe obtenido en la transmisión en otros elementos patrimoniales.

Reproducimos las consideraciones anteriores. Se está contemplando un beneficio fiscal que se podrán aplicar los que no tengan problemas de liquidez.

#### 4.D. Deducción para evitar la doble imposición interna: dividendos y plusvalías de fuente interna

El artículo 30 del TRLIS contempla la deducción por doble imposición de dividendos y plusvalías de fuente interna, estableciendo una deducción del 100 por 100 de la cuota íntegra que corresponda a la base imponible derivada de dichos dividendos o participaciones en beneficios cuando los dividendos o participaciones en beneficios procedan de entidades en las que el porcentaje de participación, directo o indirecto, sea igual o superior al 5 por 100, condicionándose dicha deducción a que dicho porcentaje se hubiere tenido de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, *en su defecto, que se mantenga durante el tiempo que sea necesario para completar un año.*

El incumplimiento de este plazo determina la pérdida de la deducción por doble imposición, con la consiguiente regularización, y ello aun cuando se deba a circunstancias sobrevenidas y perentorias.

#### 4.E. Regularización de deducciones en bienes de inversión

Conforme al artículo 107 de la LIVA las cuotas soportadas en la adquisición de bienes de inversión deben regularizarse en determinadas circunstancias, con el fin de evitar excesos de deducción que se producirían si el sujeto alterase el destino de estos bienes, una vez practicada la deducción inicial. Alteración del destino que podría derivar de una dación en pago del bien de inversión.

Procede la regularización cuando la prorrata definitiva del año de la inversión y la del año de regularización difieran en más de 10 puntos porcentuales y cuando en el año de adquisición de los bienes se realicen exclusivamente operaciones que originen el derecho a deducción o no originen tal derecho y posteriormente se modifique esta situación.

Si el sujeto transmite los bienes de inversión durante el proceso de regularización, habrá que hacer una regularización por todo el periodo que quede pendiente conforme a las siguientes reglas (ajuste único):

Transmisión sujeta y no exenta: la prorrata de los años que queden por regularizar y la del año en que se efectúa la transmisión es del 100 por 100. La deducción complementaria que pudiera practicarse no podrá exceder de la cuota que se ha repercutido en la transmisión del bien de inversión.

Transmisión sujeta y exenta: la prorrata del año en que se transmite y la de los años pendientes de regularizar será del 0 por 100.

#### 4.F. Exención por promoción de viviendas de protección oficial

Conforme al artículo 45.12 del TRLITPAJD los beneficios fiscales aplicables en cada caso a las tres modalidades de gravamen son, entre otros:

- La transmisión de terrenos y solares y la cesión del derecho de superficie para la construcción de edificios en régimen de viviendas de protección oficial. Los préstamos hipotecarios solicitados para la adquisición de aquellos, en cuanto al gravamen de AJD.
- Las escrituras públicas otorgadas para formalizar actos o contratos relacionados con la construcción de edificios en régimen de *viviendas de protección oficial*, siempre que se hubiera solicitado dicho régimen a la Administración competente en dicha materia.

Para el reconocimiento de estas exenciones bastará con que se consigne en el documento que el contrato se otorga con la finalidad de construir viviendas de protección oficial y quedará sin efecto si transcurriesen tres años a partir de dicho reconocimiento sin que obtenga la calificación o declaración provisional o cuatro años si se trata de terrenos. La exención se entenderá concedida con carácter provisional y condicionada al cumplimiento que en cada caso exijan las disposiciones vigentes para esta clase de viviendas.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

La actual situación económica de nuestro país ha colocado en primera línea la dación en pago de créditos, principalmente préstamos hipotecarios. Con ella, el deudor salda su deuda (efectos solutivos). Sin embargo, lo que no tiene que pagar por un lado, puede que lo tenga que pagar vía impuestos que gravan la operación y por las regularizaciones de aquellas ventajas fiscales condicionadas al mantenimiento en su patrimonio del elemento dado en pago. Frente a aquellos que por tener liquidez conservan su vivienda y se benefician de los incentivos que el sistema tributario contempla.

Lo anterior complica más las economías domésticas en situación de desempleo. A la falta de ingresos y a la pérdida de la vivienda se suma una deuda con el Fisco por una ganancia patrimonial por la que no se ha percibido ningún ingreso.

Sucede lo mismo con las empresas, que ante la falta de liquidez, y antes de acudir al concurso, se ven abocadas a acudir a la dación en pago, derivándose de la misma una deuda tributaria por unos ingresos que no han percibido. Sin que puedan beneficiarse de la deducción por reinversión en beneficios extraordinarios, dados sus problemas de liquidez, frente a los que por tener liquidez se acogen a ese beneficio fiscal.

La tributación de las plusvalías derivadas de la dación en pago no facilita, en absoluto, la recuperación económica. Ante la generalización de las daciones sería conveniente que coyunturalmente se resolviera esta situación en unos momentos en que la situación económica no es especialmente propicia.

La solución debería pasar, cuanto menos, por establecer la exención de estas plusvalías o algún tipo de bonificación, para equiparar así su trato a los que venden por puro voluntarismo y reinvierten lo obtenido; y debería extenderse también a la imposición indirecta haciendo la figura más atractiva

para el acreedor, normalmente una entidad financiera, que se vería libre de tributación, sin que surgieran los problemas derivados de la aplicación de la regla de prorrata y la renuncia a la exención. Normas que deberían ir acompañadas de una modificación más profunda del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que permite al banco, en caso de subasta sin postor, adjudicarse el inmueble desde el 60 por 100 del valor de su tasación original (antes desde el 50%) o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. Por lo mismo, no se debería exigir la regularización de aquellas ventajas fiscales a las que la dación en pago ha hecho perder su legitimidad y cuyo incumplimiento de los requisitos deriva de circunstancias ajenas a la voluntariedad del deudor.

Es esta y no otra la solución más recomendable en el actual escenario de crisis. Y, en ese sentido, deberían dirigirse las intencionalidades políticas de este país, más que por establecer una limitación de la responsabilidad de los deudores en las hipotecas. Con ello se atendería a las reivindicaciones de las entidades financieras (se pondría a salvo la solvencia de las mismas), se respetaría a los inversionistas que hubieran adquirido bonos y cédulas hipotecarias, haciendo más fácil su negociación en un mercado secundario y se daría una imagen de seriedad en el exterior; a la vez que se haría más atractiva la figura de la dación en pago.