

TRATAMIENTO FISCAL DE LAS CLÁUSULAS DE CONTENIDO ECONÓMICO EN LOS CONVENIOS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO

CLAUDIO GARCÍA DÍEZ

Abogado. Doctor en Derecho

Profesor de la Universidad a Distancia de Madrid

(UDIMA)

Extracto:

Los Convenios reguladores de separación y divorcio contienen, entre otras estipulaciones, las relativas a regular y disciplinar las relaciones económicas que surgen a cargo de los excónyuges con motivo de la disolución matrimonial. En este trabajo se analizan las repercusiones fiscales de dichas cláusulas económicas a través del estudio de la normativa tributaria aplicable (en el IRPF, en el ITP y AJD...), conforme a la interpretación dada por la Dirección General de Tributos y la jurisprudencia.

Palabras clave: impuestos, divorcio, separación, Convenio regulador.

TAX TREATMENT OF ECONOMIC PROVISIONS IN SEPARATION AND DIVORCE AGREEMENTS

CLAUDIO GARCÍA DÍEZ

Abogado. Doctor en Derecho

Profesor de la Universidad a Distancia de Madrid

(UDIMA)

Abstract:

THE Regulatory Civil Divorce and Separation Settlement contain, among other stipulations, concerning regular and disciplined economic relations carried out by the exspouses on the occasion of the marriage dissolution. This work examines the fiscal impact of economic clauses through the study of the legislation applicable tax (income tax, the ITP and stamp duty...), in accordance with the interpretation given by the Directorate General for Taxation and the case-law.

Keywords: taxes, divorce, separation, separation agreement.

Sumario

1. Introducción.
2. Anualidades por alimentos.
 - 2.1. Concepto.
 - 2.2. Tratamiento en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
3. Pensión compensatoria y «contribución a las cargas del matrimonio».
 - 3.1. Concepto.
 - 3.2. Tratamiento en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
4. Prestaciones económicas derivadas de Planes de Pensiones.
5. Indeterminación en las cláusulas de contenido económico de los Convenios reguladores.
6. Adjudicación de la guarda y custodia de los hijos e implicaciones en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
7. Adjudicación del uso de la vivienda habitual a un cónyuge y al resto de la unidad familiar.
 - 7.1. ¿Constitución de un derecho real de uso sobre el hogar familiar sujeto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas?
 - 7.2. La deducción por adquisición de vivienda habitual en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
 - 7.3. La deducción por reinversión en la adquisición de vivienda habitual.
8. Liquidación del régimen económico matrimonial.
 - 8.1. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
 - 8.2. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales.
 - 8.2.1. Exención en caso de disolución de la «sociedad conyugal».
 - 8.2.2. Tributación de los excesos de adjudicación.
 - 8.3. Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

I. INTRODUCCIÓN

Los Convenios reguladores de separación y divorcio contienen, entre otras estipulaciones, las relativas a regular y disciplinar las relaciones económicas que surgen a cargo de los excónyuges con motivo de la disolución matrimonial. En este trabajo se analizan las repercusiones fiscales de dichas cláusulas económicas a través del estudio de la normativa tributaria aplicable (en el IRPF, en el ITP y AJD...), conforme a la interpretación dada por la Dirección General de Tributos y la jurisprudencia.

2. ANUALIDADES POR ALIMENTOS

2.1. Concepto

La anualidades por alimentos se encuentran reguladas en los artículos 142 a 153 del Código Civil y consiste en «todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica», incluyendo «la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable», así como «los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo» (art. 142 CC).

Conforme a lo dispuesto en los artículos 143 y 144 del Código Civil, los cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos (estos últimos cuando se cumplan determinadas circunstancias) están «obligados recíprocamente a darse alimentos».

A los efectos de este epígrafe, el supuesto tipo que aparece en los Convenios de separación matrimonial es el correspondiente a las prestaciones por alimentos a que se encuentran compelidos los padres respecto de los hijos de la unidad familiar.

2.2. Tratamiento en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

El análisis en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) de las anualidades por alimentos debe partir de la dispar posición en que se encuentran, de una parte, los progenitores obligados a satisfacer la prestación alimenticia y, de otra, los beneficiarios (alimentistas) de la misma.

A) El prestador de alimentos

El pagador de las anualidades por alimentos podrá aplicar una reducción en su base imponible del IRPF siempre que sean satisfechas por decisión judicial ¹, conforme establece el artículo 55 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre (LIRPF) ². En consecuencia, con motivo de la disolución matrimonial, la pensión por alimentos satisfecha al excónyuge está comprendida en la referida reducción ³. No ocurre lo mismo con la prestación alimenticia establecida a favor de los hijos, pues se encuentra expresamente exceptuada por el citado precepto legal.

Esta exclusión tiene por objeto tratar de forma uniforme en el IRPF las cargas económicas que el sustento de los hijos supone para los progenitores con independencia del estado civil de estos, ya que es evidente que, de no haberse estipulado tal excepción, los padres separados contarían con un mejor trato fiscal que los padres casados, los cuales no disponen, en la actual regulación del impuesto sobre la renta, de una reducción parecida por alimentos. En definitiva, desde la perspectiva fiscal, la prestación alimenticia para el padre-pagador (casado o divorciado) no es más que una mera aplicación de renta que debe destinar a la manutención de sus hijos ⁴.

¹ Dicho requisito «impide que pueda considerarse cualquier cantidad que se satisfaga únicamente por acuerdo de las partes y ello imposibilita que pudiera permitir la reducción de cualquier importe fijado en el acuerdo (...), pues no consta que sobre este haya habido decisión judicial que establezca pensión compensatoria o anualidad por alimentos distinta o complementaria de la establecida en el convenio regulador» (STSJ de Madrid núm. 825/2010, de 24 de junio, Fundamento Cuarto). «La necesidad de que el convenio regulador de separación o divorcio sea homologado por sentencia o resolución judicial es imprescindible a efectos fiscales, precisamente con el objetivo de evitar la posible comisión de fraudes por parte de las personas que pudieran presentar documentos no fehacientes o verídicos con el fin de defraudar al Fisco (...) que en cada caso puede consistir en sentencia en proceso de separación, divorcio, nulidad o modificación de efectos de sentencia; auto de medidas provisionales o auto de ejecución de sentencia» (STSJ de Cataluña núm. 145/2009, de 12 de febrero, Fundamento Tercero).

² El artículo 55 de la LIRPF señala que podrán ser objeto de reducción en la base imponible del impuesto «Las pensiones compensatorias a favor del cónyuge y las anualidades por alimentos, con excepción de las fijadas en favor de los hijos del contribuyente, satisfechas ambas por decisión judicial, podrán ser objeto de reducción en la base imponible».

³ Como se afirma en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León núm. 1429/2010, de 21 de junio, «es patente que solo las pensiones que se abonen a un cónyuge como consecuencia de un proceso matrimonial pueden ser objeto de deducción en la declaración del IRPF, sin que puedan serlo las cantidades que se abonen a los hijos» (Fundamento Tercero). Siendo este el criterio mayoritario en la jurisprudencia, existen posicionamientos aislados que niegan la aplicación de la reducción a las anualidades por alimentos satisfechas al excónyuge, puesto «que los divorciados no están obligados a darse alimentos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 143 del Código Civil, lo que comporta la procedencia de incluir dicha cantidad en la base imponible del IRPF del recurrente (...) En efecto, no tiene cabida (...) la inclusión de alimentos al cónyuge divorciado, pues con independencia de la licitud del pacto, el sedicente convenio altera la naturaleza jurídica de los alimentos y no es incluible precisamente por su carácter contractual; debiendo entenderse por "alimentos", tras el divorcio, los debidos a los hijos, pues como bien señala el acuerdo impugnado, tras el divorcio, disuelto el matrimonio, los excónyuges no podrán exigirse alimentos recíprocos, como con claridad se desprende del tenor literal del artículo 143 del Código Civil» (STSJ de Canarias núm. 733/2006, de 5 de mayo, Fundamentos Primero y Segundo).

⁴ Como ya destacara POLO SORIANO, con esta regulación «el legislador pretende fundamentalmente equiparar la situación tributaria del padre no separado o del que aun no estando separado asume voluntariamente el mantenimiento económico de sus hijos, con el progenitor que solo hace frente a las cargas económicas de sus hijos obligado por sentencia judicial (...) Además (...) el mantenimiento de los hijos, sea cual sea la situación familiar del padre (...) y se tenga o no la custodia de los hijos, no puede ser un gasto fiscalmente deducible de la renta del padre ya que fundamentalmente estamos ante un acto de consumo que debe tener el mismo tratamiento fiscal que el consumo propio o familiar» (POLO SORIANO, A.: «Tratamiento fiscal de las pensiones alimenticias y compensatorias», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 1/1998, pág. 53). Con posterioridad, la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2005, de 14 de marzo, ha reafirmado este posi-

No obstante, la normativa del IRPF sí tiene en cuenta las anualidades alimenticias satisfechas por los padres a sus hijos en virtud de decisión judicial para calcular la cuota íntegra estatal y autonómica del impuesto permitiendo, siempre que dicha pensión alimenticia anual sea inferior a la base imponible general del padre-pagador, la aplicación separada de la escala de gravamen a ambas partidas a efectos de calcular una minoración en la determinación de la cuota del impuesto dentro de los términos fijados en los artículos 64 y 75 de la LIRPF⁵; cuyo efecto útil se traduce en una importante reducción en la progresividad del IRPF de dichos pagadores.

Esta especialidad en la cuantificación de la cuota del IRPF, de la que solo pueden beneficiarse los padres separados judicialmente que vengán satisfaciendo la pensión alimenticia a sus hijos, supone la creación de un beneficio fiscal que, cuando menos, implica un trato tributario diferenciado respecto de los padres que vienen satisfaciendo la misma prestación a sus hijos en el seno del matrimonio. ¿Qué razón existe para no establecer un mecanismo semejante que permita *personalizar* y *subjetivizar* (aunque sea a través de magnitudes forfetarias) la cuota del IRPF de los padres casados en términos parejos a los previstos para los padres separados judicialmente? ¿La introducción de esta especialidad, circunscrita en exclusiva a los padres divorciados, puede tacharse de discriminatoria (art. 14 CE)?

cionamiento y su constitucionalidad habida cuenta de «(...) la verdadera naturaleza y finalidad de las anualidades por alimentos a los hijos que la Ley 18/1991 no permite deducir en la base imponible del IRPF. A este respecto, debemos recordar que, como señalamos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2001, de 15 de enero, "por imperativo constitucional, los padres tienen la obligación de 'prestar asistencia de todo orden a los hijos' –asistencia que, naturalmente, incluye la contribución a los alimentos– con independencia de que estos hayan sido concebidos dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3 CE), de que se haya producido la nulidad matrimonial, la separación legal o la disolución del matrimonio por divorcio (art. 92 CC), o incluso, en fin, de que el progenitor quede excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas (arts. 110 y 111, *in fine*, CC); 'alimentos' que, conforme al artículo 142 CC, incluyen el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación de los hijos, y que deben satisfacerse en medida 'proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe' (art. 146 CC)". Como concluíamos en la citada sentencia, siendo el de alimentar a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio un deber constitucional de todos los padres, "al excluir la posibilidad de que los padres que deben satisfacer pensiones de alimentos en favor de sus hijos por resolución judicial puedan deducir la cuantía de las mismas en la base imponible del IRPF, como señala el Abogado del Estado, el artículo 71.2 de la Ley 18/1991 no hace otra cosa que equiparar la situación de aquellos a la de todos los padres que –por imperativo constitucional (art. 39.3 CE) y legal (arts. 110, 111 y 143 CC)–, han de sufragar los gastos que ocasiona la manutención y educación de sus hijos sin que exista una decisión judicial que se lo imponga" (Fundamento Tercero). (...) no es irrazonable sostener, como hace el Abogado del Estado, que el legislador ha considerado que, mientras que los alimentos a los parientes, en tanto que solo se satisfacen como consecuencia de una demanda presentada por estos y tras la correspondiente resolución judicial, constituyen un gasto de carácter extraordinario cuya deducción resulta procedente, los alimentos a los hijos suponen un gasto corriente o mero consumo de renta que, como ocurre con las restantes aplicaciones de renta, no tienen por qué generar un derecho a su reducción de la base imponible del impuesto» (Fundamentos Cuarto y Sexto).

⁵ Artículo 64 de la LIRPF: «Los contribuyentes que satisfagan anualidades por alimentos a sus hijos por decisión judicial, cuando el importe de aquellas sea inferior a la base liquidable general, aplicarán la escala prevista en el número 1.º del apartado 1 del artículo 63 de esta ley separadamente al importe de las anualidades por alimentos y al resto de la base liquidable general. La cuantía total resultante se minorará en el importe derivado de aplicar la escala prevista en el número 1.º del apartado 1 del artículo 63 de esta ley, a la parte de la base liquidable general correspondiente al mínimo personal y familiar incrementado en 1.600 euros anuales, sin que pueda resultar negativa como consecuencia de tal minoración» (en los mismos términos, el art. 75 LIRPF). *Vid.*, también, las Consultas de la Dirección General de Tributos V0964/2011, de 12 de abril; y V1345/2011, de 26 de mayo.

Con independencia de la respuesta que pudiera darse a dichos interrogantes, consideramos deseable, en un planteamiento *de lege ferenda*, que estas especificidades, previstas actualmente solo para determinados padres, se proyecten a todos los progenitores, con independencia de su estado civil, pues, sin duda, permiten adecuar la cuota final del IRPF a las propias y particulares circunstancias personales de cada contribuyente, al disminuir la progresividad del impuesto por circunstancias personales y familiares.

B) *El alimentista*

Pese a no mediar relación laboral alguna entre el prestador y el beneficiario, a efectos del IRPF la obtención de la prestación por alimentos tiene para el alimentista la calificación fiscal de rendimientos del trabajo [art. 17.2 f) LIRPF ⁶]. Sin embargo, las anualidades por alimentos percibidas de los padres que se encuentren confirmadas por decisión judicial estarán exentas del IRPF, conforme establece el artículo 7 k) de la LIRPF ⁷.

3. PENSIÓN COMPENSATORIA Y «CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO»

3.1. Concepto

La pensión compensatoria tiene un objeto determinado fijado en el Código Civil. Concretamente, su artículo 97 la establece para el cónyuge «al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio». De ahí que el Tribunal Supremo tenga reconocido que «la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora. Responde a un presupuesto básico: el efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio (no es la nulidad matrimonial), en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio. Como se afirma en la doctrina, el presupuesto esencial estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad –el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo–, pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición

⁶ Artículo 17.2 f) de la LIRPF: «En todo caso, tendrán la consideración de rendimientos del trabajo: (...) Las pensiones compensatorias recibidas del cónyuge y las anualidades por alimentos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7.º de esta ley».

⁷ Artículo 7 k) de la LIRPF: «Estarán exentas las siguientes rentas: (...) Las anualidades por alimentos percibidas de los padres en virtud de decisión judicial». Esta regulación «supondrá en la práctica –afirma POLO SORIANO– una mayor recaudación para la Hacienda Pública ya que el tipo marginal aplicable al padre será normalmente mayor que el aplicable en su caso a los hijos» (POLO SORIANO, A.: *Op. cit.*, pág. 52).

que disfruta el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre dos patrimonios» (STS, Sala 1.ª, núm. 923/2008, de 9 de octubre, Fundamento Primero).

Vemos, pues, que la pensión compensatoria tiene una finalidad tasada en nuestro Ordenamiento; esto es, debe ajustarse a unas coordenadas precisas y limitadas (restaurar el desequilibrio económico producido en la esfera patrimonial de unos de los cónyuges respecto del otro con motivo del matrimonio). Por ello, toda prestación económica, pactada en el Convenio regulador, que no se ajuste a dicho objeto, aun siendo lícita y válida entre las partes, no será una pensión compensatoria sino una prestación económica de otro tipo a la que, desde luego, no le será de aplicación el régimen fiscal de la pensión compensatoria. Así no tienen la condición de pensión compensatoria los complementos indemnizatorios fijados en los Convenios reguladores que tienen por objeto compensar los desequilibrios resultantes de las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales⁸; ni las prestaciones económicas destinadas a sufragar la devolución del préstamo hipotecario que recae sobre la vivienda de la exesposa e hijos menores⁹.

En este sentido, la jurisprudencia y la Dirección General de Tributos han venido precisando (a efectos puramente fiscales) que no puede equipararse la pensión compensatoria a las siguientes prestaciones de contenido económico:

- a) Las prestaciones económicas que tienen por objeto la «contribución a las cargas del matrimonio» [art. 90 C) CC]¹⁰, entre los que se encuentran los pagos, estipulados en los Convenios reguladores, destinados a financiar el alquiler de la vivienda familiar¹¹.
- b) Otras pensiones que pudieran pactarse por distintos motivos, tales como la prevista en el artículo 41 del Código de Familia de Cataluña prevista por «compensación económica por razón de trabajo»¹².

⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia núm. 1608/2005, de 8 de noviembre, Fundamento Segundo.

⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 1234/2005, de 17 de noviembre, Fundamento Cuarto.

¹⁰ La Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 14 de septiembre de 2006 (dictada en recurso extraordinario de alzada de Unificación de Criterio. R.G. 2309/2004) razona que «en el Código Civil se diferencia entre pensión compensatoria y contribución a las cargas familiares, y así en su artículo 90 establece que: "El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá referirse, al menos, a los siguientes extremos: (...) d) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos (...) f) la pensión que conforme al artículo 97 corresponde satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges", lo que implica que "contribución a las cargas familiares" y "pensión compensatoria" son conceptos distintos y cada uno de ellos obedece a una motivación diferente (...) los conceptos de "cargas del matrimonio" y el de "pensión compensatoria" tienen diferente naturaleza y fundamento jurídico, pues el primero puede considerarse como el conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar, y, en cambio, la pensión compensatoria tiene como finalidad evitar el desequilibrio económico que la nulidad, separación, o el divorcio pueden producir en uno de los cónyuges. Por tanto al no poderse equiparar ambos conceptos, la base imponible se reducirá, exclusivamente, en el importe de las pensiones compensatorias a favor del cónyuge y las anualidades por alimentos satisfechas, ambas, por decisión judicial, excluyéndose por lo tanto las prestaciones derivadas de las cargas familiares.» (Fundamentos Tercero y Cuarto). En los mismos términos, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 1380/2009, de 16 de julio, Fundamento Tercero.

¹¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 20460/2008, de 22 de julio, Fundamento Tercero.

¹² Consulta de la Dirección General de Tributos núm. V1265/2010, de 8 de junio: «(...) El artículo 41 del Código de Familia vigente en Cataluña, aprobado por la Ley 9/1998, de 15 de julio, establece –con la rúbrica "compensación económica por

- c) La compensación pactada en contraprestación por la atribución del uso de la vivienda conyugal a uno de los esposos ¹³.
- d) Las cláusulas en cuya virtud uno de los cónyuges se compromete a satisfacer los gastos de suministro del domicilio familiar ¹⁴.

Finalmente, debe destacarse que la Dirección General de Tributos no ha tenido reparo en reconocer la condición de pensión compensatoria a aquellas prestaciones pactadas en Convenio conforme a la normativa de otros países cuando cumplan la misma función que la pensión compensatoria ¹⁵.

Delimitado el fundamento de la pensión compensatoria, la misma podrá satisfacerse a través de una pensión temporal, indefinida o, incluso, podría consistir en una prestación única. A falta de acuerdo entre los cónyuges, será el Juez quien la fije en sentencia atendiendo a los siguientes criterios legales (art. 97 CC):

- Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
- La edad y el estado de salud.

razón de trabajo" (...) Al no tratarse de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil (Común) como el artículo 84 del Código de Familia (Catalán), no resulta aplicable la reducción en la base imponible que para las pensiones compensatorias a favor del cónyuge» (en los mismos términos, la Consulta V0117/2007, de 22 de enero). Repárese que el referido artículo 41 del Código de Familia de Cataluña se encuentra derogado a partir de 1 de enero de 2011, por la disposición derogatoria b) de la Ley 25/2010, de 29 de julio, de la Comunidad Autónoma de Cataluña del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

- ¹³ Consulta de la Dirección General de Tributos núm. V2473/2010, de 17 de noviembre: «(...) En el presente caso, no parece que se den los presupuestos de derecho en el sentido de que el consultante esté obligado al pago de pensión compensatoria a favor de su cónyuge, conforme a los términos que se establecen en el artículo 97 del Código Civil. En el Pacto Cuarto del Convenio Regulador, ambos cónyuges acuerdan en relación a la vivienda conyugal que se atribuya su uso y disfrute en su totalidad al esposo a cambio de la entrega, sustitución, de determinada cantidad, en concreto 48.000 euros en un único pago. Además de ello, cabe señalar que el desequilibrio económico –patrimonial como se dice en el citado pacto cuarto– se produce ipso facto, es decir, se evalúa en el momento en que se establecen las bases y acuerdos para suscribir el Convenio Regulador de la separación o el divorcio. El artículo 97 antes citado del Código Civil no debe interpretarse como circunstancia *ad futurum* como así se hace por parte de ambos cónyuges al señalarse que la entrega de determinada compensación económica se efectúa "por el desequilibrio patrimonial que pudiese generar el divorcio"».
- ¹⁴ Consulta de la Dirección General de Tributos núm. V1977/2007, de 24 de septiembre: «(...) las cantidades satisfechas, en su caso, por el interesado en concepto de gastos por suministros en el domicilio particular, mantenimiento y reparación del mismo, se considerarán, aun cuando no pueda utilizarse por el indicado interesado por haber sido atribuido su uso a su cónyuge e hija, como una simple aplicación de renta, sin reflejo, por tanto, en su declaración».
- ¹⁵ Consulta núm. V0706/2008, de 8 de abril: «(...) si como se indica en el escrito de consulta el interesado abona mensualmente determinada cantidad de dinero en concepto portugués de "prestação de alimentos" a su esposa, dichas cantidades podrían reducir la base imponible del consultante, en la medida que las mismas se satisficieran, bien como prestaciones por alimentos fijadas a favor de la esposa como medida cautelar previa a la sentencia de divorcio, o bien como consecuencia del desequilibrio económico producido en el otro cónyuge, en el sentido y con los requisitos establecidos al efecto por el artículo 97 del Código Civil, una vez producido el pronunciamiento o la resolución judicial al efecto. Ahora bien, este Centro Directivo no es competente para efectuar pronunciamiento alguno sobre los procedimientos de homologación o no, según las circunstancias de sentencias dictadas por Juzgados pertenecientes a un Estado miembro de la Comunidad Europea, en el presente caso de Portugal, pues es materia que corresponde a otro órgano según los artículos 21 y siguientes del Reglamento (CE) núm. 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la Competencia, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en materia matrimonial y de Responsabilidad Parental».

- La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
- La dedicación pasada y futura a la familia.
- La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
- La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
- La pérdida eventual de un derecho de pensión.
- El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

Asimismo, la resolución judicial fijará las bases para su actualización y las garantías para su efectividad (art. 97 CC).

3.2. Tratamiento en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

Al igual que ocurre con la anualidad por alimentos, en la pensión compensatoria hay que diferenciar el trato fiscal que recibe el cónyuge beneficiario del cónyuge pagador.

A) *El pagador de la pensión*

El abono de la pensión compensatoria produce un efecto tributario útil en el patrimonio del cónyuge-pagador puesto que el artículo 55 de la LIRPF le reconoce una reducción en la base imponible general y del ahorro (art. 50, apdos. 1 y 2, LIRPF) del citado impuesto, siempre que se cumplan dos requisitos:

- a) Que se establezca en exclusiva «a favor del cónyuge». Por ello, quedan excluidas las pensiones compensatorias reconocidas a una expareja de hecho en virtud de un Convenio regulador efectuado ante Notario¹⁶; o la sustitución de una pensión compensatoria a favor del cónyuge por la donación del 25 por 100 de la nuda propiedad de la vivienda familiar a los hijos¹⁷.
- b) Que sea satisfecha «por decisión judicial», entendiéndose comprendidas con dicha rúbrica «no solo las [pensiones compensatorias] fijadas directamente por el Juez sino también las que se

¹⁶ Consulta de la Dirección General de Tributos núm. 575/2001, de 19 de marzo.

¹⁷ Consulta de la Dirección General de Tributos núm. V2524/2008, de 30 de diciembre: «(...) la sustitución de la pensión compensatoria a favor del cónyuge por la donación del 25 por 100 de la nuda propiedad de la vivienda familiar a los hijos no daría derecho a la citada reducción en su declaración del impuesto del año 2007, al no ser beneficiaria de la misma el cónyuge que tiene derecho a la pensión compensatoria. Por las mismas razones, dado que la exesposa no ha recibido capital alguno en sustitución de la pensión compensatoria, dicha sustitución no tendrá repercusión fiscal alguna en su declaración del impuesto del año 2007».

contienen en los convenios reguladores, siempre que estos sean aprobados por el Juez»¹⁸. Ahora bien, «solo pueden reducir la base imponible las cantidades que se satisfagan a partir de la resolución judicial, salvo que en la sentencia de separación se reconozca carácter retroactivo, como sucede al ratificar lo contenido en el convenio regulador aportado en la presentación de la demanda de separación. Si se ha producido esta ratificación, el pagador podrá solicitar a partir de la sentencia, la rectificación de las declaraciones presentadas, sin que en ningún caso se pueda aplicar la reducción de la base por cantidades satisfechas antes de la presentación de la demanda de separación»¹⁹.

El abono de la pensión compensatoria ha venido planteando diversas cuestiones en el ámbito fiscal que iremos analizando a continuación. La primera se refiere a la posibilidad de *sustituir el tipo de pensión compensatoria*, que normalmente se satisface en metálico a través de mensualidades vencidas, por otro tipo de prestación económica (piénsese, por ejemplo, en un pago único en forma de capital...). El artículo 99 del Código Civil contempla tales situaciones²⁰. Ahora bien, ¿esta modificación de la pensión compensatoria afecta de alguna manera –limitándola o prohibiéndola– a la reducción del artículo 55 de la LIRPF que detenta el pagador?

La Dirección General de Tributos, con buen criterio, sostiene que tales sustituciones, en cuanto se refieran a la pensión compensatoria estricta y se realicen de acuerdo con el artículo 99 del Código Civil, no introducen obstáculo alguno para que el pagador pueda aplicarse en su base imponible la reducción correspondiente²¹.

Asimismo, pueden plantearse dudas sobre el ejercicio en el que el pagador de la pensión debe *imputarse la reducción* en su base imponible cuando, por ejemplo, se produzcan abonos correspondientes a ejercicios pasados. En estos casos, ¿qué criterio temporal debe prevalecer? ¿El criterio de devengo (esto es, la reducción debe practicarse en los ejercicios pasados donde surgió el derecho a las prestaciones económicas satisfechas tardíamente)? O, por el contrario, ¿se debe aplicar el criterio de caja (es decir, en el ejercicio en el que efectivamente se satisfacen pensiones atrasadas)?

Atendiendo al tenor literal del artículo 55 de la LIRPF, la Dirección General de Tributos ha hecho prevalecer el segundo criterio ya que el citado precepto «al regular las reducciones por pensiones compensatorias se refiere expresamente a "pensiones compensatorias a favor del cónyuge (...) satisfechas por decisión judicial". Pues bien, esta exigencia expresa a que se hayan satisfecho lleva

¹⁸ Consulta de la Dirección General de Tributos núm. 270/2002, de 19 de febrero.

¹⁹ Consulta de la Dirección General de Tributos núm. 1195/2002, de 8 de marzo.

²⁰ Artículo 99 del Código Civil: «En cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión, fijada judicialmente conforme al artículo 97 por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero».

²¹ Así lo ha reconocido en los supuestos de sustitución de la pensión compensatoria periódica por la suscripción de un seguro de renta vitalicia de prima única (Consulta núm. 1057/2004, de 21 de abril); o por la realización de un pago único en forma de capital (Consulta núm. V2231/2009, de 6 de octubre); o, en fin, por la cesión del 50 por 100 de la propiedad de la vivienda y el parking (Consulta V2453/2010, de 15 de noviembre). No obstante, también ha precisado que el remanente que con motivo de estas sustituciones pudiera quedar pendiente de deducción (repárese que esta reducción no puede dar lugar a una base negativa, art. 50, apdos. 1 y 2, LIRPF) no podrá trasladarse a ejercicio futuros.

a la conclusión que será en ese periodo impositivo (en el que se satisfagan) cuando resulte operativa la reducción que establece este artículo 55»²².

En la misma línea y con motivo de la ejecución provisional de sentencias judiciales que acuerdan el pago de pensiones compensatorias que son objeto de recurso, pueden plantearse dudas respecto del periodo impositivo en el que aplicar la reducción en la base imponible del pagador. Concretamente, si es necesario esperar al ejercicio en que aquellas adquieran firmeza.

La Dirección General de Tributos, en aplicación del artículo 14.2 a) de la LIRPF, ha determinado que «los importes satisfechos se imputarán al periodo impositivo en que la resolución judicial pendiente adquiera firmeza, siempre que dicha resolución confirme la sentencia provisionalmente ejecutada. En caso de que la mencionada sentencia fuera revocada, se imputarán a ese mismo periodo impositivo los importes que, en su caso, resulten de la resolución judicial firme»²³.

B) El receptor de la pensión

La pensión compensatoria, pese a no mediar relación laboral alguna entre el pagador y el receptor, es un rendimiento del trabajo para el beneficiario a efectos del IRPF [art. 17.2 f) LIRPF]. La obtención de la pensión también plantea cuestiones problemáticas.

Así, aparecen dudas en torno al periodo de imputación, ahora desde la perspectiva del beneficiario. En este sentido, ¿a qué ejercicio hay que imputar las pensiones abonadas con retraso? Por ejemplo, tratándose de pensiones ingresadas en el ejercicio 2007 que corresponden a los años 2000 a 2004, ¿qué criterio de imputación temporal hay que aplicar?

La Consulta núm. 924/2008, de 9 de mayo, establece que «se imputará como regla general, en virtud del artículo 14.1 a), al periodo impositivo en que sea exigible por su receptor. No obstante, si la pensión no ha sido satisfecha por encontrarse pendiente de resolución judicial la determinación del derecho a su percepción o su cuantía, los importes no satisfechos se imputarán al periodo impositivo en que la sentencia adquiera firmeza, de conformidad con lo establecido en el artículo 14.2 a) de la citada ley».

Asimismo, se ha planteado la posibilidad de considerar la pensión compensatoria como un rendimiento irregular, susceptible de aplicar la reducción del 40 por 100 para la determinación del rendimiento neto (ex art. 18.2 LIRPF²⁴), siempre que se estipule en Convenio o judicialmente el pago de una cantidad única atendiendo a la duración del matrimonio (7, 11 años...).

²² Consulta núm. V1479/2008, de 15 de julio.

²³ Consulta núm. V1474/2008, de 9 de mayo.

²⁴ Artículo 18.2 de la LIRPF, relativo a los porcentajes de reducción aplicables a determinados rendimientos del trabajo: «El 40 por 100 de reducción, en el caso de rendimientos íntegros distintos de los previstos en el artículo 17.2 a) de esta ley que tengan un periodo de generación superior a dos años y que no se obtengan de forma periódica o recurrente, así como aquellos que se califiquen reglamentariamente como obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo».

Pues bien, la Dirección General de Tributos ha excluido tal solución en determinados supuestos, «dado que las prestaciones no están vinculadas con la existencia de un periodo de generación y la posibilidad de considerarlas incluidas como rendimientos del trabajo obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo queda enervada por la exigencia reglamentaria de que han de imputarse en un único periodo impositivo (art. 11 Rgto. IRPF, aprobado por el RD 439/2007, de 30 de marzo, BOE de 31 de marzo)»²⁵.

En consecuencia, no podrá aplicarse dicha reducción cuando se haya pactado el pago de la pensión compensatoria en varios pagos sucesivos imputables a diversos ejercicios (piénsese, por ejemplo, en el caso de una pensión compensatoria consistente en una cantidad única que se va a satisfacer en diversos periodos impositivos). Ahora bien, nada impide que pueda practicarse la reducción del 40 por 100 cuando se haya estipulado en el Convenio una cantidad en concepto de pensión compensatoria a favor de un excónyuge pagadera en un solo ejercicio [art. 11.1 e) RD 439/2007, de 30 de marzo]²⁶.

Por último, cabe destacar el límite de la obligación de declarar para el perceptor de la pensión compensatoria. El artículo 96.3 b) de la LIRPF señala que «al percibir una pensión compensatoria estará obligada a presentar declaración por este Impuesto, entre otros supuestos, cuando el importe total de los rendimientos íntegros del trabajo (incluyendo la citada pensión compensatoria) sea superior a 11.200 euros anuales»²⁷.

4. PRESTACIONES ECONÓMICAS DERIVADAS DE PLANES DE PENSIONES

Es frecuente en los Convenios de separación y divorcio estipular la división de las prestaciones económicas derivadas de Planes de Pensiones, atribuyendo a cada cónyuge un porcentaje de las mismas.

Desde la perspectiva del IRPF tales prestaciones, para los beneficiarios, tienen la condición de rendimientos del trabajo conforme establece el artículo 17.2 a) 3.ª de la LIRPF²⁸. Sin embargo, las mismas no están exentas de cuestiones problemáticas, a saber:

²⁵ Consulta núm. V0232/2008, de 6 de febrero.

²⁶ Como destaca la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 23 de julio de 2009, «para que la reducción sea aplicable dicho artículo exige que los rendimientos se imputen en un único periodo impositivo y en este caso se están imputando en tres periodos impositivos 2003, 2004 y 2005, luego no cabe tampoco la aplicación de la reducción por la calificación reglamentaria de los rendimientos como "obtenidos de forma notoriamente irregular"» (Fundamento Cuarto. R.G. 6557/2008).

²⁷ Consulta núm. V2192/2009, de 1 de octubre.

²⁸ Artículo 17.2 a) 3.ª de la LIRPF: «(...) En todo caso, tendrán la consideración de rendimientos del trabajo: (...) Las prestaciones percibidas por los beneficiarios de planes de pensiones y las percibidas de los planes de pensiones regulados en la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo».

Primera. Se plantea si la división de prestaciones económicas, acordada en Convenio y validada judicialmente, se proyecta a la esfera del IRPF, imputando los rendimientos a cada uno en función del porcentaje asignado. O si, por el contrario, tales prestaciones se siguen imputando exclusivamente al excónyuge titular del Plan de Pensiones con independencia de la división efectuada en el proceso de separación.

La Dirección General de Tributos, en base a una concepción rígida y formalista del artículo 11.2 de la LIRPF²⁹, ha optado por este segundo criterio; esto es, que «las prestaciones derivadas de planes de pensiones tributan en el IRPF exclusivamente en sede del beneficiario, como rendimientos del trabajo, y por el importe total percibido, con independencia de como se realice la liquidación de la sociedad de gananciales», reconociendo en su caso al excónyuge titular del Plan la posibilidad de practicar la reducción en base imponible del artículo 55 de la LIRPF «en la medida en que la cantidad que el consultante satisfaga a su excónyuge tenga la consideración de pensión compensatoria»³⁰.

En nuestra opinión se trata de una interpretación equivocada del artículo 11.2 de la LIRPF pues la solución administrativa supone hacer tributar al excónyuge, titular formal del Plan de Pensiones, por una capacidad económica que no es suya, sino de su expareja. En efecto, la división efectuada sobre las prestaciones económicas con motivo del proceso de separación, derivadas del Plan de Pensiones, debe desplegar plenos efectos en todos los sectores del Ordenamiento, incluido el tributario. Consecuentemente, cada excónyuge debería consignar en su autoliquidación del IRPF los rendimientos (del trabajo) procedentes del Plan de Pensiones en función del coeficiente de participación estipulado en el Convenio de separación ratificado judicialmente.

Asimismo, hay que tener en cuenta que la distribución porcentual de las percepciones que proceden del Plan de Pensiones responde a un objetivo concreto, la liquidación de la sociedad de gananciales y, por lo mismo, tales prestaciones, como regla general, no van a tener relación alguna con la fijación de una pensión compensatoria que, como hemos visto, obedece a una finalidad tasada y distinta (de restauración del desequilibrio económico producido en la esfera patrimonial de unos de los cónyuges respecto del otro con motivo del matrimonio). De ahí que en la generalidad de los casos, la solución defendida por la Dirección General de Tributos implica que el excónyuge que sea titular formal del Plan de Pensiones, a la vez que tiene que tributar en su IRPF por una manifestación de capacidad económica que no le pertenece, no podrá aplicarse reducción alguna en su base imponible (art. 55 LIRPF) por las cantidades procedentes del Plan de Pensiones cuya propiedad corresponde a su excónyuge en virtud de la liquidación de la sociedad de gananciales³¹.

²⁹ Artículo 11.2 de la LIRPF: «Los rendimientos del trabajo se atribuirán exclusivamente a quien haya generado el derecho a su percepción. No obstante, las prestaciones a que se refiere el artículo 17.2 a) de esta ley se atribuirán a las personas físicas en cuyo favor estén reconocidas».

³⁰ Consulta núm. V2326/2010, de 27 de octubre. En los mismos términos, las Consultas núms. V0806/2008, de 17 de abril; V1037/2008, de 26 de mayo.

³¹ El ejemplo de esta situación se encuentra en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 201/2010, de 12 de febrero, en la que se afirma que el recurrente «debió imputárselos íntegramente en su autoliquidación –se refiere a las prestaciones económicas derivadas de un Plan de Pensiones–, al margen de las deudas o pagos a que viniera obligado como consecuencia de la disolución de la sociedad legal de gananciales» (Fundamento Tercero), para, acto seguido, negar a dicha prestación la condición de pensión compensatoria ya que «la cantidad con la que el recurrente tiene que reintegrar a la que fue su esposa, ni obedece a ese concepto, ni fue fijada por sentencia para paliar el desequilibrio económico que

Por ello, postulamos que cada excónyuge autoliquide en su IRPF los rendimientos procedentes del Plan de Pensiones a tenor del coeficiente de participación fijado en el proceso de separación. Tal solución cuenta además con respaldo en el propio artículo 11.2 de la LIRPF que, junto a la regla general de individualización de rendimientos del trabajo en sede exclusiva de «quien haya generado el derecho a su percepción» sobre la que se asienta la tesis de la Administración tributaria, establece precisamente una excepción para las prestaciones del artículo 17.2 a) de la LIRPF (entre las que se encuentran los rendimientos procedentes de Planes de Pensiones), que «se atribuirán a las personas físicas en cuyo favor estén reconocidas». En nuestro caso, en función del porcentaje de participación estipulado para cada cónyuge en el Convenio de separación sobre el Plan o Planes de Pensiones objeto de la liquidación de la sociedad de gananciales.

Segunda. También se ha suscitado la posibilidad de aplicar a las prestaciones económicas procedentes de los Planes de Pensiones la reducción del 40 por 100, siempre que se perciban en forma de capital y hayan transcurrido más de dos años desde la primera aportación. Pues bien, el vigente artículo 18.3 de la LIRPF no incluye a las prestaciones procedentes de los Planes de Pensiones como una de las que pueden aplicar la referida reducción en la determinación del rendimiento neto del trabajo ³². No obstante, la disposición transitoria duodécima de la Ley 35/2006 ³³, permite la reducción únicamente para las prestaciones derivadas de contingencias ocurridas antes del 1 de enero de 2007, ya que «en el caso de que dicha contingencia haya tenido lugar después del 1 de enero de 2007, el importe percibido se podrá integrar en la base imponible del beneficiario aplicando una reducción del 40 por 100 a la parte correspondiente a las aportaciones realizadas hasta el 31 de diciembre de 2006, siempre que hayan transcurrido más de dos años entre la primera aportación y el acaecimiento de la contingencia que origina la prestación» ³⁴.

5. INDETERMINACIÓN EN LAS CLÁUSULAS DE CONTENIDO ECONÓMICO DE LOS CONVENIOS REGULADORES

Con relativa frecuencia aparecen Convenios de separación y divorcio en los que las estipulaciones de contenido económico no especifican los conceptos a los que se destinan los fondos; esto

el divorcio causa a un cónyuge en relación con la posición del otro, e implique un empeoramiento respecto de su situación anterior en el matrimonio, conforme a lo dispuesto en el artículo 97 del Código Civil» (Fundamento Quinto).

³² En efecto, el artículo 18.3 de la LIRPF incluye la posibilidad de aplicar la citada reducción a «las prestaciones establecidas en el artículo 17.2 a) 1.ª y 2.ª de esta ley», mientras que las prestaciones derivadas de Planes de Pensiones se contemplan en el artículo 17.2 a) 3.ª de la Ley 35/2006.

³³ Disposición transitoria duodécima de la Ley 35/2006, del IRPF: «1. Para las prestaciones derivadas de contingencias acaecidas con anterioridad al 1 de enero de 2007, los beneficiarios podrán aplicar el régimen financiero y, en su caso, aplicar la reducción prevista en el artículo 17 del texto refundido de la LIRPF vigente a 31 de diciembre de 2006. 2. Para las prestaciones derivadas de contingencias acaecidas a partir del 1 de enero de 2007, por la parte correspondiente a aportaciones realizadas hasta 31 de diciembre de 2006, los beneficiarios podrán aplicar el régimen financiero y, en su caso, aplicar la reducción prevista en el artículo 17 del texto refundido de la LIRPF vigente a 31 de diciembre de 2006. 3. El límite previsto en el artículo 52.1 a) de esta ley no será de aplicación a las cantidades aportadas con anterioridad a 1 de enero de 2007 a sistemas de previsión social y que a esta fecha se encuentren pendientes de reducción en la base imponible por insuficiencia de la misma».

³⁴ Consulta núm. V2326/2010, de 27 de octubre. También, la Consulta núm. V1440/2008, de 8 de julio.

es, si se trata de una pensión alimenticia, de una pensión compensatoria, de contribuciones a las cargas familiares, etc. En estos casos, surgen problemas en el ámbito fiscal consistentes en el tratamiento que deben recibir en el IRPF dichas cláusulas económicas indeterminadas.

Teniendo en cuenta, como hemos visto, el dispar tratamiento fiscal que tienen las distintas prestaciones económicas que se pueden pactar a raíz de la separación matrimonial, la cuestión se centra en determinar los criterios jurídicos conforme a los que efectuar un deslinde conceptual a los meros efectos tributarios de las estipulaciones económicas indefinidas, excluyendo posicionamientos maximalistas que o bien tienden a negar el reconocimiento de cualquier deducción; o bien conducen a una aplicación plena del régimen fiscal más favorable para los excónyuges.

En estos casos de indeterminación, tanto la doctrina³⁵ como la jurisprudencia³⁶, postulan la necesidad de aplicar el régimen de atribución de rentas previsto en los artículos 86 a 90 de la LIRPF; conforme al cual las prestaciones económicas derivadas de los Convenios reguladores homologados judicialmente se asignarán «según las normas o pactos aplicables en cada caso y, si estos no constaran a la Administración tributaria en forma fehaciente, se atribuirán por partes iguales» (art. 83.3 LIRPF).

6. ADJUDICACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS E IMPLICACIONES EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

El Código Civil no define explícitamente el concepto de guarda y custodia de los hijos, siendo perfilado por la jurisprudencia y la doctrina, que lo diferencia de la patria potestad. Así, dentro de las obligaciones que derivan de la patria potestad se encuentra el deber de velar por los hijos y tenerlos en su compañía (art. 154 CC). A través de este instituto se determina el progenitor que convive de forma estable con los hijos, siendo responsable de su cuidado cotidiano. Lo habitual en las situaciones de crisis matrimonial es que uno de los cónyuges ostente la guarda y custodia de los hijos; aunque cada vez es más frecuente (en particular, a raíz de la reforma del CC efectuada por la Ley 15/2005) la designación de la guarda compartida (art. 92.5 CC³⁷).

La adjudicación de la guarda y custodia de los hijos tiene repercusiones en el IRPF; concretamente en la determinación del mínimo personal y familiar (art. 56 LIRPF) a efectos de establecer qué progenitor tiene derecho a aplicar la deducción por descendientes. El artículo 58 de la LIRPF condiciona la reducción a que el hijo «conviva con el contribuyente», de ahí que la Dirección Gene-

³⁵ POLO SORIANO, A.: «Tratamiento fiscal de las pensiones alimenticias y compensatorias», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 1/1998, pág. 56; y TOVILLAS MORÁN, J.M.^a: «Tratamiento tributario previsto para los pagos efectuados al cónyuge en los supuestos de nulidad, separación o divorcio. Especial referencia a la jurisprudencia», *Impuestos*, tomo 1/2006, pág. 268.

³⁶ Entre otras, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 10071/2008, de 21 de febrero, Fundamento Segundo; y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León núm. 57/2008, de 11 de enero, Fundamento Segundo.

³⁷ Artículo 92.5 del Código Civil: «Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos».

ral de Tributos haya interpretado que «en el caso de divorcio el mínimo familiar corresponderá a quien, de acuerdo con lo dispuesto en el convenio regulador aprobado judicialmente, tenga atribuida la guarda y custodia de los hijos en la fecha de devengo del impuesto (...) Procederá el prorrateo entre el padre y la madre cuando la guarda y custodia sea compartida, con independencia de quien sea el progenitor con el que está conviviendo el descendiente en dicha fecha»³⁸.

7. ADJUDICACIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA HABITUAL A UN CÓNYUGE Y AL RESTO DE LA UNIDAD FAMILIAR

7.1. ¿Constitución de un derecho real de uso sobre el hogar familiar sujeto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas?

En los procesos de separación una de las medidas que deben acordarse y confirmarse por la Autoridad judicial consiste en la determinación de la persona a la que corresponde el uso de la vivienda familiar, cuestión que con frecuencia guarda relación directa con la atribución de la guarda y custodia de los hijos.

Dicha adjudicación de uso en modo alguno se encuentra sujeta al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales [art. 7.1 B) TRLITP y AJD], pues como se razona en la Consulta V1719/2006, de 1 de septiembre, «para la calificación jurídica del derecho de uso de la vivienda conyugal, es preciso advertir que, en su régimen jurídico, no deben confundirse las relaciones conyugales y paterno filiales de los derechos reales, ya que son conceptos jurídicos radicalmente distintos (...) el derecho de los hijos al uso de la vivienda conyugal, (...), surge por ministerio de la ley y no por la constitución de un dere-

³⁸ Consulta núm. 314/2004, de 17 de febrero. En los mismos términos, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón núm. 480/2010, de 17 de septiembre: «(...) la exigencia legal de convivencia, para que pueda ser aplicado el "mínimo por descendientes" –convivencia es acción de convivir que se define en el diccionario de la Real Academia Española como "vivir en compañía de otro u otros"–, y por otra, el hecho de que en dichas anualidades, los hijos del demandante antes relacionados no convivían con el mismo, resulta procedente la desestimación del recurso interpuesto. El anterior criterio es por otra parte el sustentado por la doctrina administrativa y la jurisprudencia. Entre la primera, puede citarse, como más reciente, la contestación de la Dirección General de Tributos a la Consulta Vinculante V2233-09 de 6 de octubre de 2009 en la que se señala que en los casos de separación legal o divorcio "el mínimo familiar por descendientes corresponderá a quien, según la sentencia de separación o el convenio regulador aprobado judicialmente, tenga atribuida la guarda y custodia del hijo en su totalidad –la guarda y custodia compartida no trae causa en el presente caso– a la fecha de devengo del impuesto, al tratarse del progenitor que convive con aquel" –en el mismo sentido la Consulta del mismo órgano 1075-04 de 23 de abril de 2004 en la que se señala que "la aplicación del mínimo por descendientes que corresponde por los dos hijos que ha tenido el matrimonio lo practicará la esposa, en cuanto cumple el requisito de convivencia exigido en el apartado 1 anterior; pues este Centro entiende (consulta núm. 1516-01) que tal requisito concurre en quien tenga atribuida la guarda y custodia"–. Existen igualmente pronunciamientos judiciales en el mismo sentido, como es la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, 405/1999, de 30 de abril, recaída en el recurso contencioso-administrativo núm. 1244/1997 o la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 29 de diciembre de 2006, recaída en el recurso 842/2004» (Fundamento Tercero. *Vid.*, también, la STSJ de Castilla y León núm. 1244/2010, de 31 de mayo).

cho real, y existe con independencia de cualquier derecho real de que se trate. Es decir, los progenitores tienen obligación de prestar alimentos a sus hijos por ministerio de la ley, lo cual comprende la utilización de la vivienda familiar. Consecuencia de la calificación jurídica expuesta es que el derecho de uso de la vivienda como consecuencia de la disolución del matrimonio no está sujeto a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, pues no se produce su hecho imponible, ya que no existe transmisión de bienes o derechos ni constitución de derecho real alguno (ni ninguno de los demás supuestos incluidos en este hecho imponible)».

7.2. La deducción por adquisición de vivienda habitual en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

No obstante, los principales problemas fiscales que se derivan de la adjudicación del uso del hogar familiar están conectados a la deducción en el IRPF por adquisición de vivienda habitual, que frecuentemente se financia a través de un préstamo hipotecario. Por ello, en primer lugar, hay que efectuar una breve reseña del vigente marco normativo de esta deducción en la cuota del IRPF a raíz de las modificaciones introducidas por la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011, en el artículo 68.1 de la Ley 35/2006, del IRPF; y la inclusión de la disposición transitoria decimoctava, que regula la citada deducción para las adquisiciones efectuadas con anterioridad al 1 de enero de 2011.

Pues bien, como ha destacado la Dirección General de Tributos en la Consulta V1437/2011, de 6 de junio:

«(...) a partir de 1 de enero de 2011 para practicar la deducción por inversión en vivienda habitual se introduce un nuevo requisito –la cuantía de la base imponible del ejercicio–, determinante tanto del derecho a la deducción como de la base máxima de deducción correspondiente a cada periodo impositivo, y se eleva la base máxima de deducción, que pasa de 9.015 euros anuales a 9.040 euros anuales para contribuyentes con una base imponible igual o inferior a 17.707,20 euros anuales. Los restantes términos y condiciones de la deducción son idénticos a los existentes en la redacción vigente hasta 31 de diciembre de 2010.

No obstante, se establece un régimen transitorio, regulado en la nueva disposición transitoria decimoctava de la LIRPF, que, conforme señala su apartado 1, será aplicable a aquellos casos en los que con anterioridad a 1 de enero de 2011 el contribuyente hubiera adquirido su vivienda habitual y la cuantía de su base imponible del ejercicio sea superior a 17.724,90 euros anuales. Siendo así, se podrá seguir aplicando la deducción por inversión en vivienda habitual en los mismos términos y condiciones que hasta 31 de diciembre de 2010. Por lo tanto, tendrá como base máxima de deducción respecto de dicha vivienda la establecida en el artículo 68.1.1.º de esta ley en su redacción en vigor a 31 de diciembre de 2010 (es decir, 9.015 euros anuales), aun cuando su base imponible sea igual o superior a 24.107,20 euros anuales. De acuerdo con lo anterior, el elemento determinante de la aplicación del régimen transitorio en un supuesto de adquisición de vivienda es que esta se hubiera adquirido jurídicamente con anterioridad a 1 de enero de 2011».

Delimitado el vigente régimen jurídico correspondiente a la deducción en el IRPF por adquisición de vivienda habitual, hay que analizar las particularidades que plantea en las situaciones de crisis matrimonial en las que la Autoridad judicial adjudica el uso y disfrute del hogar familiar a un excónyuge quedando pendiente la amortización completa y definitiva del préstamo hipotecario a cargo, total o parcialmente, del excónyuge privado del uso de la vivienda. En tales casos, dicho excónyuge, ¿puede continuar aplicándose la citada deducción por las cantidades abonadas en pago del préstamo hipotecario que financia su antigua vivienda habitual y, además, simultanearla con la correspondiente a la adquisición de una nueva vivienda habitual?

El artículo 68.1.1.º de la LIRPF prevé expresamente la posibilidad de que el contribuyente continúe practicando esta deducción en los supuestos de nulidad matrimonial, divorcio o separación judicial «por las cantidades satisfechas en el periodo impositivo para la adquisición de la que fue durante la vigencia del matrimonio su vivienda habitual, siempre que continúe teniendo esta condición para los hijos comunes y el progenitor en cuya compañía queden»³⁹. Además, respecto a la posibilidad de simultanear la deducción de la anterior vivienda habitual con la actual, el artículo 55.1.2.º del Reglamento del IRPF dispone que «también podrá practicarse deducción por las cantidades satisfechas, en su caso, para la adquisición de la vivienda que constituya o vaya a constituir su vivienda habitual, con el límite conjunto de 9.015 euros anuales»⁴⁰. La deducción será aplicable incluso en el supuesto de que el nuevo hogar familiar, designado como consecuencia de la separación judicial, hubiera sido anteriormente despacho profesional del otro progenitor, aunque con ciertas limitaciones⁴¹.

Asimismo, en el caso de que el Convenio regulador aprobado judicialmente mantenga el porcentaje de titularidad de ambos cónyuges sobre la vivienda habitual (50% cada uno) en el que, sin embargo, uno de los cónyuges asume el pago del 100 por 100 del préstamo hipotecario, este ¿podrá practicar la deducción tomando como base de la deducción la totalidad de las cantidades que satisface por el préstamo?

La Dirección General de Tributos sostiene que la normativa reguladora de la deducción condiciona su aplicación, entre otros requisitos, al coeficiente de titularidad dominical de ambos progenitores sobre la vivienda habitual; en consecuencia, «al cubrir dicho préstamo la adquisición en una parte alícuota porcentual del 100 por 100 de la vivienda, cada pago relacionado con este se atribuirá a cada uno de sus propietarios en la misma proporción al porcentaje de participación indivisa que sobre la misma ostenten, con independencia de los ajustes que entre estos deban efectuar. Por tanto, la consultante aun satisfaciendo el 100 por 100 del importe de cada pago, únicamente

³⁹ Como razona la Dirección General de Tributos, «la finalidad de este precepto es evitar la pérdida del derecho de deducción por inversión en vivienda habitual por parte de los contribuyentes que deben abandonar la vivienda familiar como consecuencia de nulidad matrimonial, separación judicial o divorcio, por haber adjudicado el uso de la misma al otro cónyuge, pero mantienen su porcentaje de propiedad sobre la vivienda y siguen haciendo frente a las obligaciones de pago que les correspondan por los préstamos contratados para su adquisición» (Consulta núm. V0104/2011, de 21 de enero).

⁴⁰ Cfr., Consulta de la Dirección General de Tributos núm. V0282/2011, de 8 de febrero.

⁴¹ «(...) será susceptible de iniciar la práctica de la deducción por la adquisición de esta nueva vivienda habitual a partir de su traslado a la misma en los términos indicados, únicamente por las cantidades pendientes de pago en ese momento y que vaya satisfaciendo en cada ejercicio; debiendo cumplir con el resto de requisitos exigidos por la normativa del impuesto» (Consulta núm. V1904/2009, de 11 de agosto).

podrá considerar como base de la deducción el 50 por 100 de los mismos, coincidiendo con su porcentaje de titularidad»⁴².

7.3. La deducción por reinversión en la adquisición de vivienda habitual

El artículo 38 de la LIRPF establece la exención de las ganancias patrimoniales obtenidas con motivo de la transmisión de la vivienda habitual siempre que se reinvierta en la adquisición de una nueva vivienda habitual en el plazo de dos años desde la transmisión (art. 41 Rgto. IRPF).

Los problemas para aplicar esta exención en los supuestos de crisis matrimonial se han producido con el cumplimiento del plazo de dos años para efectuar la reinversión. Particularmente, cuando la reinversión no se haya podido llevar a cabo por el divorcio de la pareja. En estos casos, como no puede ser de otra manera, no es posible aplicar la referida exención por reinversión⁴³.

Se ha planteado la posibilidad de aplicar esta exención en aquellos supuestos en los que uno de los cónyuges, durante el proceso de separación, abandona la que venía siendo el hogar familiar y, por lo mismo, su vivienda habitual, y con posterioridad, una vez dictada la sentencia judicial de divorcio, se produce la venta de la citada vivienda. La solución a estos casos debe tener en cuenta que para aplicar la exención por reinversión es necesario que ambas viviendas (la transmitida y la adquirida) tengan la consideración de vivienda habitual. A estos efectos, el artículo 54.4 del Reglamento del IRPF establece que «se entenderá que el contribuyente está transmitiendo su vivienda habitual cuando (...) dicha edificación constituya su vivienda habitual en ese momento o hubiera tenido tal consideración hasta cualquier día de los dos años anteriores a la fecha de transmisión». Por tanto, si media un plazo superior a dos años entre la salida de la vivienda familiar y su posterior venta, el excónyuge saliente no podrá aplicarse la referida exención⁴⁴.

⁴² Consulta núm. V2706/2009, 9 de diciembre. No obstante, en el caso de que se acuerde la extinción del condominio sobre la vivienda habitual (que se encuentra libre de cargas), adquiriendo un excónyuge el 50 por 100 de la titularidad del otro formalizando para ello un préstamo hipotecario destinado a dicha adquisición, el progenitor adquirente podrá aplicarse la deducción por adquisición de vivienda habitual «en la medida en que el préstamo obtenido se destine a la adquisición del restante 50 por 100 de su vivienda habitual» (Consulta núm. V1134/2009, de 19 de mayo).

⁴³ La Consulta núm. V0951/2011, de 11 de abril, analiza este supuesto («El consultante transmitió el 4 de abril de 2008, junto con su entonces cónyuge, su vivienda habitual, manifestando su intención de reinvertir dentro de los dos años siguientes. En ese mismo ejercicio adquirieron un terreno sobre el que edificar su nueva vivienda mediante autopromoción. Debido a su divorcio han vendido el terreno, sin haber podido reinvertir en el plazo requerido»), concluyendo que «al transmitir el consultante su vivienda habitual el 4 de abril de 2008, para poder acogerse a la exención por reinversión, la adquisición jurídica de su nueva vivienda habitual tendría que producirse dentro de los dos años posteriores a dicha transmisión, a lo más tardar el 4 de abril de 2010, sin que exista regulación de ampliación de plazo alguno. Al no adquirir en plazo, el contribuyente pierde el derecho a exonerar de gravamen la totalidad de la ganancia patrimonial generada».

⁴⁴ La Consulta núm. V2759/2009, de 14 de diciembre, resuelve este caso («El consultante abandona en 2004 la que hasta ese momento constituía su vivienda habitual al haberse separado legalmente y después divorciado e impedirsele vivir en ella por sentencia judicial. En esta siguió residiendo su excónyuge hasta mayo de 2009, fecha en que se produjo la venta de la vivienda y la liquidación de la sociedad de gananciales. Es su intención adquirir una vivienda habitual»), sosteniendo que «al haber dejado de tener la vivienda la consideración de vivienda habitual para el consultante en el ejercicio 2004 y venderse en el ejercicio 2009, no se cumple el requisito de que la vivienda hubiera tenido la consideración de habitual para el consultante en el momento de la venta o en cualquier día de los dos años anteriores a la fecha de la transmisión,

Otro supuesto que ocurre frecuentemente con motivo de la separación matrimonial es la adquisición por parte de uno de los excónyuges de una nueva vivienda habitual con anterioridad a la venta de la que fue la vivienda familiar y habitual del matrimonio, planteándose la procedencia de aplicar la exención por reinversión sobre la ganancia patrimonial obtenida a raíz de dicha transmisión. La disposición transitoria novena del Reglamento del IRPF reconoce la aplicación de esta exención concediendo la ampliación del plazo de dos años para transmitir la vivienda habitual cuando se cumplan dos requisitos:

- Que la adquisición de la nueva vivienda habitual se hubiera efectuado en 2006, 2007 y 2008.
- Que la vivienda que se transmite hubiese dejado de tener la consideración de vivienda habitual por haber trasladado su residencia habitual a la nueva vivienda en cualquier momento posterior a la adquisición de esta última ⁴⁵.

8. LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

El proceso de divorcio comporta la extinción del régimen económico matrimonial (arts. 1.315 a 1.324 CC), sea este de gananciales (arts. 1.344 a 1.410 CC), de participación (arts. 1.411 a 1.434 CC) o de separación de bienes (arts. 1.435 a 1.444 CC). Ahora bien, ¿cuáles son las consecuencias fiscales que se derivan de la referida extinción? Veámoslo.

8.1. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

El artículo 33 de la LIRPF, relativo al concepto de ganancias y pérdidas patrimoniales, declara no sujetos al impuesto los supuestos de disolución de la sociedad de gananciales o de extinción del régimen de participación porque en tales casos «no existe alteración en la composición del patrimonio» [art. 33.2 b) LIRPF ⁴⁶].

por lo que no resulta aplicable la exención por reinversión en vivienda habitual a la ganancia patrimonial que el consultante, en su caso, obtuviera en la venta» (En los mismos términos, las Consultas núms. V0993/2009, de 7 de mayo; y V1608/2009, de 7 de julio).

⁴⁵ La Consulta núm. V2481/2010, de 17 de noviembre, resuelve este supuesto («El consultante transmite en abril de 2009, una vez obtenido el divorcio, la vivienda que comprada con su excónyuge en 2002 constituyó su vivienda habitual hasta que a causa de su separación matrimonial cambió de domicilio. En noviembre de 2006 adquiere la que desde entonces constituye su residencia habitual y por la que viene practicando la deducción por inversión en vivienda habitual. La totalidad del importe obtenido en la venta lo reinvierte en su actual vivienda habitual»), concluyendo que «en el supuesto de haber efectuado el traslado de residencia de la comprada en 2002 a la adquirida en 2006 con posterioridad a la adquisición de esta, el consultante podrá acogerse a la exención por reinversión en vivienda habitual».

⁴⁶ Artículo 33.2 b) de la LIRPF: «Se estimará que no existe alteración en la composición del patrimonio: (...) En la disolución de la sociedad de gananciales o en la extinción del régimen económico matrimonial de participación».

Para que este supuesto de no sujeción sea aplicable es necesario que no exista alteración patrimonial. Esto implica que a cada excónyuge se le adjudique, con motivo de la disolución matrimonial, su respectiva cuota de titularidad ⁴⁷ (que en el caso de la sociedad ganancial siempre será el 50% por cada bien o derecho que pertenecía a la extinta sociedad). Por el contrario, si en las adjudicaciones no se respeta la cuota de titularidad, estaremos ante un exceso de adjudicación generador de una ganancia o pérdida patrimonial que deberá tributar en el IRPF ⁴⁸ (piénsese, por ejemplo, en la atribución del 100% de un inmueble de la extinta sociedad ganancial a uno de los excónyuges, recibiendo el otro una compensación en metálico ⁴⁹; o también en los supuestos que se adjudiquen titularidades plenas –esto es, del 100% de la propiedad– a cada excónyuge sobre los diversos bienes que conformaban el haber ganancial ⁵⁰).

Asimismo, el artículo 33 de la LIRPF establece la exención («se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial») en el supuesto de extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes «cuando por imposición legal o resolución judicial se produzcan adjudicaciones por causa distinta de la pensión compensatoria entre cónyuges» [art. 33.3 d) LIRPF ⁵¹].

⁴⁷ Consulta núm. V0737/2010, de 19 de abril: «(...) la disolución de la sociedad de gananciales y la posterior adjudicación a cada uno de los cónyuges de su correspondiente participación en la sociedad no constituye ninguna alteración en la composición de sus respectivos patrimonios que pudiera dar lugar a una ganancia o pérdida patrimonial, siempre y cuando la adjudicación se corresponda con la respectiva cuota de titularidad» (en los mismos términos, la Consulta núm. V0736/2010, de 19 de abril).

⁴⁸ Consulta núm. V0759/2011, de 24 de marzo: «Los consultantes, casados en régimen de gananciales, adquirieron una vivienda hace 12 años. En la actualidad se va a proceder a la disolución de la sociedad de gananciales y a la adjudicación de la vivienda a uno de los cónyuges quien asumirá la totalidad del préstamo hipotecario que la grava. (...) Solo en el caso de que se atribuyesen a uno de los cónyuges bienes o derechos por mayor valor que el correspondiente a su cuota de titularidad, existiría una alteración patrimonial en el otro cónyuge, generándose una ganancia o pérdida patrimonial. Así ocurre en el caso objeto de consulta, en el que no se corresponderá la adjudicación con la respectiva cuota de titularidad, puesto que, aunque no haya compensación en metálico por parte del cónyuge al que se atribuirá la vivienda, único bien ganancial, existe una contraprestación en especie al asumir la parte del importe del préstamo hipotecario del otro cónyuge, lo que originará a este último una ganancia o pérdida patrimonial».

⁴⁹ Consulta núm. V0501/2010, de 15 de marzo: «(...) en el caso de que se atribuyesen a uno de los cónyuges bienes o derechos por mayor valor que el correspondiente a su cuota de titularidad, compensando económicamente a la otra parte, existirá una alteración patrimonial para la persona que percibe la compensación, en este caso el consultante, generándose una ganancia o pérdida patrimonial cuyo importe vendrá determinado por la diferencia entre la compensación percibida, siempre que no sea inferior al valor normal de mercado, en cuyo caso prevalecerá este, menos los gastos y tributos inherentes a la transmisión que sean satisfechos por el transmitente, y el valor de adquisición del porcentaje de titularidad de los bienes que se cede, resultante del procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales».

⁵⁰ Consulta núm. V1231/2011, de 16 de mayo: «La consultante y su cónyuge, constante matrimonio, adquirieron un inmueble en el año 2008, gravado con un préstamo hipotecario, con cantidades pendientes de amortizar. La sociedad de gananciales es, asimismo, titular de dos plazas de garaje, un trastero, dos turismos y otros préstamos de escasa cuantía. Es intención de los cónyuges disolver su matrimonio y proceder a la liquidación de su sociedad de gananciales, con el siguiente reparto: para la consultante el inmueble junto con el préstamo hipotecario que lo grava, las dos plazas de garaje, el trastero y un turismo, y para su cónyuge los restantes préstamos y el otro turismo (...) Solo en el caso de que se atribuyesen a uno de los cónyuges bienes o derechos por mayor valor que el correspondiente a su cuota de titularidad, existiría una alteración patrimonial en el otro cónyuge, generándose una ganancia o pérdida patrimonial. Así ocurre en el caso objeto de consulta, en el que la adjudicación de bienes que pretenden efectuar los cónyuges no se corresponde con la respectiva cuota de titularidad, con independencia de que exista o no compensación en metálico por parte de la consultante, lo que originará a su cónyuge una ganancia o pérdida patrimonial, por la parte correspondiente».

⁵¹ Artículo 33.3 d) de la LIRPF: «Se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial en los siguientes supuestos: (...) En la extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes, cuando por imposición legal o resolución judicial se produzcan adjudicaciones por causa distinta de la pensión compensatoria entre cónyuges».

La Dirección General de Tributos entiende que para que la exención sea operativa es necesario que cada excónyuge mantenga sus propios bienes y derechos, puesto que si se produce un intercambio de los mismos entre ellos, estaremos ante una ganancia o pérdida patrimonial que tributa en el IRPF por entender que en dichos casos hay un exceso de adjudicación⁵². No obstante, la doctrina ha puesto de manifiesto la improcedencia de hacer tributar en el IRPF los casos de bienes comunes, adquiridos durante el matrimonio en régimen de separación de bienes, que tienen la condición de indivisibles por su naturaleza (art. 1.062 CC⁵³) y que obligan a la adjudicación plena de la titularidad a uno de los excónyuges a cambio de una compensación en metálico para el otro, ya que en estos supuestos, conforme a la doctrina legal del Tribunal Supremo (Sentencia de 28 de junio de 1999) fijada para el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas⁵⁴, no existe un exceso de adjudicación. En definitiva, estos autores postulan, con razón, la proyección de dicha jurisprudencia al IRPF⁵⁵.

La extinción de los referidos regímenes económico matrimoniales no darán lugar a la actualización de los valores de los bienes o derechos recibidos o adjudicados [arts. 33.2, *in fine*; y 33.3 d), *in fine*, LIRPF].

8.2. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas

8.2.1. Exención en caso de disolución de la «sociedad conyugal»

El artículo 45.I B) 3 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, que aprueba el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD), regula la exención de las «aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de las mismas se verifiquen a su disolución y las transmisiones que por tal causa se hagan a los cónyuges en pago de su haber de gananciales».

Recientemente, el Tribunal Supremo ha delimitado el alcance de la referida exención por lo que se refiere a la extinción del régimen económico del matrimonio, circunscribiéndola a la disolución de la sociedad de gananciales y excluyendo del ámbito objetivo de aquella la extinción del régimen de

⁵² Consulta núm. V1265/2010, de 8 de junio: «(...) los cónyuges van a formular solicitud de divorcio y propuesta de convenio regulador, en el que acuerdan, voluntariamente, la adjudicación, entre otros bienes de menor importancia, según manifiestan, de un bien privativo del consultante a su mujer (una de las unidades registrales de las que consta el domicilio conyugal) y la adjudicación al consultante de bienes privativos de su mujer (el 40% de las participaciones en una sociedad). Conforme con los preceptos señalados, para el consultante, por su transmisión de esta unidad registral del domicilio conyugal, se generaría una ganancia o pérdida patrimonial sujeta y no exenta. Al tratarse de una permuta de bienes...».

⁵³ Artículo 1.062 del Código Civil: «Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero».

⁵⁴ *Id.*, *infra*, apartado 8.2.2; y nota a pie de página núm. 61.

⁵⁵ Cfr., GALLEGO LÓPEZ, J.B.: «Tratamiento tributario de los bienes inmuebles en los supuestos de nulidad matrimonial, separación y divorcio», *Fiscal mes a mes*, núm. 112/2005, pág. 37; y DÍAZ-SÚNICO, G.: «Excesos de adjudicación entre cónyuges con motivo de la liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes. La dispar doctrina de la Dirección General de Tributos», *Quincena Fiscal*, núm. 9/2010.

separación de bienes; puesto que «de la mera lectura del precepto controvertido se deduce que la regla contenida en la exención se refiere a la sociedad conyugal, que es una figura propia del régimen económico matrimonial de gananciales, y que está relacionada con el patrimonio ganancial independiente de los patrimonios privativos de cada uno de los cónyuges y las compensaciones económicas entre los mismos, por lo que hay que entender que solo afecta a las aportaciones de bienes de los cónyuges a la sociedad de gananciales y a las adjudicaciones y transmisiones de bienes que se efectúen a consecuencia de la disolución de la sociedad de gananciales a favor de los cónyuges, sin que pueda aplicarse al régimen de separación de bienes porque en dicho régimen no existen bienes comunes»⁵⁶.

Vemos, pues, que el Tribunal Supremo identifica el término «sociedad conyugal», previsto en la exención analizada, al de sociedad ganancial. Y, por tanto, excluye de su ámbito objetivo a los supuestos de disolución del régimen de separación de bienes, habiendo recibido dicho razonamiento un trato dispar en la doctrina⁵⁷.

Además, la citada sentencia ha concretado el régimen de tributación de la extinción del régimen de separación de bienes a efectos del ITP y AJD, equiparando esta situación al supuesto de disolución de una comunidad de bienes:

«(...) la disolución debe tratarse en estos casos –se refiere al régimen de separación de bienes– en el ITP y AJD como cualquier otra comunidad de bienes, siendo de significar que por esta Sala, entre otras, en la Sentencia de 28 de junio de 1999, ha considerado que la disolución de una comunidad de bienes mediante la adjudicación a los comuneros de bienes con un valor proporcional a sus respectivas participaciones en dicha comunidad no está sujeta a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, porque dicha operación tiene carácter particional y no dispositivo. Por otra parte, también niega la sujeción por la modalidad de transmisiones patrimoniales en aquellos supuestos en los que la división de la cosa común resulta imposible por ser el bien indivisible o de división que reduce sustancialmente su valor y la totalidad del bien se adjudica a uno o varios comuneros con obligación de compensar al resto con metálico. Ahora bien, todo lo anterior no excluye la modalidad gradual de los documentos notariales del ITP y AJD si concurren los requisitos que establece el artículo 31.2 del Texto Refundido de 1992» (Fundamento Sexto).

Esta equiparación que efectúa la sentencia entre los casos de disolución del régimen económico matrimonial de separación y de liquidación de comunidades de bienes, adolece de una manifies-

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2010, recurso de casación en interés de ley núm. 21/2008, Fundamento Sexto.

⁵⁷ A favor DIAZ-SÚNICO cuando afirma que «por mucho, pues, que sería deseable una equiparación en el tratamiento de todos los regímenes matrimoniales en el ámbito del AJD, lo cierto es que la controvertida disposición está establecida en los términos antes expuestos y quien tiene la misión de aplicarla no puede extrapolar este beneficio fiscal, por vía de la interpretación analógica, a otras situaciones no previstas en ella, por prohibición expresa del artículo 14 de la LGT. Así las cosas, no puedo sino coincidir con la citada doctrina legal» (DÍAZ-SÚNICO, G.: «La reciente doctrina del Tribunal Supremo en materia de liquidación del régimen matrimonial: un duro revés para la separación de bienes», *Quincena Fiscal*, núm. 18/2010). Crítico, MARTÍNEZ IBÁÑEZ ya que sostiene que «lo cierto es que no existe en nuestra legislación civil una definición de sociedad conyugal y entiendo que los conceptos sociedad conyugal y sociedad legal de gananciales, son términos distintos» (MARTÍNEZ IBÁÑEZ, M.J.: «A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2010: la liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes y su fiscalidad en el ITP y AJD», *Quincena Fiscal*, núm. 5/2011).

ta incongruencia interna, pues si en el régimen de separación de bienes «no existen bienes comunes», carece de lógica jurídica aplicar a su extinción el marco tributario propio de la disolución de la comunidad de bienes (que además, como destaca el TS, «no excluye la modalidad gradual de los documentos notariales del ITP y AJD»).

Una de dos: o el régimen de separación de bienes integra a todos los efectos el concepto de «sociedad conyugal» del artículo 45.I B) 3 del Texto Refundido de la Ley del ITP y AJD (TRLITP y AJD); o no. Pero en modo alguno resulta admisible, dicho sea en términos de congruencia, sostener que el régimen de separación de bienes no forma parte del concepto de «sociedad conyugal» de la referida exención, por no existir una puesta en común de bienes, para, acto seguido, sostener que a la disolución de dicho régimen debe darse el trato en el ITP y AJD «como (a) cualquier otra comunidad de bienes», dejando la puerta abierta a que la extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes tribute en «la modalidad gradual de los documentos notariales del ITP y AJD, si concurren los requisitos que establece el artículo 31.2 del Texto Refundido de 1992»⁵⁸.

En nuestra opinión, a tenor de la legislación civil, que es el marco normativo que debe regir la interpretación de las normas tributarias (en este caso la exención aquí analizada) en los términos señalados por el artículo 12.2 de la LGT⁵⁹, el concepto de «sociedad conyugal» surge de la unión matrimonial con independencia del régimen económico que hayan pactado los cónyuges. En otras palabras, nuestro Código Civil no ofrece asidero legal para circunscribir el término tributario de «sociedad conyugal» al de matrimonio en régimen económico de sociedad de gananciales. Por ello, entendemos, respetando obviamente el criterio sentado por nuestro Alto Tribunal, que la exención es aplicable a cualquier supuesto de disolución matrimonial.

8.2.2. *Tributación de los excesos de adjudicación*

Delimitado el alcance de la referida exención a los supuestos de disolución de la sociedad ganancial, también hay que tener en cuenta que la misma solo será aplicable a la parte del haber ganancial que corresponda a las cuotas de titularidad de cada uno de los excónyuges; habida cuenta que aquellos repartos de bienes o derechos que excedan de dicha cuota originan excesos de adjudicación que tributan o bien en la modalidad de «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», si la adjudicación es one-

⁵⁸ Cuestión distinta estriba en determinar si la disolución del régimen de separación de bienes puede dar lugar al devengo de la modalidad gradual del ITP y AJD, habida cuenta que en estos casos el acto que se inscribe no es un documento notarial, sino la sentencia judicial de divorcio. La Consulta núm. V0451/2006, de 16 de marzo, analiza este supuesto («En procedimiento judicial de divorcio, ha recaído sentencia que aprueba el convenio regulador presentado por los cónyuges de mutuo acuerdo. En virtud, se atribuye a la esposa el uso de la vivienda conyugal y del ajuar doméstico mientras convivan con ella los hijos del matrimonio. Dicha vivienda es de titularidad privativa del esposo»), concluyendo que «la sentencia que atribuye el citado derecho de uso de la vivienda conyugal no está sujeta a la cuota gradual de actos jurídicos documentados, documentos notariales, aunque tenga por objeto cantidad o cosa valuable y contenga un acto inscribible en el Registro de la Propiedad no sujeto a las otras modalidades del ITP y AJD ni al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, ya que falta el primero de los elementos que configuran esta modalidad de gravamen, pues el documento en cuestión es una sentencia judicial y no una escritura pública».

⁵⁹ Artículo 12.2 de la Ley General Tributaria: «En tanto no se definan por la normativa tributaria, los términos empleados en sus normas se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda».

rosa, ya sea a través de una compensación en metálico o en especie [art. 7.2 B) TRLITP y AJD]; o bien en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, en caso de que la adjudicación fuera lucrativa [art. 3.1 b) LISD]. Por tanto, «la exención expuesta solo resulta aplicable a las adjudicaciones de bienes y derechos referentes a la disolución de la sociedad de gananciales, pero no se extiende a los excesos de adjudicación sujetos al impuesto, que deberán tributar sin exención ni beneficio fiscal alguno»⁶⁰.

No obstante, hay excesos de adjudicación como consecuencia del proceso de disolución de la sociedad de gananciales que no van a tributar en la modalidad de «Transmisiones Patrimoniales Onerosas». Veámoslo:

A) En primer lugar, se encuentran los excesos de adjudicación que vienen impuestos por la *indivisibilidad de la cosa* obligando a compensar en metálico al otro copropietario en los términos que fija el artículo 1.062, párrafo primero, del Código Civil, conforme al mandato de exoneración que establece el artículo 7.2 B) del TRLITP y AJD⁶¹.

Se trata de una cláusula de aplicación genérica (no solo prevista para los casos de divorcio) aplicable a cualquier exceso de adjudicación provocado por la *naturaleza indivisible de la cosa* que hace *inevitable* la adjudicación plena del bien a uno de los propietarios «convirtiéndose –como señala el TEAC– tal inevitabilidad en el eje de la no tributación por el concepto de Transmisión Patrimonial Onerosa, manifestada unas veces en forma de indivisibilidad material, funcional o jurídica, o incluso en su variante de desmerecer mucho su valor con la división (que a estos efectos se transforma en un bien indivisible de facto) (...) Ahora bien, este Tribunal Central entiende que la excepción de indivisibilidad-inevitabilidad (de "obligación consecuencia de la indivisibilidad" en palabras del Tribunal Supremo) no debe aplicarse a cada uno de los bienes individualmente considerados, sino que debe entenderse referida al conjunto de los bienes que integren la comunidad, de forma tal que el exceso de adjudicación sea, como se viene insistiendo, inevitable, en el sentido de que no hubiera sido posible hacer, mediante otras adjudicaciones, otros lotes proporcionales al interés de cada comunero y que

⁶⁰ Consulta núm. 0759/2011, de 24 de marzo. En los mismos términos, las Consultas núms. V0736/2010, de 19 de abril; y V1231/2011, de 16 de mayo, entre otras.

⁶¹ El fundamento de esta exoneración lo ha razonado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de junio de 1999, recurso núm. 8138/1998, en los siguientes términos: «(...) La división de la cosa común debe ser contemplada –recuerda la sentencia mencionada de 1998– como la transformación del derecho de un comunero, reflejado en su cuota de condominio, en la propiedad exclusiva sobre la parte de la cosa que la división hubiera individualizado. Con otras palabras: La división de la cosa común y la consiguiente adjudicación a cada comunero en proporción a su interés en la comunidad de las partes resultantes no es una transmisión patrimonial propiamente dicha –ni a efectos civiles ni a efectos fiscales– sino una mera especificación o concreción de un derecho abstracto preexistente. Lo que ocurre es que, en el caso de que la cosa común resulte por su naturaleza indivisible o pueda desmerecer mucho por su división –supuesto que lógicamente concurre en una plaza de aparcamiento e incluso en un piso (no se trata de la división de un edificio, sino de un piso, art. 401 CC)– la única forma de división, en el sentido de extinción de comunidad, es, paradójicamente, no dividirla, sino adjudicarla a uno de los comuneros a calidad de abonar al otro, o a los otros, el exceso en dinero –arts. 404 y 1.062, párrafo 1.º, en relación este con el art. 406, todos del CC–. Esta obligación de compensar a los demás, o al otro, en metálico no es un "exceso de adjudicación", sino una obligación consecuencia de la indivisibilidad de la cosa común y de la necesidad en que se ha encontrado el legislador de arbitrar procedimientos para no perpetuar la indivisión, que ninguno de los comuneros se encuentra obligado a soportar –art. 400–. Tampoco, por eso mismo, esa compensación en dinero puede calificarse de "compra" de la otra cuota, sino, simplemente, de respeto a la obligada equivalencia que ha de guardarse en la división de la cosa común por fuerza de lo dispuesto en los artículos 402 y 1.061 del Código Civil, en relación este, también, con el 406 del mismo cuerpo legal.» (Fundamento Tercero).

hubieran evitado o mirado los excesos de adjudicación, de forma tal que si no es así, estaremos ante un exceso de adjudicación "verdadero" (siguiendo de nuevo la terminología del TS) sujeto y no exento como Transmisión Patrimonial Onerosa, siendo los excesos de adjudicación verdaderos "aquellos en que la compensación en metálico, en vez de funcionar como elemento equilibrador de la equivalencia y proporcionalidad que deben presidir toda división o partición de comunidad a costa del patrimonio del adjudicatario, sobrepasa en realidad su interés en la comunidad y viene a constituir, efectivamente, una adjudicación que lo supera en perjuicio del resto de los comuneros"⁶².

Otra cuestión es determinar qué elementos patrimoniales son indivisibles o desmerecen mucho por su división a efectos de aplicar la cláusula de exoneración. La Dirección General de Tributos tiene reconocido que «los Tribunales Económico-Administrativos vienen considerando a los inmuebles como "un bien que si no es esencialmente indivisible, sí desmerecería mucho por su división" (TEAR de Madrid: Resoluciones de 15 de junio de 1992 y 8 de junio de 1995)»⁶³. Se plantean mayores problemas cuando se trata de otro tipo de bienes o derechos a los que no se reconoce la aplicación del supuesto de no sujeción, como en el reparto del capital social de entidades⁶⁴.

B) Por su parte, el artículo 32.3 del Reglamento del ITP y AJD prevé otro supuesto de no sujeción en la modalidad de «Transmisiones Patrimoniales Onerosas» de aquellos excesos de adjudicación que se refieran a la atribución de la vivienda habitual a uno de los cónyuges con motivo de la disolución matrimonial⁶⁵, incluso la Dirección General de Tributos ha reconocido la aplicación de

⁶² Resolución del TEAC de 29 de septiembre de 2011, recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio, R.G. 3704/2010, Fundamento Quinto.

⁶³ Consulta núm. V0759/2011, de 24 de marzo. La Consulta núm. 1793/1999, de 5 de octubre, afirma que «(...) , no estaría sujeto a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas el exceso originado por la adjudicación a uno de los cónyuges de un inmueble indivisible, cuando este, además, constituya el único bien ganancial existente, pagando la diferencia en metálico al otro cónyuge, pues en ese supuesto estaríamos ante un exceso de adjudicación inevitable en los términos que resultan del artículo 1.062 del Código Civil». También, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia núm. 423/2010, de 29 de abril, Fundamento Segundo.

⁶⁴ *Id.*, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha núm. 321/2010, de 24 de mayo, en la que se afirma que «el conjunto de participaciones de una sociedad limitada es, obviamente, divisible, en tanto que esas participaciones representan partes alicuotas del capital social. Apela el actor al artículo 1.062 del Código Civil ("cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero" expresa el párrafo primero), pero no acredita que de haber mantenido quien fuera su cónyuge parte de las participaciones de la mercantil "Electricidad Godoy, SL" hubiera supuesto desmerecer mucho por su división» (Fundamento Tercero).

⁶⁵ Consulta núm. 1372/2003, de 22 de septiembre, en la que se analiza este caso («La consultante, recién separada matrimonialmente, desea extinguir su sociedad de gananciales constituida por una vivienda y una plaza de garaje, adquirida por ambos cónyuges con anterioridad a la celebración del matrimonio»), concluyendo que «en el caso planteado la extinción del condominio existente sobre la vivienda familiar, bien de naturaleza ganancial, constituye un exceso de adjudicación no sujeto a la modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITP y AJD, pero sí a la cuota variable del Documento Notarial de la modalidad AJD, de la que se encuentra exenta por aplicación del artículo 45.I B) 3 del Texto Refundido del Impuesto». Repárese que si se trata de la mera extinción del régimen económico familiar para pasar a otro régimen distinto, pero no media la disolución del matrimonio no resulta aplicable dicho supuesto de no sujeción, tal y como se razona en la Consulta núm. V0160/2011, de 31 de enero, puesto que «no resultaría aplicable en ningún caso lo dispuesto en el artículo 32.3 del Reglamento del ITP y AJD, dado que no se produce el supuesto de hecho regulado en él. En efecto, dicho precepto establece que "Tampoco motivarán liquidación por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas los excesos de adjudicación declarados que resulten de las adjudicaciones de bienes que sean efecto patrimonial de la disolución del matrimonio o del cambio de su régimen económico, cuando sean consecuencia necesaria de la adjudicación a uno de los cónyuges de la vivienda habitual del matrimonio", ya que el matrimonio no se va a disolver, simplemente se va a disolver el condominio».

esta cláusula de exoneración a los supuestos de extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes que se refieran a la vivienda habitual⁶⁶, aunque hay posicionamientos jurisprudenciales que limitan la aplicación de este supuesto de no sujeción a que la vivienda habitual forme parte de la sociedad ganancial⁶⁷.

8.3. Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana

El artículo 104.3 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales (TRLHL) establece la no sujeción al Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU) de las «transmisiones de bienes inmuebles entre cónyuges o a favor de los hijos⁶⁸, como consecuencia del cumplimiento de sentencias en los casos de nulidad, separación o divorcio matrimonial, sea cual sea el régimen económico matrimonial»⁶⁹.

No obstante, al tratarse de un supuesto de no sujeción, la determinación del periodo de generación de la plusvalía a efectos de cálculo de la base imponible del IIVTNU en futuras transmisiones será «el comprendido entre la fecha del devengo del impuesto que se liquide y la del devengo de la anterior transmisión de la propiedad del terreno que haya estado sujeta al IIVTNU. Es decir, la fecha de inicio de dicho periodo de generación será la fecha en la que los cónyuges adquirieron el citado terreno»⁷⁰.

⁶⁶ La Consulta núm. 884/2004, de 31 de marzo, reconoce la no sujeción a la modalidad de «Transmisiones Patrimoniales Onerosas» a un supuesto de disolución del régimen de separación de bienes («(...) El régimen económico matrimonial es el de separación de bienes. El consultante y su cónyuge son copropietarios de una vivienda, su residencia habitual, adquirida en separación de bienes, pro indiviso, siendo cada cónyuge titular del 50% de la vivienda. Ahora se plantean la extinción del condominio, de forma que una de las partes se adjudique la vivienda, compensando económicamente a la otra por el 50% del valor de la vivienda»). En los mismos términos, la Consulta núm. V0556/2005, de 4 de abril, que determina que «el exceso de adjudicación producido por la necesaria adjudicación de la vivienda habitual a uno de los cónyuges –ya sea la vivienda ganancial o privativa común– no motivará liquidación por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, según el artículo 32.3 del Reglamento del impuesto, en cuyo caso, la disolución de la sociedad de gananciales o del condominio sobre el bien privativo solo quedaría sujeta a la modalidad de actos jurídicos documentados, documentos notariales, de la que estará exenta la primera [art. 45.I B) 3 del Texto Refundido], pero no la segunda».

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 79/2004, de 6 de febrero: «(...) el supuesto espacial invocado por la actora, regulado en el artículo 32.3 del Reglamento del ITP y AJD, está previsto para el caso de que la vivienda adjudicada a uno de los cónyuges constituya patrimonio de la sociedad de gananciales, no como en el presente caso, en el que constituía un bien privativo del esposo» (Fundamento Tercero).

⁶⁸ Por ello, no están incluidos en este supuesto los casos de transmisión de inmuebles efectuados entre una sociedad mercantil y una persona física «pese a que dicha transmisión tenga como origen o marco una separación o divorcio matrimonial» (STSJ de Cataluña núm. 297/2011, de 10 de marzo, Fundamento Tercero).

⁶⁹ Consulta V1664/2010, de 20 de julio, analiza este supuesto de sujeción («La consultante, casada en régimen de separación de bienes, se divorció en el año 2009. Ambos cónyuges eran propietarios por mitades indivisas de dos viviendas, una de las cuales constituía el domicilio conyugal, y otro inmueble. Los cónyuges acordaron extinguir el condominio sobre los inmuebles adjudicándose a la consultante la vivienda que constituyó el domicilio conyugal y al cónyuge los otros dos inmuebles, debiendo compensar en efectivo la consultante el exceso de adjudicación a su favor»), concluyendo, sin ambages, que «este supuesto de extinción de la comunidad de bienes existente mediante la adjudicación de un bien inmueble a la consultante y dos bienes inmuebles al excónyuge está no sujeto al IIVTNU por tratarse de una transmisión de bienes inmuebles consecuencia del cumplimiento de la sentencia de divorcio matrimonial, supuesto regulado en el artículo 104.3 del TRLHL».

⁷⁰ Consulta V0759/2011, de 24 de marzo.