

La tributación de las operaciones de cesión de créditos o derechos de adquisición de inmuebles en construcción

por

JUAN CALVO VÉRGEZ

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Extremadura*

Como es sabido a lo largo de estos últimos años han venido sucediéndose, dentro del tráfico inmobiliario, determinadas operaciones en las que, con anterioridad al inicio de las obras de urbanización o construcción de un inmueble, o bien antes de concluirse su edificación, el promotor o, en su caso, el constructor de aquél opta por transmitir en documento privado un derecho futuro a su adquisición, una vez terminado el mismo, procediendo posteriormente el titular del inmueble (es decir, el titular de dicho derecho) a efectuar su transmisión a otro particular y adquiriendo este último la totalidad de los derechos y obligaciones derivados de un contrato privado, incluido el derecho a comprar el inmueble de que se trate.

Nótese que este contrato privado al que nos referimos ha sido concertado previamente por otro particular con una empresa promotora o constructora, siendo dicho particular quien posteriormente procede a su transmisión. Tiene lugar así una operación de cesión onerosa de derechos privados de compra de inmuebles en virtud de la cual una persona que ha adquirido un derecho de compra antes de la construcción o de la finalización de una determinada edificación, esto es, que ha comprado sobre plano, lo cede a otra persona. En otras palabras, a través de estas operaciones de inversión inmobiliaria se cede el derecho privado a adquirir un inmueble cuya construcción todavía no ha finalizado a una persona distinta de la que concertó inicialmente su adquisición con la constructora o promotora inmobiliaria, siendo necesario además

que estas empresas cambien a los contratantes iniciales por los cesionarios o adquirentes de los derechos.

Podríamos identificar, en consecuencia, dentro de estas transmisiones de derechos derivados de compraventas inmobiliarias, la existencia de hasta tres operaciones distintas: en primer lugar, el contrato originario, celebrado entre el promotor y el cedente del contrato; en segundo término, la cesión del derecho entre el cedente y el cesionario; y, finalmente, la entrega del bien realizada por el promotor a favor del cesionario.

Pues bien, tratándose de estas operaciones que tienen por objeto la adquisición de una opción de compra relativa a la adquisición de un inmueble, la cual se ha de ejercitar voluntariamente durante un plazo determinado o en una fecha concreta, se plantea la cuestión relativa a cuál debe ser su tributación a efectos de los Impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPyAJD) y sobre el Valor Añadido (IVA) y, más precisamente, cuál debe ser la base imponible de la operación principal, es decir, la compraventa, en el supuesto de que se ejercente la opción de compra y el precio satisfecho por la misma se descuente del correspondiente a dicha compraventa.

Son varias las contestaciones que, a lo largo de estos dos últimos años, ha ofrecido la Dirección General de Tributos (DGT) en relación con la tributación de estas operaciones consistentes en la cesión de la titularidad de una vivienda a través de un contrato privado de venta celebrado con el promotor, y en favor de una tercera persona distinta del comprador al que se le ha cobrado parcialmente el precio.

Así, por ejemplo, afirma el citado Centro Directivo en contestación a Consulta de 12 de julio de 2006, que la cesión de estos derechos privados de compra que ostentan los compradores de inmuebles a construir o en construcción no determina la existencia de una compraventa de los mismos, sino de derechos personales no inscribibles que, siendo realizada por un empresario o profesional en el ámbito del desarrollo de su actividad, tributará por IVA o bien quedará sujeta a la Modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO) del ITPyAJD, si quien la realiza es un particular. Añade además la DGT que la base imponible en este tipo de cesiones vendrá determinada por el valor real del inmueble que se construya, debiendo aplicarse a este respecto, en su caso, lo dispuesto en el artículo 17.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley reguladora del ITPyAJD, de conformidad con el cual: *«En la transmisión de créditos o derechos mediante cuyo ejercicio hayan de obtenerse bienes determinados y de posible estimación se exigirá el impuesto por iguales conceptos y tipos que las que se efectúen de los mismos bienes y derechos».*

Refiriéndose a las eventuales obligaciones formales que hubiese de asumir la empresa inmobiliaria que, en el supuesto planteado, constituyó el de-

recho de compra del inmueble, estima la DGT en la citada Resolución que la misma carece de obligaciones formales al respecto, sin perjuicio de que deba exigir el pago del Impuesto al objeto de poder realizar los cambios de titularidad que la cesión lleva consigo. Y, por lo que respecta a la repercusión de estas operaciones en el ámbito del IVA, tanto en relación con los pagos anticipados ya realizados por el cedente (que han devengado el Impuesto) como cuando se devenga el IVA, considera la DGT que dicho devengo se producirá por la entrega del inmueble cuando se realice dicha transmisión, descontándose las cantidades ya devengadas y satisfechas en las entregas a cuenta por el cedente o por el cessionario.

En suma, a juicio de la DGT, la realización de esta operación origina el hecho imponible de la Modalidad TPO en el momento de la cesión, quedando integrada la base imponible por el valor real del inmueble, y sin que alcancen a la empresa obligaciones formales en este Impuesto. Y no cabe estimar producido el hecho imponible del IVA por la realización de unos pagos anticipados por el adquirente que, no obstante, determinan el devengo del Impuesto correspondiente a dichos pagos, produciéndose únicamente la sujeción de la primera entrega de la vivienda realizada por la promotora una vez finalizada su construcción. Asimismo se producirá la repercusión del IVA con motivo de la entrega del inmueble correspondiente al precio total del mismo objeto de compraventa, minorado por el IVA repercutido con anterioridad por los pagos anticipados.

Esta misma línea de interpretación fue seguida con posterioridad por la DGT en la contestación a Consulta de 23 de noviembre de 2006. Tal y como se señala en la misma, estas operaciones por las que se cede el derecho privado a la adquisición de un inmueble cuya construcción se encuentra todavía sin terminar a una persona distinta de aquélla que concertó inicialmente su adquisición con la constructora o promotora inmobiliaria, así como cualquier otra por virtud de la cual se adquiera un derecho a la entrega de una construcción terminada futura (caso, por ejemplo, de la cesión de un solar a cambio de la entrega de parte de los inmuebles construidos sobre el mismo), podrían quedar sujetas, en principio, al IVA, adquiriendo entonces la consideración de sujeto pasivo el transmisor del derecho, y debiendo cuantificarse la base imponible en el importe de la contraprestación correspondiente.

Ahora bien, no siendo el transmitente sujeto pasivo del IVA, esto es, si no tuviese la consideración de empresario o profesional o, aunque lo fuera, no desarrollando la operación en cuestión en el ejercicio de su actividad, dicha operación no quedaría sujeta al IVA y, dado su carácter oneroso, sería gravada por la Modalidad de TPO del ITPyAJD. Y, en este último caso, insiste la DGT, la base imponible de la operación se correspondería con el valor real de los bienes o derechos que el cessionario adquiera al ejerci-

tar el derecho objeto de cesión, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17.1 del TR. Nada señala, sin embargo, el citado Centro Directivo respecto de la eventual aplicación del artículo 47 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del ITPyAJD, relativo a la transmisión de bienes y derechos, y de conformidad con el cual: «*Cuando en la transmisión de créditos, derechos o acciones, mediante cuyo ejercicio hayan de obtenerse bienes determinados y de posible estimación, el valor de aquéllos no conste, se practicará una liquidación con carácter provisional sobre el que, a requerimiento de la Administración, declaren los interesados en el plazo de diez días, y sin perjuicio de ampliarla al exceso, si lo hubiere, del verdadero valor de los bienes y derechos transmitidos cuando, por hacerse efectivo, sea conocido el de los bienes que mediante aquéllos se obtengan, practicándose entonces liquidación definitiva*» (1).

De este modo concluye la DGT que la cesión efectuada a un tercero por el comprador de un inmueble de los derechos del contrato privado de compraventa celebrado con el promotor, realizada antes de la finalización y consiguiente entrega de la construcción, se encuentra sujeta a la Modalidad de TPO del ITPyAJD, quedando la base imponible de la operación integrada (con independencia de cuáles hayan sido las cantidades entregadas al promotor y las que el transmitente reciba del nuevo comprador) por el valor real del inmueble cuyos derechos se transmiten, el cual sería susceptible de quedar asimilado al valor de mercado. Idéntico razonamiento puede encontrarse en la contestación facilitada por la DGT a Consulta de 28 de noviembre de 2006.

Mediante contestación a Consulta, de 17 de enero de 2007, reiteró nuevamente la DGT que aquellas operaciones consistentes en la cesión de derechos de compra de una vivienda en construcción por un particular no empresario se hallan sujetas a la Modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITPyAJD, quedando integrada la base imponible de esta transmisión onerosa por el valor real de la vivienda cuyos derechos se transmiten. En cambio, tal y como precisa el citado Centro Directivo en su Resolución de 4 de abril de 2007, tratándose de una operación en virtud de la cual una sociedad cede a terceros sus derechos sobre la compra de determinados inmuebles que adquirió en virtud de contrato privado, nos hallamos ante una operación sujeta a IVA cuya base imponible estará constituida por la contra-

(1) Añade, a continuación, el citado precepto en su apartado segundo que: «*Si en el plazo indicado los interesados no hicieran la declaración del valor, lo fijará la Administración, practicando liquidación sin perjuicio de las reclamaciones que procedan. Si no fuere posible a la Administración, por ningún concepto, fijar el valor de los derechos y acciones transmitidos, se aplazará la liquidación, haciéndolo constar así por medio de nota extendida al pie del documento*».

prestación que satisfaga el adquirente como consecuencia de la citada transmisión de los derechos de compra sobre el mismo.

Con posterioridad, en la contestación a Consulta de 21 de diciembre de 2007, insiste la DGT, al hilo de la especial naturaleza de estas operaciones en virtud de las cuales un comprador suscribe un contrato privado de compraventa con la entidad promotora, solicitando con posterioridad un cambio de titularidad para ceder sus derechos a un tercero en el instante de firma de la escritura pública que, mientras el edificio se encuentra en construcción, el contrato de compraventa de viviendas celebrado entre el promotor y el particular sólo determina el surgimiento de unos pagos anticipados por los adquirentes y el devengo del IVA correspondiente a los mismos, no habiéndose producido el hecho imponible de este último Impuesto, ya que éste tiene lugar con la entrega de la vivienda ya construida. En cambio, la transmisión onerosa efectuada por el particular de los derechos sobre la vivienda a un tercero que será quien, finalmente, figure como comprador, está sujeta a la Modalidad de TPO del ITPyAJD.

En la presente Resolución la principal cuestión suscitada fue la relativa a si la entidad promotora tiene la obligación de rectificar aquellas facturas que expida hasta la fecha de transmisión de los derechos, por corresponder a pagos a cuenta devengados conforme a derecho. A juicio de la DGT, la respuesta ha de ser negativa, si bien precisa, a continuación, que en las facturas que hayan sido expedidas por la entidad promotora con posterioridad a la transmisión de los derechos deberá hacerse constar, como destinatario, al tercero adquirente de los mismos, al igual que en aquella otra factura correspondiente a la entrega definitiva de la vivienda, en la cual la base imponible deberá reflejar, además, la totalidad del precio de ésta, sin perjuicio de que el importe a pagar considere la totalidad de los pagos a cuenta efectuados tanto al inicial comprador como a la entidad promotora hasta la fecha de venta, repercutiéndose las correspondientes cuotas de IVA.

Ya con anterioridad, en contestaciones a Consultas, de 31 de diciembre de 2003 y de 16 de junio de 2004, estimó la DGT que había que atender al valor real de los inmuebles cuyos derechos fuesen objeto de cesión. Se afirmaba concretamente en la segunda de las resoluciones apuntadas que la operación por la que un particular, comprador de un inmueble en construcción, cede a un tercero, mediante contraprestación, los derechos de contrato privado de compraventa celebrado con el promotor antes de la finalización y siguiente entrega de la construcción de dicho inmueble, se encuentra sujeta al ITPyAJD en su Modalidad de Transmisión Patrimonial Onerosa, de conformidad con lo previsto en el artículo 7.1 del Texto Refundido regulador del citado Impuesto, a cuyo tenor: «*Son transmisiones patrimoniales sujetas las transmisiones onerosas por actos inter vivos de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas*». Y, por

lo que al IVA se refiere, manifestó la DGT, en contestación a Consulta de 3 de diciembre de 2003, que la celebración del contrato entre el promotor y el cedente determina que, en el instante del devengo de la entrega de bienes, aquél (el promotor) deba repercutir el Impuesto sobre el precio total de la compraventa, si bien minorado en las cantidades que ya fueron objeto de repercusión al cedente. De este modo, la base imponible del IVA vendría determinada por el total de lo pagado por ambos compradores al promotor, no por la suma de dichas partidas.

En definitiva, a la luz de lo manifestado por la DGT a través de este conjunto de contestaciones, puede constatarse que, de cara a liquidar estos actos o negocios, así como a comprobar las autoliquidaciones practicadas por los particulares, la Administración estima aplicable el artículo 17.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993, adoptando en consecuencia como valor real, no el correspondiente al derecho a comprar, sino el imputable al bien inmueble respecto del cual se obtuvo el derecho a comprar.

Considera así la Administración que la base imponible ha de corresponderse con el valor real de los bienes o derechos que el cessionario adquiera, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 17.1 del Texto Refundido y 47 del Reglamento del ITPyAJD. En efecto, a juicio de la DGT ha de atenderse al valor real del inmueble cuyos derechos han sido cedidos, ya que dicho bien es el que obtendrá en su día el cessionario de los derechos del contrato privado de compraventa cuando ejercite aquéllos.

Nótese que el único apoyo normativo con el que cuenta la Administración, de cara a elaborar su calificación, es el artículo 17.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993. Ahora bien, ¿resulta verdaderamente aplicable el citado precepto al presente caso? Desde nuestro punto de vista la respuesta ha de ser negativa, ya que el referido precepto no es sino una concreción del principio de calificación regulado en el artículo 2.1 del citado Texto Refundido, al amparo del cual el Impuesto ha de exigirse con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato liquidable, cualquiera que sea la denominación que las partes le hayan otorgado y prescindiendo de los defectos tanto de forma como intrínsecos que puedan afectar a su validez y eficacia.

Es cierto que la función calificadora atribuida a la Administración ha de permitir a ésta analizar aquellas circunstancias de la realidad que pueden hallarse incluidas en los supuestos de hecho de la norma y, más precisamente, en aquellos preceptos a través de los cuales se tipifican los hechos imponibles. Se trata, por tanto, de un instrumento antielusorio que debe ser aplicado única y exclusivamente atendiendo al presupuesto fijado por la norma.

Como ya hemos tenido oportunidad de precisar, el artículo 17 del TRLITPyAJD establece que la cesión de estos derechos debe tributar por los mismos conceptos y tipos que los bienes o derechos futuros a adquirir.

Por su parte, el artículo 47 del Reglamento del Impuesto, encuadrado dentro del Capítulo III del citado texto reglamentario, relativo a la base imponible, dispone en su apartado primero que cuando en la transmisión de créditos, derechos o acciones mediante cuyo ejercicio hayan de obtenerse bienes determinados y de posible estimación el valor de aquéllos no conste, habrá de practicarse una liquidación provisional sobre aquél que, a requerimiento de la Administración, declaren los interesados en el plazo de diez días, y sin perjuicio de ampliarla al exceso, si lo hubiere, del verdadero valor de los derechos transmitidos cuando, por hacerse efectivo, sea conocido el de los bienes que mediante aquéllos se obtengan, practicándose entonces la liquidación definitiva.

Ahora bien, cabe plantearse si de la dicción del artículo 17.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993 puede llegarse al criterio adoptado por la Administración. Lo que el citado precepto señala es que dichos créditos o derechos cedidos han de tributar por los mismos conceptos y tipos que los bienes o derechos que se puedan adquirir mediante el ejercicio de aquéllos. No se habla de «concepto», en singular, sino de «conceptos», en plural, disponiendo que la cesión de estos derechos tribute por los mismos conceptos y tipos que los bienes o derechos futuros a adquirir.

¿Debe quedar incluida la base imponible dentro de dichos «conceptos»? A juicio de la DGT, de lo dispuesto en el citado artículo 17.1 del TRLITP y AJD, conjuntamente con lo establecido en el artículo 47 del Reglamento del Impuesto, se deduce que la normativa del citado Impuesto se está refiriendo también a la base imponible, al determinar que se liquide por los mismos conceptos que los elementos a adquirir. En consecuencia, el criterio determinante para la configuración de la base imponible habría de serlo el valor del bien que se obtenga por el ejercicio del derecho que se transmite.

A lo largo de diversos pronunciamientos, nuestro Tribunal Supremo ha tratado de precisar el alcance del artículo 17.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993. Así, por ejemplo, en su sentencia de 17 de junio de 1994 afirmó el TS (refiriéndose al art. 88 del antiguo Texto Refundido de 1980, vigente en aquel momento y de contenido esencialmente idéntico al actual art. 17.1 del Texto Refundido de 1993), que se trataba de un precepto concebido para evitar la elusión mediante el empleo de fórmulas que, bajo la apariencia de transmisión de créditos o derechos, enmascaren u oculten una transmisión real de bienes sometida a tributación como tal. Con posterioridad señaló el Alto Tribunal en su sentencia de 25 de junio de 1998 que: «(...) *Una permuta de un solar, por la entrega futura de determinadas construcciones, da lugar a la exigencia del tributo y, por ende, a considerarlo como una permuta por el valor real de las construcciones futuras a entregar.*».

A nuestro juicio, la principal finalidad perseguida por el legislador al disponer en el artículo 17.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993 que se ca-

lificará como adquisición de bienes la adquisición de derechos mediante cuyo ejercicio deban obtenerse bienes determinados, fue la de otorgar una regulación a aquellos supuestos en los que se obtienen derechos a adquirir bienes inmuebles desde la perspectiva de la equiparación de las promesas de venta con las compraventas, la cual sólo resulta posible tratándose de un verdadero contrato de carácter consensual de venta ya perfeccionado.

Dicho de otro modo, el artículo 17.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993 fue diseñado para aquellos supuestos en los que las partes otorgan un primer documento, situando no obstante en un momento posterior la entrega del documento público, a la que quedan obligados de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.279 del Código Civil. Piénsese que en estos casos el documento inicialmente otorgado recoge ya de manera expresa la intención de las partes de transmitir, restando únicamente que se produzca la entrega instrumental. A través de la formalización de este primer contrato se adquiere ya un derecho destinado a obtener la entrega de una cosa concreta y determinada, constituyendo el otorgamiento de la escritura pública una *traditio* instrumental destinada a suplir la falta de una tradición real, a la que se refiere el artículo 1.462 del Código (2).

La Administración únicamente podrá ejercitar la potestad calificadora que le atribuye el artículo 17.1 del TRITPyAJD cuando la transmisión de un derecho determine realmente la del bien, lo que sólo sucederá en aquellos casos en los que las declaraciones de voluntad de las partes hayan tenido como finalidad el establecimiento de un contrato definitivo (en la mayoría de supuestos, un contrato de compraventa), restando únicamente la concurrencia de un requisito relativo a la forma y no a la validez del contrato.

La DGT estima que la base sobre la que debe aplicarse el tipo de gravamen ha de quedar constituida por iguales conceptos y tipos que si se transmitiera el inmueble, considerando así que con el ejercicio futuro del derecho adquirido se obtendrá aquél. Sigue, sin embargo, que lo que se adquiere en estos casos es un simple derecho, no existiendo el compromiso de ejercitar la opción final de compra a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con el contrato de leasing. En cambio, como hemos indicado, lo dispuesto en el artículo 17.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993 ha de aplicarse a aquellas situaciones en las que cabe aludir a la existencia de una transmisión, siendo en estos casos en los que la atribución del derecho a recibir un bien equivale a la adquisición, contribuyendo a formalizar la entrega dicha adquisición, que ha quedado perfeccionada con carácter previo. Y estas operaciones no pueden identificarse con aquellas otras en las que lo que se produce es la adquisición a través de escritura pública de un derecho a la adquisición futura del bien.

(2) Recuérdese, además, que a esta *ficta traditio* tiene derecho todo comprador como entrega de la cosa comprada en aras de adquirir la propiedad sobre ella, de acuerdo con el sistema de título y modo regulado en el artículo 609 del Código Civil.

En ningún caso se está adquiriendo el bien, ya que para ello es condición necesaria el ejercicio del derecho, celebrándose el oportuno contrato traslativo de compraventa y satisfaciéndose el precio correspondiente (3).

Cabe estimar, en consecuencia, que el artículo 17.1 del TRLITPyAJD no debe ser tenido en cuenta a la hora de proceder a calcular la base imponible de aquellas operaciones en las que se obtiene el derecho a adquirir un inmueble sino, por el contrario, el artículo 7.1 del citado Texto, dado que nos hallamos ante la transmisión onerosa por un acto *inter vivos* de un derecho. Y, por lo que respecta a la base imponible de la operación, ésta habrá de determinarse por el valor real del bien transmitido (art. 10.1 del RDLeg. 1/1993), que no es otro que el precio satisfecho por el derecho a comprar el inmueble.

Por otra parte, debe analizarse hasta qué punto la interpretación defendida a este respecto por la Administración Tributaria fundamentada, en nuestra opinión, en una inexacta aplicación del artículo 17.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993, puede llegar a originar una vulneración de las exigencias derivadas del necesario respeto al principio de capacidad contributiva, regulado en el artículo 31.1 de la Constitución. Piénsese que, en la medida en que el adquirente, después de hacerse con el derecho a adquirir el bien, lo ejerce comprando en escritura pública el inmueble por un precio determinado, queda claro que con anterioridad sólo obtuvo el derecho a adquirir y no la propiedad del inmueble, así como que la adquisición del derecho no se puede valorar igual que la adquisición del bien.

Y es que proceder a valorar la adquisición del derecho como si se tratase de la adquisición del bien significaría, de entrada, obligar a tributar al adquirente por algo que no se adquirió. Recuérdese que el sujeto no adquiere el bien, sino únicamente el derecho a adquirir el bien, no pudiendo tomarse en consideración a este respecto una mera manifestación de riqueza de carácter ficticio. Por otra parte, la capacidad económica sometida a gravamen en la Modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITPyAJD es aquella que se pone de manifiesto como consecuencia de una adquisición derivativa sujeta a una atribución patrimonial onerosa, quedando fijada la base imponible en función de lo realmente adquirido.

La vulneración del principio de capacidad económica parece, pues, clara, máxime si tenemos en cuenta que, tal y como declaró el Tribunal Constitucional en su sentencia 221/1992, de 11 de diciembre, la quiebra del citado principio constitucional tributario se produce «*en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea, no ya potencial, sino*

(3) Incluso cabe la posibilidad de que quien adquiera este derecho a la adquisición futura de un inmueble no llegue nunca a adquirir este último, ya sea porque transmita el derecho (el cual presenta siempre un valor económico) o porque renuncie a su ejercicio.

inexistente o ficticia, excluyendo la aplicación de este principio el gravamen de la riqueza ficticia» (4).

A mayor abundamiento si estimamos, como así parece suceder, que con la adquisición del derecho a adquirir el inmueble ya se dispone de éste, no parece aceptable, desde el punto de vista del respeto al principio de capacidad económica, proceder a gravar la adquisición de este último (el inmueble), dado que incurriremos en un supuesto de doble imposición contrario a las exigencias derivadas del citado principio. En efecto, al liquidarse la adquisición del derecho a adquirir el inmueble tomando como base imponible una de carácter similar a aquélla que correspondería a la adquisición del propio inmueble se estaría gravando dos veces esta última operación, incurriendo en una determinación inexacta de la base imponible (5).

Muy probablemente la interpretación defendida por la Administración Tributaria persiga desfavorecer las constituciones de promesas de venta y las transmisiones de derechos a comprar, las cuales, de un tiempo a esta parte, han venido asociándose al desarrollo de políticas de especulación inmobiliaria. Ahora bien, no creemos que la consecución de esta finalidad, de carácter extrafiscal, deba alcanzarse a costa de adoptar una interpretación de la norma fiscal contraria a las exigencias derivadas de la justicia tributaria. Porque si bien los fines extrafiscales son, a todas luces, lícitos, deben perseguirse respetando las garantías del conjunto de los principios constitucionales tributarios (6).

Pues bien, en la actualidad, refiriéndose a este tratamiento fiscal de la cesión de créditos o derechos de adquisición de inmuebles en construcción consistente en determinar una base imponible a efectos del ITPyAJD cuantificada en función del valor total construido de los inmuebles. La Ley 4/2008, de 23 de diciembre, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio, se generaliza el sistema de devolución mensual en el IVA y se introducen otras modificaciones en la normativa tributaria incorpora una modificación destinada a ajustar el valor real del inmueble en construcción en el momento de la cesión del derecho privado de compra, en aras de posibilitar su transmisión a los actuales contratantes que tengan dificultades para seguir con la adquisición y una mayor flexibilidad a este mercado.

Señala concretamente el apartado 1 del artículo 17 del TRLITPyAJD tras su nueva redacción que: «*1. En la transmisión de créditos o derechos mediante*

(4) En este mismo sentido se pronunció posteriormente el intérprete supremo de nuestra Constitución en su sentencia 194/2000, de 19 de julio.

(5) Véase, a este respecto, con carácter general, la STC 194/2000, de 19 de julio, en la que se afirma que: «*El gravamen simultáneo de una misma manifestación de riqueza por dos conceptos distintos, uno real y otro ficticio, vulnera el principio de capacidad económica.*

(6) Tal y como manifestó el Tribunal Constitucional en su sentencia 37/1987, de 26 de marzo: «*Los fines extrafiscales no pueden desconocer o contradecir el principio de capacidad económica o de pago.*

cuyo ejercicio hayan de obtenerse bienes determinados y de posible estimación, se exigirá el impuesto por iguales conceptos y tipos que las que se efectúen de los mismos bienes y derechos. Sin embargo, en el caso de inmuebles en construcción, la base imponible estará constituida por el valor real del bien en el momento de la transmisión del crédito o derecho, sin que pueda ser inferior al importe de la contraprestación satisfecha por la cesión».

Esta limitación de la base imponible al valor real que tenga el bien en el momento de la transmisión del crédito o derecho resulta especialmente aplicable a aquellos supuestos de transmisión entre particulares del derecho de adquisición de una vivienda en construcción. De este modo se persigue evitar un gravamen impositivo que, sumado al que se produce por el IVA que satisface el nuevo propietario del derecho cuando adquiere la vivienda, determinaba en la práctica la imposibilidad de la transmisión de estos derechos.

Sin lugar a dudas, a través de la adopción de esta medida parece perseguirse igualmente incentivar la transmisión de derechos de adquisición de vivienda, considerando especialmente a los particulares que compraron tales derechos con unas expectativas de evolución de los precios de los inmuebles y de oferta hipotecaria que, a día de hoy, ya no concurren.

Por otra parte, al amparo de la interpretación administrativa elaborada por la DGT a este respecto podría llegar a estimarse que se origina una doble tributación: la cesión constituirá, en la mayor parte de los casos, una operación sujeta a la Modalidad de TPO del ITPyAJD; y la entrega del bien tendrá la consideración de operación sujeta y no exenta de IVA.

¿Resulta admisible esta doble tributación, dada la relación de incompatibilidad existente entre el IVA u el ITP? *A priori* habría que pensar que no, ya que no cabe admitir la tributación simultánea de una misma operación por los impuestos citados. Tal y como establece el artículo 4.cuarto de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del IVA: «*Las operaciones sujetas a este Impuesto no estarán sujetas al concepto de transmisiones patrimoniales onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*». En otras palabras, sólo puede gravarse una operación por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales en aquellos casos en los que la misma no se halla sujeta al IVA. Y, desde luego, sobre la adquisición de un inmueble no pueden recaer tanto el IVA como la Modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITP.

Ahora bien, cabría igualmente la posibilidad de alegar, frente a esta argumentación, que ha de diferenciarse en este punto entre la llamada «doble imposición económica» y la «doble imposición jurídica», siendo esta última la que no puede considerarse aceptable en un sistema tributario o en una operación concreta. Así las cosas, y por lo que respecta al presente supuesto, podría aceptarse que se diese una doble imposición económica, pero no la de carácter jurídico, al tratarse de la confluencia de dos impuestos distintos,

cuyos elementos esenciales (hecho imponible, base, sujeto pasivo, etc.) resultan igualmente diversos.

Recapitulando, de conformidad con la interpretación defendida por la DGT, la obtención del derecho a adquirir un inmueble ha de tributar por la Modalidad de TPO por una base imponible equivalente a la que corresponde a la adquisición del inmueble, quedando sujeta además la compraventa posterior del inmueble al IVA si de lo que se trata es de una entrega de aquél realizada por un promotor empresario.

Y, en aquellos otros supuestos en los que ya de entrada el propietario del inmueble tenga la condición de empresario o profesional, se producirá la sujeción al IVA, tanto de la cesión de la opción como de la entrega del inmueble, en caso de que aquélla se ejercite. Dada esta última clase de operaciones estaríamos en presencia de dos supuestos de hecho imponibles distintos y separados dentro del IVA. De una parte, una prestación de servicios consistente en la cesión de la opción de compra que efectúa el propietario del inmueble a favor de un tercero; y, de otra, y en su caso, una entrega de bienes consistente en la venta del inmueble al titular de la opción de compra.

Pues bien, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 78.uno de la LIVA, en el que se establece que el importe de la base imponible queda integrado por la total contraprestación, ha de concluirse que la base imponible de la opción de compra vendrá determinada por el importe del precio acordado por la misma. Así las cosas, en el instante de la suscripción, el cedente deberá repercutir el IVA devengado al cesionario al tipo general del 16 por 100. A continuación, una vez llegado el vencimiento de la opción, puede llegar a suceder que la misma no termine de ejecutarse, circunstancia que no tendrá ninguna consecuencia a efectos del Impuesto. Si, por el contrario, el cesionario ejercita la opción de compra y, como se ha indicado, el precio que en su día abonó por la misma hubiese sido tenido en cuenta como menor precio de la compraventa, la aplicación del artículo 78.uno de la Ley del IVA conduciría a tener que calcular el importe de la base imponible en el precio acordado.

Por otra parte, en este segundo supuesto, esto es, en caso de que se ejerzte la opción y se adquiera el inmueble, no será procedente alterar la operación correspondiente a la suscripción de la opción de compra. De este modo el IVA que hubiese sido devengado en su día cuando se cedió dicha opción y que debió haberse repercutido a la persona del cesionario (actual adquirente del inmueble) no deberá ser rectificado en cuantía alguna, y tampoco debe estimarse que ha quedado sin efecto como consecuencia de que el precio de la opción se considere como menor valor de la compraventa. En este sentido viene pronunciándose la DGT en contestaciones a Consultas de 10 de abril y 5 de julio de 2007. En ambos pronunciamientos el citado Centro Directivo concreta la improcedencia de aplicar a esta clase de operaciones lo dispuesto en el artículo 78.Tres.2.^º de la LIVA, de conformidad con el cual

los descuentos y bonificaciones no reducen la base imponible en aquellos supuestos en los que las minoraciones de precio constituyan remuneraciones de otras operaciones.

Tal y como declara la DGT en dichas Resoluciones, el citado precepto impide la minoración de la base imponible en el importe de la contraprestación de otras operaciones con la pretensión de excluir el comúnmente denominado «neteo», es decir, la práctica consistente en repercutir el Impuesto en caso de que existan operaciones cruzadas entre dos empresarios o profesionales únicamente sobre el importe neto resultante de ambas. Por el contrario, cuando lo que sucede es que un mismo empresario realiza dos operaciones, es decir, de una parte una prestación de servicios (el otorgamiento de un derecho de opción con su contraprestación) y, de otra, una entrega de bienes (cuya contraprestación específicamente convenida por las partes se reduce como consecuencia de haberse realizado esta operación anterior, esto es, la concesión del derecho de opción), cada una de dichas operaciones tendrá su base imponible, que será la contraprestación pactada por las partes.

No se produciría por tanto en este último supuesto «neteo» alguno, sino la determinación de la base imponible de las operaciones por el importe convenido por las partes para cada una de ellas. En consecuencia, la base imponible de la opción de compra vendría determinada por el importe de la contraprestación pactada por su concesión. Y la base imponible de la entrega del suelo en ejercicio de dicha opción se concretaría en la contraprestación pactada por ella restando, en caso de que así se haya convenido, la cantidad satisfecha por la opción.

¿Y qué sucedería en el supuesto de que, llegado el vencimiento de la opción, el cesionario de la misma decidiera no ejercitirla, originándose con ello una penalización que hubiera de abonarse al propietario del inmueble? En relación con esta última situación, sólo en el supuesto de que dicho pago adicional tuviera una verdadera naturaleza indemnizatoria, resarcíéndose por la no perfección de la venta del terreno, su importe no podría ser considerado como la contraprestación de ninguna entrega de bienes o prestación de servicios efectuada, de manera que el abono de dicha indemnización no tendría efecto alguno en relación con el IVA.

RESUMEN

TRIBUTACIÓN. CESIÓN DE CRÉDITOS

El presente trabajo tiene por objeto analizar la tributación de aquellas operaciones consistentes en la cesión de cré-

ABSTRACT

TAXATION. DEBT ASSIGNMENT

This paper analyses taxation on transactions consisting in the assignment of debt or acquisition rights in real estate

ditos o derechos de adquisición de inmuebles en construcción, es decir, de aquellas operaciones caracterizadas por la cesión de la titularidad de una vivienda a través de un contrato privado de venta celebrado con el promotor y en favor de una tercera persona distinta del comprador al que se le ha cobrado parcialmente el precio. Tras una delimitación inicial de los principales aspectos configuradores de esta clase de actuaciones, se analiza la tributación de la operación y, más concretamente, los criterios que han de seguirse de cara a la determinación de la base imponible, diferenciando al efecto, según la operación, se halle sujeta a IVA o al ITPyAJD. Y, para ello, el autor toma como punto de referencia la doctrina administrativa elaborada a este respecto por la Dirección General de Tributos.

under construction, that is, transactions characterised by the assignment of ownership of a home through a private sales contract concluded with the housing developer in favour of a third person who is not the buyer, from whom part of the price has been collected. After the initial delimitation of the main aspects that configure this type of action, there is an analysis of taxation on the transaction and, more particularly, the criteria that must be followed to find the taxable base, differentiating between the effects when the transaction is subject to VAT and when it is subject to stamp tax. For this the author uses the benchmark of the Directorate-General of Taxes' administrative doctrine on such matters.

(Trabajo recibido el 26-09-08 y aceptado para su tributación el 20-03-09)