



La exención por dación en pago en el IIVTNU: análisis de sus aspectos teóricos y prácticos ⁽¹⁾

1. La exención por dación en pago. Introducción. 2. Análisis de los requisitos legales. 3. Conclusiones.

Juan Ignacio Gomar Sánchez *

RESUMEN:

La exención por dación en pago en el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana fue introducida por el legislador en el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales en el año 2014 con la finalidad de atender a una realidad que, derivada de la crisis económica, precisaba de una solución específica. Sin embargo, las deficiencias técnicas de la redacción empleada plantean múltiples problemas de interpretación que han de enfocarse de modo flexible si se pretende que la exención tenga utilidad real y no se quede en puro artificio literario.

PALABRAS CLAVE: Exención, dación en pago, impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos, plusvalía municipal.

ABSTRACT:

This study examines when and how the delivery of a property in payment of a debt is exempt from municipal tax on the urban increase land value in Spain.

1. LA EXENCIÓN POR DACIÓN EN PAGO. INTRODUCCIÓN

El Impuesto municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana regulado en el Texto Refundido 2/2004, de 5 de marzo, de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, grava dicho incremento cuando se pone de manifiesto como consecuencia de cualquier transmisión del dominio, incluida la que tiene lugar mediante la denominada “dación en pago” que no es otra cosa

* Técnico de Administración General, rama jurídica del Ayuntamiento de Madrid.

** Fecha recepción: 30 de noviembre de 2015 - Fecha aceptación: 11 de diciembre de 2015.

(1) Este artículo desarrolla la ponencia presentada por el autor en el XV curso sobre “La Inspección de los Tributos Locales”, realizado en Alicante el 23 y 24 de abril de 2015, organizado por la Asociación Nacional de Inspectores de Hacienda Local (www.inspectoreshaciendalocal.org), la Fundación Asesores Locales, Suma Gestión Tributaria y la Federación Valenciana de Municipios y Provincias.



que la entrega de un bien, en este caso inmueble, en abono de una deuda.

La Sentencia de Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1992 recordaba, mucho antes de la crisis económica de los últimos años, que se realizaba y realiza el hecho imponible de este impuesto municipal cuando un terreno urbano es objeto de adjudicación o dación en pago de una deuda.

Desde entonces la situación ha cambiado notablemente hasta el punto de que la dación en pago, en los años noventa un negocio absolutamente marginal a efectos de este impuesto, se ha convertido ahora en una opción de uso frecuente para que puedan liberar sus deudas hipotecarias aquellos a los que la crisis ha dejado en situación económica más que delicada.

Cuando alguien insolvente precisa acudir a la entrega de la propia vivienda habitual para solventar una obligación es cuando cabe preguntarse si tiene sentido gravar el incremento del valor del suelo que pueda ponerse de manifiesto. Es ahí donde el legislador introduce la exención en el IIVTNU que procede analizar.

1.1 ¿Qué es la dación en pago?: concepto, distinción y características básicas según el Derecho Civil

La dación en pago es un negocio jurídico utilizado entre un deudor y su acreedor con la finalidad de resolver una deuda pendiente entre ellos ⁽²⁾. A través de él se busca extinguir una obligación. Sin embargo, la dación no aparece en la relación de supuestos que contempla el artículo 1156 del Código Civil según el cual las obligaciones se extinguen por pago o cumplimiento, pérdida de la cosa debida, condonación, confusión, compensación y novación.

Por esta razón la doctrina habla de las formas especiales de pago, citando el Código Civil en la sección primera, capítulo cuarto, título primero del libro IV la imputación de pagos, el pago por cesión

de bienes, el ofrecimiento en pago y la consignación, a los que los autores añaden la dación en pago y el pago por subrogación.

El Código Civil hace referencia al pago por cesión de bienes en su artículo 1175, según el cual el deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas. Esta figura es diferente a la dación en pago porque a pesar de su nombre no implica transmisión de la propiedad del bien. En sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1912 y 9 de diciembre de 1945 se afirmó que en el pago por cesión no se transmite la propiedad de la cosa sino tan solo su administración y un mandato para su venta de modo que la liberación del deudor no se produce con el negocio sino una vez se realizan los bienes. En la cesión se libera al deudor de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos (artículo 1175 del CC), conservando los acreedores su derecho para cobrar de los bienes que el deudor pueda ulteriormente adquirir (artículo 1920 del CC).

En la dación en cambio se produce la entrega de una cosa al acreedor, con su consentimiento, en pago de lo debido. Se produce con ello la transmisión de la propiedad de la cosa y la liberación del deudor. Es la dación en pago la que incide directamente en el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (en adelante IIVTNU) pues en ella hay una auténtica transmisión que no hay en el pago por cesión de bienes.

El Código Civil no hace referencia expresa a la dación en pago pero parece admitirla en los artículos 1.521 y 1.636. El primero afirma que “el retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago”. El segundo que “corresponden recíprocamente al dueño directo y al útil el derecho de tanteo y el de retracto, siempre que vendan o den en pago su respectivo dominio sobre la finca enfitéutica”. La jurisprudencia y la doctrina admiten sin duda la

(2) Con mayor precisión la define Luis María Romero Flor al afirmar que “centrando nuestra atención en los diversos criterios jurisprudenciales al respecto, podemos extraer que la dación en pago se configura como un acto, contrato, negocio jurídico o acuerdo similar a la compraventa, en virtud del cual, y al amparo de la autonomía de la voluntad de las partes, una persona determinada (deudor) entrega la plena propiedad de un bien concreto de su patrimonio a otra persona determinada (acreedor), quien a su vez aceptará una prestación diferente a la originalmente pactada, quedando de esta manera extinguida la obligación de satisfacer el pago del débito o crédito pendiente, el cual adquiere la condición de precio del bien que se entrega, como si se tratara de un *idem corpus*”. Cita este autor en apoyo de su definición las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de febrero y 4 y 15 de diciembre de 1989; 29 de abril de 1991; 19 de octubre de 1992; 27 de febrero de 1993; 28 de junio y 14 de julio de 1997; 30 de noviembre de 2000; así como la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 25 de febrero de 2006. En “La dación en pago, un mal menor. tratamiento fiscal de la dación en pago”. Revista CESCO de Derecho de Consumo N° 4/2012, páginas 15-24. <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco> I. Estudios y Consultas.

La exención por dación en pago....

dación en pago, destacando en ella como elemento diferencial el carácter transmisivo que se ha indicado.

En la misma línea la dación en pago se diferencia de la “dación para pago de deudas” (denominación alternativa a la de pago por cesión de bienes) y la “dación en pago de asunción de deudas”, figuras de nombre igualmente parecido.

Como también pone de relieve la doctrina la adjudicación para pago de deudas consiste en entregar al adjudicatario un bien para que con este se liquide una deuda que se tiene con un tercero y la adjudicación en pago de asunción de deudas se caracteriza porque el adjudicante no sólo adjudica bienes y derechos sino también la deuda. El Tribunal Supremo en criterio manifestado en sentencia de 17 de mayo de 1995 (reiterado a efectos fiscales en otras como la de 5 de diciembre de 1998⁽³⁾ y 9 de febrero de 2002) afirmó que “en la adjudicación en pago de deudas el adjudicatario es acreedor del adjudicante por un crédito propio; en la adjudicación en pago de asunción de deudas el adjudicatario resulta deudor de terceros por la cesión de las deudas y bienes hecha por el adjudicante y en la adjudicación para pago de deudas recibe determinados bienes para, con ellos o con su producto, hacer el pago de deudas del adjudicante. Así en las dos primeras hay una verdadera transmisión, sea en solvencia del crédito o en compensación de las deudas asumidas, mientras que en la tercera el adjudicatario cumple una función vicaria que no va más allá de pagar las deudas del adjudicante con los bienes recibidos o con el producto de su venta”.

Esta diferenciación resultará de extraordinaria utilidad cuando nos enfrentemos al análisis de la auténtica naturaleza jurídica de determinados

negocios que los interesados pretenden sean considerados daciones en pago a los efectos de la exención aunque en realidad no lo son.

1.2 Breve referencia a los antecedentes legales de la exención

Desde el comienzo de la crisis económica que tuvo lugar en nuestro país entre 2007 y 2014⁽⁴⁾, aproximadamente, se tuvo constancia del grave problema social que implicaban los desahucios por impago de créditos hipotecarios. El legislador sin embargo estuvo poco hábil, a la vez que lento, a la hora de afrontar esta cuestión.

De este modo no es hasta 2012 que se introduce en el texto de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales una referencia a la dación en pago. Es el artículo 9 de Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo el que añade un epígrafe tercero al artículo 106 que indica que “en las transmisiones realizadas por los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, con ocasión de la dación en pago de su vivienda prevista en el apartado 3 del Anexo de dicha norma, tendrá la consideración de sujeto pasivo sustituto del contribuyente la entidad que adquiera el inmueble, sin que el sustituto pueda exigir del contribuyente el importe de las obligaciones tributarias satisfechas”.

El Real Decreto Ley afirmaba que era preciso arbitrar un instrumento de protección de aquellos que en las circunstancias de grave crisis económica perdían su vivienda⁽⁵⁾ por encontrarse en lo que se denominaba “umbral de exclusión”⁽⁶⁾. Esta solemne declaración daba paso a un instrumento muy defi-

(3) Sentencia en la que anuló varios preceptos del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el RD 828/1995, de 19 de mayo, entre ellos el art. 29, en cuanto equiparaba las “adjudicaciones para pago de deudas” a la “asunción para pago de deudas”, siendo así que en unos casos había transmisión y otros no, por lo que estos últimos no podían quedar gravados por el impuesto de tal nombre.

(4) En el diario económico Expansión de 9 de abril de 2015 puede observarse un ilustrativo gráfico que resume la evolución del precio de la vivienda, y por ende del suelo, desde 2004 a 2015. Puede apreciarse en el mismo como partiendo de un valor medio de 1.700 euros (aprox.) por metro cuadrado construido en 2004 se llegan a alcanzar valores medios próximos a los 2.500 euros en el año 2007 para a continuación experimentar un prolongado descenso hasta valores medios situados entre 1.000 y 1.500 euros por metro cuadrado en 2013.

(5) Fuentes Jiménez considera que esta medida se enmarca no tanto en la consecución de los objetivos declarados por la norma como “en la atención a uno de los principios tributarios más importantes, y tantas veces olvidado, como es el principio de justicia tributaria, reconocido en el art. 31.1 de nuestra Constitución, cuando dice que «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio». En efecto, la propia norma reconoce también que alguna de sus medidas se dirige a paliar los efectos de la crisis, y están fundadas en razones de equidad y cohesión social”, en “Exención de las ganancias patrimoniales en daciones en pago y ejecuciones hipotecarias. Eficacia retroactiva de la norma”, Diario La Ley, Nº 8352, Sección Documento on-line, 11 de Julio de 2014, Editorial LA LEY.

(6) “No define el RD-ley 6/2012 el concepto de umbral de exclusión, sino a través de los requisitos que han de concurrir para que se esté en el supuesto legal. Las medidas de protección se aplican cuando el deudor se encuentra en una situación económica crítica, que se denomina

ciente desde el punto de vista tuitivo pues quedaba al arbitrio de las entidades hipotecarias su aceptación voluntaria.

Antes de la entrada en vigor del Real Decreto 6/2012, modificado por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, un deudor hipotecario que afrontase la ejecución de su hipoteca podía optar por plantear a su entidad crediticia una dación del bien en pago de las deudas contraídas o permitir su ejecución, pero en ambos supuestos quedaba fiscalmente obligado a pagar el IIVTNU. Efectivamente, existía una transmisión que, aunque aparentemente voluntaria en un caso y forzosa en otro, ni quedaba exenta ni estaba sujeta. Se producía así una situación poco comprensible en la que se adjudicaba o enajenaba forzosamente un bien inmueble por ausencia de recursos económicos de su propietario y se giraba un impuesto a cargo de un transmitente insolvente, que normalmente también lo era a efectos recaudatorios.

En esos términos el legislador consideró oportuno establecer la posibilidad de que la entidad hipotecaria que obtuviera mediante dación el inmueble en pago de la deuda adquiriera la condición de sustituto del obligado tributario transmitente. Sin embargo esta posibilidad tenía como se ha indicado carácter voluntario, pues dependía de la adhesión

de la entidad crediticia al Código de Buenas Prácticas ⁽⁷⁾ que establecía el Real Decreto. Así se indicaba en la exposición de motivos y en su artículo 5.1 que el Código de Buenas Prácticas incluido en el Anexo sería de adhesión voluntaria para las entidades de crédito o que se dedicasen profesionalmente a la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios. Esta naturaleza voluntaria limitó drásticamente la eficacia protectora que se pretendía de la medida. De hecho, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social hizo algunas modificaciones del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos y entre sus modificaciones añadió al artículo 5 un nuevo párrafo 9 que establecía que las entidades adheridas ⁽⁸⁾ al Código de Buenas Prácticas habrían de informar adecuadamente a sus clientes sobre la posibilidad de acogerse a lo dispuesto en el Código ⁽⁹⁾.

El Real Decreto-ley dejaba configurado un régimen jurídico cuasi contractual cuya aplicación podía ser solicitada por los deudores que reunieran las condiciones oportunas (condiciones a su vez complejas ⁽¹⁰⁾) trasladando la obligación material principal del IIVTNU, el pago del impuesto, a la entidad adjudicataria, a la que quedaba prohibida su repercusión. Se establecía así una llamativa excep-

umbral de exclusión. Esta situación se caracteriza con referencia a la unidad familiar, por el nivel de ingresos, por la modificación de las circunstancias económicas familiares y la repercusión que la carga hipotecaria tenga en relación a los ingresos familiares siempre que todas estas circunstancias sean concurrentes y sobrevinidas y se haya producido por una alteración en el plazo de los cuatro años previos a la solicitud y que no existieran en el momento de la contratación del préstamo hipotecario. Redacción de El consultor, "El sujeto pasivo sustituto del IIVTNU en los casos de daciones en pago efectuadas por deudores situados en el umbral de exclusión", El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Nº 1, Sección Consultas, Quincena del 15 al 29 Ene. 2014, Ref. 21/2014, pág. 21, tomo 1, Editorial LA LEY.

- (7) En dicho Código, situado en el anexo del Real Decreto 6/2012, punto 3, se indica bajo la rúbrica "Medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria: dación en pago de la vivienda habitual" que "en el plazo de doce meses desde la solicitud de la reestructuración, los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, para los que la reestructuración y las medidas complementarias, en su caso, no resulten viables conforme a lo establecido en el apartado 2, podrán solicitar la dación en pago de su vivienda habitual en los términos previstos en este apartado. En estos casos la entidad estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor, a la propia entidad o tercero que ésta designe, quedando definitivamente cancelada la deuda". Del mismo modo se establece, entre otros extremos, que la dación en pago supondrá la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda y que el deudor, si así lo solicitara en el momento de pedir la dación en pago, podrá permanecer durante un plazo de dos años en la vivienda en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 por cien del importe total de la deuda en el momento de la dación.
- (8) Por Resolución de 10 de abril de 2012 de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, BOE del 12 de abril, se publicó el listado de entidades que habían comunicado su adhesión voluntaria al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, entre las que destacan importantes entidades como Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, Banco Santander, Bankia, Caixabank, Banco Español de Crédito y Catalunya Banc, entre otras. Mediante Resolución de 23 de octubre de 2015, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, se actualiza dicha lista al tercer trimestre de 2015.
- (9) "Esta información habrá de facilitarse especialmente en su red comercial de oficinas. En particular, las entidades adheridas deberán comunicar por escrito la existencia de este Código, con una descripción concreta de su contenido, y la posibilidad de acogerse a él para aquellos clientes que hayan incumplido el pago de alguna cuota hipotecaria o manifiesten, de cualquier manera, dificultades en el pago de su deuda hipotecaria".
- (10) A las condiciones necesarias para encontrarse bajo el denominado "umbral de exclusión" se hace referencia en nota a pie de página situada en el epígrafe de este trabajo "Solvencia: problemática, presunción y posibilidad de investigación".

La exención por dación en pago....

ción al principio que indica que los pactos privados no son oponibles a la Administración, recogido en el artículo 17.4 de la Ley General Tributaria (“los elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas”).

La deficiente protección que ofrecía esta modalidad de sustitución voluntaria llevó al legislador a su derogación, introduciéndose en su lugar una exención.

1.3 La exención en el TRLRHL

En su actual redacción, introducida a través del art. 123.1 de Ley 18/2014, de 15 de octubre, el apartado 1.c) del artículo 105 del TRLRHL establece que “con efectos desde el 1 de enero de 2014, así como para los hechos imposables anteriores a dicha fecha no prescritos” se encuentran exentas “las transmisiones realizadas por personas físicas con ocasión de la dación en pago de la vivienda habitual del deudor hipotecario o garante del mismo, para la cancelación de deudas garantizadas con hipoteca que recaiga sobre la misma, contraídas con entidades de crédito o cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios”. Asimismo se consideran exentas las transmisiones de la vivienda en que concurran los requisitos anteriores, realizadas en ejecuciones hipotecarias judiciales o notariales.

La ley establece que para tener derecho a la exención se requiere que el deudor o garante transmitente o cualquier otro miembro de su unidad familiar no disponga, en el momento de poder evitar la enajenación de la vivienda, de otros bienes o derechos en cuantía suficiente para satisfacer la totalidad de la deuda hipotecaria, indicándose que “se presumirá el cumplimiento de este requisito. No obstante, si con posterioridad se comprobara lo contrario, se procederá a girar la liquidación tributaria correspondiente”.

A los efectos de la exención “se considerará vivienda habitual aquella en la que haya figurado empadronado el contribuyente de forma ininte-

rrumpida durante, al menos, los dos años anteriores a la transmisión o desde el momento de la adquisición si dicho plazo fuese inferior a los dos años. Respecto al concepto de unidad familiar, se estará a lo dispuesto en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio ⁽¹¹⁾. A estos efectos, se equiparará el matrimonio con la pareja de hecho legalmente inscrita. Respecto de esta exención, no resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 9.2 de esta ley”.

Previamente el Real Decreto-ley núm. 8/2014, de 4 de julio, estableció que “las transmisiones realizadas con ocasión de la dación en pago de la vivienda habitual” se encontrarían exentas, sin hacer expresa indicación a la condición de “persona física” del deudor hipotecario o garante del mismo. Del mismo modo la falta de recursos del deudor, garante o sus familiares debía acreditarse, junto a los demás requisitos, ante la Administración tributaria municipal.

La introducción de la mención expresa a la “persona física” ha de considerarse un detalle técnico que no limita la exención pues en la redacción original ya se supeditaba la misma a requisitos como la habitualidad de la vivienda, la falta de recursos de los miembros de la unidad familiar o el empadronamiento, conceptos que solo son predicables de las personas físicas.

Sin embargo, la ausencia de recursos del interesado y sus familiares, que tenía que acreditarse según el Real Decreto-ley se presume, sin perjuicio de la potestad comprobadora de la Administración, en la posterior redacción de la ley 18/2014. En la medida en que esta última tiene un efecto igualmente retroactivo y más beneficioso la presunción de insolvencia que incorpora extiende sus efectos a todos los supuestos abarcados en el periodo de cuatro años.

1.4 Exención en vez de no sujeción

El legislador ha optado en la reforma legislativa 18/2014 por la fórmula de la exención. La diferen-

(11) Según el artículo 82 de la Ley del IRPF 35/2006 de 28 de noviembre hay dos modalidades de unidad familiar. Por una parte la integrada por los cónyuges no separados legalmente y, si los hubiera los hijos menores, con excepción de los que, con el consentimiento de los padres, vivan independientes de éstos y/o los hijos mayores de edad incapacitados judicialmente sujetos a patria potestad prorrogada o rehabilitada. Por otra, en los casos de separación legal, o cuando no existiera vínculo matrimonial, la formada por el padre o la madre y todos los hijos que convivan con uno u otro y que reúnan los requisitos a que se refiere la regla anterior.



TRIBUTOS

Juan Ignacio Gomar Sánchez

cia entre esta figura y la de la no sujeción ⁽¹²⁾ es muy relevante en este tributo, en la medida en que proyecta sus efectos en el futuro de modo radicalmente diferente.

“En la no sujeción no nace la obligación tributaria. En el caso de la exención esta obligación si nace porque el hecho imponible se produce, pero la ley considera pertinente por razones de interés general eximir a los obligados tributarios de todas o parte de sus obligaciones fiscales en relación al mismo. Como consecuencia, cuando se transmite ahora un bien que no quedó sujeto al adquirirse, el periodo computable para el cálculo de la plusvalía que ahora tiene lugar se remonta a la adquisición previa a la que no quedó sujeta, pues la transmisión intermedia no tuvo efectos fiscales, no existió a efectos tributarios. En cambio, cuando la transmisión intermedia resultó exenta no cabe duda de que existió a efectos fiscales, de que el tributo se devengó, aunque en el mejor de los casos la ley eximiera de todas las obligaciones fiscales nacidas en aquel momento y en el peor de una parte de ellas. En este caso el periodo computable a efectos del impuesto para la transmisión que ahora se realiza se remonta al de la transmisión que quedó exenta, no a la anterior” ⁽¹³⁾.

En los términos expuestos se puede afirmar que a los cedentes de bienes les hubiera sido indiferente considerar las daciones exentas o no sujetas pues en todo caso se hubieran ahorrado el pago del tributo. Sin embargo la fórmula de la exención perjudica a los ayuntamientos y beneficia a las entidades bancarias pues cuando enajenen los bienes recibi-

dos las plusvalía municipales a abonar no computaran más plazo que el transcurrido desde la dación a la venta, con lo que los incrementos producidos desde que el cedente adquirió hasta que cedió quedarán sin tributar. De hecho, en los casos en los que la entidad bancaria logre enajenar el inmueble antes del transcurso de un año desde que lo recibió no tendrá que pagar el impuesto, salvo en el municipio de Barcelona ⁽¹⁴⁾, pues la Ley de Haciendas Locales solo considera a efectos de este tributo los plazos superiores a dicho periodo.

Podría entenderse que busca compensarse de esta forma a las entidades hipotecarias que aceptan la dación, rebajando la carga fiscal de las posteriores transmisiones que realicen, lo cual no es en sí mismo ilógico o absurdo aunque si lo parece que el Estado se quite de en medio adelantándose a cualquier pretensión reclamatoria al excluir en el mismo artículo 105 la posibilidad de que los entes locales utilicen el artículo 9 de la Ley de Haciendas Locales para solicitar una compensación ⁽¹⁵⁾.

En este sentido y como indicó el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de septiembre de 2002 (RJ 2003\252) los supuestos de no sujeción son “presupuestos que no caen dentro del hecho imponible pero que guardan proximidad con él”, siendo en cambio las exenciones (sentencia del TS de 20 de julio de 2000; RJ 2000,7587) supuestos que constituyen una situación de excepción legal “privilegiada y contraria al principio de igualdad o justicia tributaria recogido en el artículo 31 de la Constitución”.

(12) El Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de septiembre de 2002 (RJ 2003\252) indica didácticamente que los supuestos de no sujeción son “presupuestos que no caen dentro del hecho imponible pero que guardan proximidad con el”, diferenciando en la sentencia de 20 de julio de 2000 (RJ 2000,7587) tales supuestos de no sujeción de las exenciones, que constituyen siempre una situación privilegiada y contraria al principio de igualdad o justicia tributaria recogido en el artículo 31 de la Constitución.

(13) Se ha recorrido en este caso un camino inverso al que se desarrolló en el caso de las adjudicaciones de bienes conyugales, pues “antes de la reforma de la ley 51/2002 se consideraba la adjudicación de gananciales exenta. Por tanto el cómputo del período impositivo en transmisiones posteriores se remontaba hasta el momento de tal adjudicación y no hasta el momento de la previa adquisición del bien por la sociedad de gananciales. El periodo comprendido entre la adquisición del bien y la adjudicación no tributaba por IIVTNU (TSJ de Andalucía, de 6 mayo de 1998, JT 1998\1034; TSJ de Madrid de 25 abril de 1998, JT 1998\938; 8 febrero de 1995, JT 1995\178 y 17 marzo de 2001, JUR 2001\221328). Desde 2002 no es así, por considerarse el supuesto no sujeto. Por ello, cuando posteriormente ese bien se transmite el periodo impositivo que se cierra en el momento de la transmisión se remonta hacia atrás hasta cuando se adquirió el inmueble para la sociedad ganancial, pues solo de este modo se grava toda la plusvalía operada desde aquel momento”, Ana Muñoz de Osma, Pablo Montserrat Cao y Juan Ignacio Gomar Sánchez, “El impuesto municipal sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana”, perteneciente a la obra colectiva “Los Tributos Locales y el Régimen Fiscal de los Ayuntamientos”, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, página 462.

(14) Ley 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el Régimen Especial del municipio de Barcelona, artículo 51.

(15) Del mismo modo que se quita de en medio en otros ámbitos tributarios locales como el medioambiental. “Pues bien, la realidad es que el instrumento previsto por el artículo 9 del TRLRHL no está siendo respetado, en la medida en que no se están arbitrando las formulas de compensación a las que se refiere la ley. Mas aún, en el supuesto de las bonificaciones contempladas como opción del municipio (de tipo medioambiental), el mismo artículo 9.2, párrafo segundo indica que de acordarse no darán derecho a compensación; sin embargo, como ya se ha indicado, el beneficiario de esa reducción de ingresos es el medioambiente cuya protección corresponde, como competencia normativa, al Estado, y de ejecución, en numerosos ámbitos, a las CCAA”, en la obra colectiva coordinada y dirigida por Fernando Serrano Antón, “Tributación ambiental y Haciendas locales”, Civitas, 2011, página 227.



La exención por dación en pago....

Teniendo en cuenta que son miles las daciones que se han efectuado y vienen efectuándose, muchas de ellas de inmuebles detentados durante largo tiempo por quienes se han visto obligados a cederlos, la relevancia fiscal de la opción escogida por el legislador tendrá indudables efectos en la recaudación local ⁽¹⁶⁾.

1.5 Interpretación flexible de la exención o reducción a su mínimo existencial

La Ley General Tributaria afirma en su artículo 13, bajo la rúbrica "calificación", que "las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez", aclarando no obstante en su artículo 14 que "no se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales".

Partiendo de la base de que el legislador ha optado por dar efecto retroactivo a la exención (efecto que se analiza en el siguiente epígrafe) es obvio que a los que ya cedieron los bienes en pago de sus deudas con anterioridad a la aprobación de la reforma legal no se les puede ahora exigir que conocieran los requisitos que se iban a establecer en el futuro. Muchos ciudadanos que se vieron obligados a efectuar daciones utilizando fórmulas jurídicas que no eran literalmente tales, a los que sería perfectamente aplicable el artículo 13 de la LGT, podrían verse fuera del ámbito de la exención si no admitimos la posibilidad de que los negocios que efectuaron puedan calificarse con arreglo a su auténtica naturaleza jurídica. Además, si el citado precepto permite exigir de los contribuyentes el correcto cumplimiento de sus obligaciones fiscales cuando intentan dar una forma artificiosa a ciertos negocios jurídicos para eludir la tributación que les corresponde también debería beneficiarles en este caso cuando la auténtica naturaleza del negocio sea

la de un supuesto exento.

Tampoco era posible en 2011 conocer los requisitos que se iban a establecer en 2014 para considerar que había exención, por lo que no era factible ajustar el comportamiento de los deudores hipotecarios sin recursos a la fórmula que finalmente eligió el legislador ⁽¹⁷⁾. Exigir dichos requisitos de modo literal reducirá el ámbito de la exención a la mínima expresión, sin razones de orden lógico que lo justifiquen, dando lugar a supuestos absurdos fruto de la deficiente regulación legal.

Por ejemplo para tener derecho a la exención se requiere que el deudor o garante transmitente o cualquier otro miembro de su unidad familiar no disponga, en el momento de poder evitar la enajenación de la vivienda, de otros bienes o derechos en cuantía suficiente para satisfacer la totalidad de la deuda hipotecaria. ¿Cuánto es suficiente? ¿Cómo se valora esta circunstancia? ¿Vale con tener otros bienes, es preciso disponer de efectivo, obligamos a los miembros de la unidad familiar a enajenar cualquier objeto del que puedan disponer? ¿Y si no pueden o no encuentran comprador? ¿Y si los cónyuges tienen separación de bienes y sus patrimonios son totalmente independientes? ¿Cuándo y como se considera comprobable la insolvencia?

También se indica que se considerará vivienda habitual aquella en la que haya figurado empadronado el contribuyente de forma ininterrumpida durante, al menos, los dos años anteriores a la transmisión o desde el momento de la adquisición si dicho plazo fuese inferior a los dos años. ¿Y si abandonó la vivienda unas semanas o meses antes de la ejecución o el desahucio? ¿Y si encontró un trabajo y tuvo que irse de la vivienda habitual en la que residió más de dos años? ¿Y si la vivienda pertenece a varios y solo alguno de ellos cumple el requisito? ¿Y si adquirieron dos cónyuges y posteriormente se separaron y uno ya no vive allí? ¿Admite el empadronamiento prueba en contrario? ¿Negamos la exención al que lleva veintitrés meses residiendo en la vivienda pero se la admitimos al que la adquirió y reside en ella desde hace solo doce?

(16) "Nos hubiera gustado mucho más que se compensara este beneficio fiscal a los ayuntamientos, y mucho más aún que, en lugar de configurar las daciones en pago de la vivienda habitual como exenciones, fueran las entidades financieras adquirentes de los inmuebles las que sustituyeran en el pago del IIVTNU en todos los casos que ahora se eximen del citado impuesto. De esta manera, ni se minoraría la recaudación de los ayuntamientos ni se gravaría a los «desahuciados». Revista La Ley 7682/2014, artículo "Nuevos cambios en la exención al IIVTNU de las daciones en pago". En análogo sentido se manifiestan María Teresa Mata Sierra y Marta González Aparicio en "La dación en pago en el contexto de crisis económica: problemática fiscal", Revista de Contabilidad y Tributación, CEF, noviembre de 2015, página 40.

(17) Incluso psicológicamente es comprensible que algunos deudores prefirieran en su momento, por ejemplo, vender a su banco el inmueble hipotecado que no entregarlo mediante dación.

Como bien afirma el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su sentencia 519/2013, de 9 mayo, la proscripción de la analogía en el ámbito de las exenciones no supone que las normas que los regulan deban ser interpretadas restrictivamente, sino en su términos estrictos con arreglo a los criterios admitidos en Derecho o a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 del Código Civil, que a su vez dispone que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas»⁽¹⁸⁾.

Parece pues razonable y necesario interpretar flexiblemente los requisitos que exige el TRLRHL, teniendo en cuenta la finalidad buscada por el legislador. Esta flexibilidad en ningún caso puede ser arbitrariedad, por lo que es preciso actuar con arreglo a criterios jurídicos fundados, uniformes y consecuentes.

1.6 Aplicación retroactiva

La exención para la dación en pago, incorporada en el TRLRHL por el art. 123.1 de Ley núm. 18/2014 de 15 de octubre, tiene efecto retroactivo⁽¹⁹⁾. Así se constata cuando se afirma que “con efectos desde el 1 de enero de 2014 , así como para los hechos imposables anteriores a dicha fecha no prescritos , se añade una letra c) en el apartado 1 del artículo 105 , que queda redactada de la siguiente forma...”. Esta fórmula ya la utilizó el Real Decreto-ley núm. 8/2014, de 4 de julio.

Desde un punto de vista formal llama la atención que sea preciso buscar en la Ley 18/2014 el fundamento legal de la retroactividad del precepto, pues nada queda reflejado en el TRLRHL. En cuanto a la redacción empleada también resulta llamativo que se haga referencia a hechos imposables prescritos cuando lo que prescribe no son los hechos sino los derechos.

Precisamente por esta última circunstancia el alcance de la retroactividad que parece sencillo tiene cierto truco. Si se afirma que surte efecto “para los hechos imposables no prescritos a 1 de enero de 2014” podríamos pensar que, remontándonos cuatro años, los hechos imposables acaecidos a partir del 1 de enero de 2010 serían los únicos beneficiados por la exención pues el artículo 66 de la LGT establece la prescripción tributaria en cuatro años. Sin embargo, lo que prescribe como ya se ha indicado, no son los hechos y por eso el artículo 66 no se refiere a ellos.

Si consideramos que lo relevante es el derecho a solicitar las devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo tendremos que acudir al epígrafe c) del artículo 66. En este caso el 67.1 de la misma LGT establece que el plazo de prescripción del supuesto de dicho 66.c) comienza a contar, en lo que aquí nos interesa, desde el día siguiente a la finalización del plazo para presentar la autoliquidación si el ingreso se realizó dentro de dicho plazo.

Debemos entonces tener en cuenta que el artículo 110 del TRLRHL establece que cuando se trate de actos *inter vivos* los sujetos pasivos vendrán obligados a presentar ante el ayuntamiento correspondiente la declaración (o autoliquidación) del IIVTNU en el plazo de treinta días hábiles a contar desde la fecha en que se produzca el devengo del impuesto, sin contemplar ningún plazo específico para efectuar las posibles devoluciones derivadas de la normativa del tributo.

En su virtud, una aplicación sistemática de los citados preceptos permitiría afirmar que, tomando como referencia por indicación de la ley el 1 de enero de 2014, aquellos hechos imposables anteriores al 1 de enero de 2010 cuyo plazo de autoliquidación o declaración finalizase después de dicho día no estarían prescritos a efectos de la exención, puesto que por indicación de la propia LGT el plazo prescriptivo del derecho a solicitar su devolución no habría comenzado a correr todavía el indicado

(18) Comparte plenamente estas afirmaciones el Tribunal Económico Administrativo Central en su resolución dictada en unificación de doctrina 06331/2013/00/00, de 10 de septiembre de 2015, referida precisamente a los beneficios aplicables a la vivienda habitual en el IRPF. Aunque dictada sobre un tributo estatal esta resolución se refiere a los incrementos de patrimonio puestos de relieve en los supuestos de reinversión de las ganancias derivadas de la enajenación de la vivienda habitual fundando su habilitación interpretativa con argumentos trasladables a cualquier exención.

(19) Eficacia que no tuvo el RD 6/2012. “Llegados a este punto, no cabe olvidar que el RDL6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos fue publicado en el BOE de fecha 10 de marzo de 2012 y el mismo entró en vigor, a tenor de lo dispuesto en la Disposición Final Cuarta del mismo, al día siguiente de su publicación y sin contemplar aplicación retroactiva normativa alguna”, Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Lérida 203/2014, de 4 de junio, Rec. 319/2012.

La exención por dación en pago....

día 1. Esto significa que las daciones producidas entre el 24 de noviembre de 2009 y el final de dicho año podrían estar tan exentas como las acaecidas en 2010.

A la misma conclusión se llega por aplicación de los artículos 66.a y 67.1.a) si para valorar lo que ha de entenderse por “hechos impositivos prescritos” se atiende al derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria. Esta interpretación hace más sencillo extender este criterio temporal a aquellos casos en los que no se hubiera determinado la deuda por este impuesto y/o estuvieran sujetos a la acción de la Inspección y a los que tuvieran deudas liquidadas y simplemente pendientes de pago.

1.7 ¿Devolución por ingreso indebido o por ingreso derivado de la normativa del tributo?

En todos aquellos supuestos en los que se hubiera abonado el tributo y procediera ahora su devolución por encontrarse exenta la transmisión surge la duda de si procede pagar intereses, dado que cuando tales ingresos se efectuaron la legislación establecía claramente su conformidad a derecho.

Por una parte podría defenderse el derecho de los particulares que efectuaron un pago en virtud de un supuesto que ahora se declara exento a verse resarcidos por haberse visto privados durante un tiempo de ese importe pero por otro no puede negarse que las Haciendas locales cobraron correctamente ese ingreso en su momento y no deberían verse perjudicadas, más allá de la devolución del principal, por un cambio legislativo que les obliga a efectuar una devolución de un dinero que era

correctamente debido en el momento en que se produjo.

Puesto que el Estado se declara a sí mismo no responsable de la situación al afirmar que no procede compensación alguna a su cargo por el establecimiento de esta exención (inaplicación del artículo 9 del TRLRHL) y los ingresos realizados con anterioridad a la modificación legal que introdujo la exención fueron ajustados al Derecho aplicable en el momento de su devengo parece razonable considerar que su devolución debería considerarse como “derivada de la normativa del tributo”⁽²⁰⁾ y no como “de ingreso indebido”⁽²¹⁾.

La diferencia práctica es clara, en las devoluciones por ingreso indebido se produce devengo de intereses a favor de los particulares desde el momento del pago lo que no ocurre en las derivadas de la normativa del tributo.

El establecimiento de la exención en 2014 no ha sido consecuencia de un problema jurídico, no ha habido ninguna declaración de inconstitucionalidad del precepto, si no de sensibilidad política ante un problema de gran repercusión social. No se puede afirmar que antes del establecimiento de la exención hubiera una situación ilegal, aunque si un tanto absurda en la medida en que se gravaba con un tributo a alguien que perdía su vivienda por imposibilidad de pagarla⁽²²⁾. Ahora bien, este absurdo no era exclusivo del IIVTNU ¿acaso no hay lugares en España en los que los herederos han de renunciar a su herencia por imposibilidad de pagar el impuesto de sucesiones que grava su transmisión?⁽²³⁾ En este supuesto ¿no pretende cobrarseles

(20) En este mismo sentido se manifiesta Beatriz Moreno Serrano al afirmar que es muy importante resaltar que nos encontramos ante devoluciones derivadas de la normativa propia de cada tributo, y no ante devoluciones de ingresos indebidos, en la Revista La Ley 7682/2014 La Ley 18/2014. “Nuevos cambios en la exención al IIVTNU de las daciones en pago”.

(21) Considerando que se trata de una devolución por ingreso indebido se manifiesta Óscar del Amo Galán en “La exención de la dación en pago en el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana”, Carta Tributaria. Revista de Opinión, Nº 1, Abril 2015, Editorial Wolters Kluwer, “pues bien, dado que la exención ha sido aprobada con efectos retroactivos, los ingresos que se hubieran realizado dentro del periodo al que alcanza la retroactividad, resultaron ser indebidos y, en consecuencia, estaríamos ante un supuesto de ingresos indebidos. Si la liquidación en virtud de la cual se realizó el ingreso indebido hubiese adquirido firmeza, se debería acudir a los procedimientos especiales de revisión, tal y como dispone el artículo 221.3 de la LGT. En particular, se debería aplicar el procedimiento de revocación previsto en el artículo 219.1 de la LGT, que señala lo siguiente: «La Administración tributaria podrá revocar sus actos en beneficio de los interesados cuando se estime que infringen manifiestamente la ley, cuando circunstancias sobrevenidas que afecten a una situación jurídica particular pongan de manifiesto la improcedencia del acto dictado, o cuando en la tramitación del procedimiento se haya producido indefensión a los interesados». En este caso, el establecimiento de una exención con efectos retroactivos podría considerarse como un supuesto de circunstancia sobrevenida y, en consecuencia, resultaría de aplicación el citado procedimiento de revocación a efectos de proceder a la revisión del acto de liquidación dictado en su momento”.

(22) Beatriz Moreno Serrano: “pese a que el Real Decreto (6/2012) supuso un avance respecto la situación anterior a su entrada en vigor pensamos que quizá el tema de debate no tenía que haber sido quien debía abonar el IIVTNU en estos casos sino si realmente estamos ante un supuesto que da lugar o no al devengo del impuesto. Somos de la opinión que en estos casos no se pone de manifiesto ningún incremento de valor con lo que no se genera el hecho imponible del impuesto”, en revista “La Administración Práctica”, número de octubre de 2012, página 922.

(23) Bajo la rúbrica “La crisis triplica las renuncias a recibir una herencia” el diario “El Mundo” indicaba el 23 de julio de 2015 (<http://www.elmundo.es/economia/2015/07/23/55affa9646163f35558b458b.html>) como “ser heredero en época de crisis se ha convertido en muchos casos en un

un impuesto superior en cuantía a lo que van a recibir o que no pueden pagar por la condición no liquida del haber hereditario ⁽²⁴⁾?

El devengo de intereses por un ingreso indebido busca compensar al particular que no tenía obligación de soportar una situación injusta (contraria a Derecho), y en esta caso la situación si era ajustada al ordenamiento aplicable hasta el establecimiento de la exención.

Como el TRLRHL no ha dispuesto que plazo tiene la Administración local para efectuar la devolución ⁽²⁵⁾ y tampoco podemos considerar que los ciudadanos tengan obligación de soportar cualquier demora en su reintegro una vez la ley ya contempla la exención no parece haber otra solución razonable que acudir a los preceptos generales que en esta materia recoge la Ley General Tributaria.

El artículo 31 de esta norma establece que la Administración devolverá las cantidades que procedan de acuerdo con lo previsto en la normativa de cada tributo, disponiendo el punto 2 del mismo precepto que “transcurrido el plazo fijado...y en todo caso el de seis meses, sin que se hubiera ordenado el pago de la devolución por causa imputable a la Administración tributaria, ésta abonará el interés de demora regulado en el artículo 26 de esta ley, sin necesidad de que el obligado lo solicite. A estos efectos, el interés de demora se devengará desde la finalización de dicho plazo hasta la fecha en que se ordene el pago de la devolución”.

Puesto que, como ya se ha indicado, la normativa reguladora del IIVTNU no establece plazo alguno, habría de considerarse que la entrada en vigor de la regulación de la exención da inicio al plazo de seis meses que con carácter subsidiario y general dispone la LGT. Las Haciendas locales tendrían entonces ese plazo para tramitar las devoluciones pertinentes sin intereses; una vez superado deberán abonarlos, computándolos desde la misma fecha de

finalización de los seis meses hasta que se ordene el pago.

¿Y cuando finaliza dicho plazo? Puesto que la exención fue introducida inicialmente por el Real Decreto-ley 8/2014, teniendo continuidad en la Ley 18/2014, habría de estarse a la fecha de entrada en vigor del primero para fijar el día inicial a partir del cual computar los seis meses a los que se viene haciendo referencia. A estos efectos el Real Decreto-ley entró en vigor según su Disposición final quinta el día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», lo que tuvo lugar el 5 de julio de 2014, por tanto el plazo finalizó el 5 de enero de 2015.

1.8 ¿Devolución de oficio o a instancia de parte?

El legislador hubiera podido establecer una bonificación rogada para estos supuestos, en cuyo caso los interesados hubieran debido solicitarla, pero optó por la exención. Como ya se ha expuesto en las exenciones la obligación de pago del impuesto nace porque el hecho imponible se produce pero la ley considera pertinente por razones de interés general eximir a los obligados tributarios de todas o parte de sus obligaciones fiscales.

Las devoluciones deben por tanto efectuarse de oficio pues no es el interés del particular sino el de la ley al que debe darse prevalencia, sin perjuicio de que sean los particulares los que obtengan en su peculio el beneficio del reintegro económico ⁽²⁶⁾. Esta devolución de oficio deberá tener lugar en los plazos indicados en el epígrafe anterior.

Un supuesto peculiar es el de la devolución del impuesto a las entidades financieras que aceptasen la sustitución tributaria establecida en la normativa anterior a la vigente. A estos sustitutos no se hace mención alguna en la nueva regulación pero parece correcto suponer que las transmisiones exentas lo

regalo envenenado. Según los datos del Observatorio notarial de la realidad socioeconómica de los españoles, que ha elaborado el Consejo General del Notariado, el número de renunciaciones para recibir una herencia de un fallecido se ha multiplicado por tres durante la crisis. En concreto, si en 2007 se produjo el rechazo en 11.047 actos, en 2014 la cifra ha sido de 34.332 (un 211% de aumento). Esto significa que al principio de la crisis se producía la renuncia de poco más del 3% del total de herencias (323.411), y ahora la cifra se aproxima al 10% del total de 359.751 actuaciones notariales en este sentido”.

(24) Supuesto extremadamente frecuente ante el cual existen diversas estrategias a adoptar en vida del causante o después, entre estas últimas solicitar aplazamientos o fraccionamientos, que no dejan de resultar onerosos y complejos.

(25) A diferencia de lo que se contempla para tributos estatales como el IRPF o el IVA, cuyas normas regulan plazos concretos para casos de devolución.

(26) Como pone de relieve Pedro Herrera Molina “en teoría resulta claro que las exenciones solo pueden concederse en función del interés colectivo, aunque este coincida con el de ciertos individuos. En la práctica las exenciones subjetivas tienden a proteger actividades de interés general desarrolladas por el ente exento...” sin perjuicio de que haya “datos en favor de la existencia de un verdadero derecho en el caso de las exenciones subjetivas”. En la obra “La exención Tributaria”, Editorial Colex, 1990, página 64.

La exención por dación en pago....

están con independencia de que concurriera un sustituto en el pago con lo cual este tendría también derecho a la devolución si el sujeto pasivo contribuyente reuniera los requisitos exigibles. El que no podría reclamar la devolución sería el sustituido que no la pagó.

Algunos Ayuntamientos españoles optaron en la época más cruda de la crisis por paralizar temporalmente la acción de liquidación y/o cobro del IIVTNU en estos casos, vigilando el plazo de prescripción a los efectos de no perder sus derechos, en la convicción de que alguna modificación legal terminaría por producirse. Estos municipios han visto recompensada su prudente y generosa conducta, no por ello exenta de ciertos riesgos, con la ventaja de no tener que efectuar ahora ninguna devolución. Los demás están teniendo que efectuar las correspondientes devoluciones, con el perjuicio económico que les puede representar al tener que acumular en unos pocos meses las correspondientes a más de cuatro años de ingresos ⁽²⁷⁾.

1.9 Referencia al art. 9 del TRLRHL

El artículo 9.2 del TRLRHL establece que “las leyes por las que se establezcan beneficios fiscales en materia de tributos locales determinarán las fórmulas de compensación que procedan”. Pues bien, la Ley 18/2014 (al igual que el Real Decreto-ley que la precede) indican al regular la exención por dación en pago que para la misma “no resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 9.2 de esta Ley”. Las Haciendas locales ya vienen acostumbrándose a esta circunstancia. Casi extraña que el legislador no se decida a suprimir de un plumazo el indicado artículo 9 para ahorrarse futuras referencias al mismo.

La ausencia de compensación en este caso es más llamativa que en otros debido al efecto retroactivo de la entrada en vigor de la exención. Al fin y al cabo la gestión de los asuntos públicos se basa en los recursos económicos de los que se dispone y si se fuerza a los ayuntamientos a efectuar las

devoluciones de un amplio periodo en apenas seis meses parecería muy lógica y justa alguna modalidad de compensación, aunque solo fuera el adelanto de las cantidades a devolver y la posibilidad de reintegrarlas al Estado de modo aplazado y sin interés. En otro caso la tesorería municipal puede verse afectada en una situación general de menores ingresos por razón de una medida de la que el Estado se desentiende ⁽²⁸⁾.

La salvaguarda de los derechos de los particulares y la protección de la situación de desamparo en que algunos puedan encontrarse debe equilibrarse con el respeto a la Hacienda local y a la suficiencia financiera de sus recursos, máxime cuando las competencias y gastos que desarrollan en materia de servicios sociales tienen una fundamental y singular relevancia en sus cuentas

2. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS LEGALES:

2.1.a. Dación en sentido formal o material: los negocios susceptibles de considerarse daciones

Las daciones en pago que sean articuladas como tales no ofrecerán problemas formales sin perjuicio de que tengan que reunir los requisitos que exige la ley para ser consideradas exentas. Sin embargo el problema lo plantean las numerosas compraventas realizadas en el periodo considerado retroactivo por sujetos que bien hubieran podido hacer daciones pero que no sabían que eran estas las que expresamente se iban a ver beneficiadas por la exención.

La práctica ofrece numerosos supuestos en los que las entidades crediticias que eran acreedoras hipotecarias articularon compraventas en las que los deudores tras referenciar las deudas contraídas, su importe al momento del otorgamiento del negocio y la imposibilidad de hacer frente a su pago pactaban con la entidad acreedora la venta del inmueble por un precio equivalente al monto de la deuda pendiente, reteniendo el comprador la totalidad del pago y permitiendo la extinción de la hipo-

(27) En nota de prensa de 30 de septiembre de 2014 el Instituto Nacional de Estadística aportó los datos correspondientes al segundo trimestre de dicho año afirmando que, solo en ese periodo, el número total de inscripciones de certificaciones por ejecuciones hipotecarias iniciadas fue de 32.960, lo que supuso un 1,2% más que el primer trimestre de 2014 y un 14,0% más que en el mismo trimestre de 2013. El 77,7% de las viviendas de personas físicas con ejecución hipotecaria (9.611) fueron viviendas habituales en propiedad, un 8,4% más que en el mismo trimestre de 2013. Por su parte, 2.756 viviendas de personas físicas con ejecución hipotecaria iniciada no eran residencia habitual de los propietarios, un 1,3% más. Tomando como referencia las viviendas familiares (18.331.400) existentes en España en el segundo trimestre de 2014, el 0,052% iniciaron una ejecución hipotecaria en el periodo de referencia.

(28) Hay ocasiones como esta en las que el legislador estatal ni siquiera disimula lo poco que le importa la suficiencia financiera de las entidades locales, ignorando así el mandato del artículo 142 de la Constitución Española.

teca por confusión, a la vez que la liberación total o parcial de las obligaciones del deudor-vendedor.

En tales negocios se observa la concurrencia del deudor o deudores y del acreedor hipotecario y de su lectura se deduce claramente que la compraventa se realiza con la finalidad de extinguir la deuda mediante la entrega de la casa hipotecada por la que se tasa un precio equivalente al importe de la deuda, que se extingue con la transmisión quedando el inmueble en propiedad del acreedor sin que el deudor perciba nada.

Si aplicamos el artículo 13 de la LGT que indica que las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado podemos entender que en tales supuestos estamos en presencia de una dación, en cuyo caso podrá estar exenta si concurren los demás requisitos establecidos en la ley.

Como ya se apuntó este criterio resulta razonable y acorde a los principios interpretativos del artículo 3.1 del Código Civil, al que se remite el artículo 12.1 de la Ley General Tributaria.

Cuáles fueran las razones por las que se acudió con frecuencia a la fórmula de la compraventa, de tipo fiscal o contable, por sencillez u otro motivo, debería ser indiferente en este momento, siempre que efectivamente pudiera apreciarse que la auténtica causa del negocio fue buscar la liberación de las obligaciones hipotecarias del deudor mediante la entrega de su vivienda habitual al acreedor.

Podría discutirse si este criterio debería aplicarse también desde la entrada en vigor de la norma que establece la exención, pues a partir de dicho instante los otorgantes deben conocer que la fórmula escogida por el legislador es la de la dación y no cualquier otra. Es complejo y difícil de discernir cual iba a ser la opinión de los tribunales sobre la posibilidad de interpretar que antes de la introducción de la exención una compraventa pudiera considerarse dación y después no. Limitar temporalmente en base a este criterio la aplicabilidad del artículo 13 de la LGT se antoja poco razonable y seguramente no prosperaría.

Otro de los elementos que dan sostén jurídico a la consideración de que algunas compraventas son auténticas daciones es que en ambas la transmisión del dominio del inmueble se produce directamente entre acreedor y deudor hipotecario. También lo es

que la transmisión se efectúa a título oneroso a cambio de una prestación económica similar a la de la dación, en términos económicos el monto total o parcial de lo adeudado.

El subconsciente traiciona además al legislador cuando entre las exigencias de la exención añade la de que el deudor o garante transmitente o cualquier otro miembro de su unidad familiar no disponga, en el momento de poder evitar “la enajenación de la vivienda”, de otros bienes o derechos en cuantía suficiente para satisfacer la totalidad de la deuda hipotecaria.

Ciertamente en algunas de estas compraventas se puede producir la duda de si la tasación de la vivienda es correcta o se ajusta específicamente al importe adeudado. Esta duda puede existir tanto a favor del banco (¿estará el banco liberando al deudor con un inmueble que vale más que lo que aquel debe quedándose con la diferencia?) como del deudor (¿estará liberando el banco al deudor de más de lo que vale el inmueble para al menos retener este y cobrarse de parte de una deuda incobrable de otro modo?). En uno u otro caso se estaría en presencia de un negocio liberatorio para el deudor aunque pudiera haber excesos o defectos en el valor adjudicado. La posibilidad de apreciar esta circunstancia debe considerarse fuera de las posibilidades de las Haciendas Locales salvo en casos ostensibles. De darse estos últimos el problema ya no radicaría en la consideración de la dación como exenta si no en la propia naturaleza del negocio realizado, y del mismo modo que el artículo 13 de la LGT puede beneficiar a ciertos vendedores que en realidad cedieron en dación podría perjudicar a los que hicieron daciones que en realidad no lo fueran.

En este sentido que en la compraventa quede un pequeño remanente de dinero que se entrega al vendedor no debería ser obstáculo para considerar que existe dación pues existen ocasiones en las que el precio pactado es un poco más elevado que el importe de la deuda. Esta circunstancia, que por principio no se observa en las daciones, no debe desvirtuar la posibilidad de considerar que concurre una de tales. De hecho el supuesto inverso al que se hace referencia es más frecuente y se considera exento: el de la dación que no cubre el monto total de la deuda, caso en el que el deudor se ve liberado solo de parte de la misma.

Dicho lo anterior y en atención a la búsqueda de la verdadera naturaleza del negocio es preciso tam-

La exención por dación en pago....

bién advertir que no cualquier compraventa efectuada por el deudor hipotecario puede ser considerada una dación, como a continuación se expone.

2.1.b. Negocios no susceptibles de considerarse daciones

No pueden considerarse exentas las transmisiones efectuadas por deudores hipotecarios con terceros distintos de los acreedores hipotecarios. No están exentas por tanto las daciones o compraventas efectuadas por los deudores con terceros, personas físicas, que se subrogan en la deuda hipotecaria, que asumen las obligaciones derivadas de la misma o que se comprometen a abonarla. Tampoco lógicamente con personas jurídicas que no son el acreedor hipotecario ni tienen vínculo con éste. Las declaraciones solemnes que puedan verse en escritura por los compradores en el sentido de hacerse cargo de las obligaciones de los deudores e incluso la retención de todo o parte del precio con este fin no dan a la transmisión la condición de dación exenta.

La razón de lo expuesto se encuentra en que es requisito esencial de la dación como negocio jurídico la transmisión del inmueble con finalidad solutoria ⁽²⁹⁾ entre deudor y acreedor; si se produce con otros no es dación. Las ya citadas sentencias del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1995 y 5 de diciembre de 1998 afirman que en la adjudicación en pago de deudas el adjudicatario es acreedor del adjudicante por un crédito propio poniendo de relieve que el negocio dación requiere de dicha intervención deudor-acreedor. Esta intervención libera de la hipoteca al deudor mientras en los otros casos la liberación queda a cargo del tercero.

Indica el artículo 12.2 de la LGT que en tanto no se definan por la normativa tributaria los términos empleados en sus normas se entenderán estos conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda. Por tanto, aquel supuesto en el que la entrega del bien se produce a un tercero, que adquiere su propiedad, es en realidad una adjudica-

ción en pago de asunción de deudas en la que el adjudicatario, que no es el acreedor, pasa a resultar deudor de terceros (de los acreedores hipotecarios) por la cesión de las deudas y/o bienes hecha por el adjudicante.

Esta diferenciación entre la dación o adjudicación en pago de deudas, para pago de deudas y en pago de asunción de deudas no es además extraña a la normativa tributaria, pues está presente en la regulación de otro tributo, concretamente en el artículo 7.2 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1993, de 24 de septiembre ⁽³⁰⁾.

Es lógico además considerar que el negocio exento es el que se establece entre deudor y acreedor hipotecario. Los antecedentes legislativos, la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas estas normas y su espíritu y finalidad, criterios a los que se remite el artículo 3.1 del Código Civil, apuntan a una exención que tiene por objetivo liberar del impuesto a quienes suscribieron créditos que no pudieron afrontar perdiendo su vivienda habitual y a la vez beneficiar a las entidades financieras que los aceptasen disminuyendo la carga fiscal del IIVTNU de las posteriores transmisiones de los mismos inmuebles.

No se ha pretendido beneficiar a quienes venden sus viviendas a terceros que se subrogan en la hipoteca o asumen pagarla pues en tal caso la exención, por principio un régimen excepcional, beneficiaría a cualquiera que enajenase un bien con una carga hipotecaria por pequeña que esta fuera, lo que a su vez implicaría un beneficio inadmisibles cuando ese tercero vendiese a su vez, dado que el periodo impositivo quedaría limitado hacia atrás por la misma exención.

En esta línea interpretativa cobra pleno sentido lo que dice el TRLRHL al afirmar en el artículo 105.1.c que para la exención las deudas por las que se cede el bien deben ser las contraídas "con entidades de crédito" o cualquier otras "que de manera

(29) El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) Sentencia núm. 672/2005 de 16 junio, afirma que para el Tribunal Supremo (por ejemplo, sentencia de 14 de septiembre de 1987) "la adjudicación en pago es un negocio 'pro soluto', mientras que la adjudicación para pago es un negocio 'pro solvendo', sin efectos liberatorios o extintivos hasta que se enajenen y liquiden los bienes y con su importe se pague a los acreedores de modo total o parcial, produciendo la extinción también total o parcialmente, y siendo su naturaleza la de un mandato liquidatorio o de pago que se ejecuta mediante el otorgamiento de un poder irrevocable, perfeccionándose la cesión con la entrega de los bienes y, si no se ha pactado otra cosa, el obligado sólo se libera por el importe de los liquidados, persistiendo su responsabilidad por la parte de deuda que queda sin cubrir".

(30) Como pone de relieve Javier Pérez-Fadón Martínez, Inspector de Hacienda del Estado, en "La «dación en pago», «para pago» y «en asunción de pago de deudas»", Carta Tributaria. Revista de Opinión, Nº 7, Octubre 2015, Editorial Wolters Kluwer.

profesional realicen la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios”.

Debe criticarse en este sentido las afirmaciones efectuadas por la Consulta de la Dirección General de Tributos V0324-15, de 29 de enero de 2015, en la que se afirma que la dación en pago “no queda desnaturalizada ni muta su naturaleza por el hecho de que se haga a favor de un tercero, distinto del acreedor hipotecario, siempre que sea éste el que imponga tal condición para acceder a la dación y la acepte como extintiva de la obligación”⁽³¹⁾. A tal conclusión se llega sobre la pura literalidad del texto de la Ley de Haciendas Locales, sin atender a otras consideraciones.

La contestación a la consulta ignora la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la consolidada doctrina civilista sobre la materia a la que se ha hecho referencia e incurre en la grave contradicción de afirmar que “la redacción literal de la exención...no limita taxativamente a favor de quién ha de hacerse la dación” para luego indicar que se admite al tercero “siempre que sea este el que (el acreedor hipotecario) imponga para acceder a la dación”. De este modo, después de afirmar que la ley no limita de qué tercero se trate, la DGT apunta que no cualquiera puede serlo, solo el que venga de la mano del acreedor. O sea, que no se limita la dación exenta en transmisiones a tercero pero en realidad si se limita.

Prescindiendo de la opinión de la jurisprudencia y de la doctrina la DGT resuelve incorrectamente un problema que tiene solución por otra vía, respetuosa con aquellas. La Asociación que formuló la indicada consulta, integrada por cajas de ahorro, fundaciones bancarias y entidades de crédito, manifestó que en determinados casos, los activos inmobiliarios objeto de garantía hipotecaria por deudas contraídas con sus asociados, eran transmitidos por el deudor o garante del deudor de manera directa a una Sociedad Gestora de Activos, entidad distinta de la caja de ahorros o entidad de crédito que concedió el préstamo hipotecario, siendo esta transmisión una condición impuesta por la caja de ahorros o entidad de crédito para la condonación de la deuda hipotecaria pendiente.

Pues bien, tales entidades, a poco que se levante el velo que las cubre, tienen a las entidades finan-

cieras acreedoras detrás. Efectivamente, las sociedades gestoras de activos creadas al amparo de la Ley de Saneamiento y Venta de los Activos Inmobiliarios del Sector Financiero 8/2012, de 30 octubre, son instrumentos personificados de las entidades acreedoras y de hecho no actúan indistintamente en el mercado sobre cualesquiera activos si no que cada una opera sobre las hipotecas que estableció su entidad financiera matriz. Es por tanto perfectamente defendible que allí donde la dación o compraventa tiene lugar entre un deudor hipotecario y una sociedad gestora de activos cuyo capital es titularidad de la entidad financiera acreedora hipotecaria es esta la que en realidad se hace presente.

En cuanto a la observación de la DGT de que para “mayor abundamiento, en el párrafo segundo del artículo 105.1.c) del TRLRHL y del artículo 33.3.d) de la LIRPF se señala que también opera la exención en las ejecuciones hipotecarias, en las que como consecuencia de las mismas se produce una transmisión a favor de un tercero que no será la entidad financiera acreedora en la mayor parte de los casos” cabe indicar que en estos supuestos siempre es la entidad acreedora hipotecaria la adjudicataria por la sencilla razón de que el precio de remate por el que se adjudica el bien se termina determinando en función del importe de las deudas pendientes y este importe siempre es mayor que el que estaría dispuesto a abonar un subastero por lo que los bienes se los quedan los bancos y de tal modo sanean mejor, al menos contablemente, sus cuentas.

Por otra parte la ley admite la exención en caso de ejecuciones hipotecarias judiciales o notariales cuando “concurran los requisitos anteriores”, es decir, los indicados en el párrafo primero, de modo que no la extiende a cualquier supuesto si no con arreglo a lo que aquí se defiende al que se establece entre deudor y acreedor hipotecario (o su personificación en forma de sociedad gestora de activos).

Cabe finalmente recordar que las consultas de la DGT sobre aspectos tributarios de competencia intrínsecamente local no vinculan a las Administraciones municipales⁽³²⁾ puesto que no existe vínculo jerárquico ni competencial de ninguna clase que enlace aquella y estas (menos aún en relación a los Tribunales Económico administrati-

(31) En el mismo sentido “La exención de la dación en pago en el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana”, Óscar del Amo Galán, Inspector de Hacienda del Estado, Carta Tributaria. Revista de Opinión, N° 1, Abril 2015, Editorial Wolters Kluwer.

(32) En “las consultas tributarias en el ámbito local” (“El Estado actual de los derechos y garantías de los contribuyentes de las haciendas locales”, Fernando Serrano Antón y otros, Civitas, 2007, página 903) Checa González afirma que el carácter vinculante de las consultas es predicable

La exención por dación en pago....

vos municipales ⁽³³⁾). Su valor ha de ser en estos casos el propio de un informe procedente de un órgano especializado en la materia tributaria, solo relevante en la medida en que sean acertados los argumentos que contenga.

En cuanto a los tributos locales sujetos a un régimen de gestión compartida en los que pueda haber aspectos de competencia Estatal las Consultas podrán tener especial relevancia y vincular indirectamente al ente local pero no es ese el caso del IIVTNU, por lo que no se puede defender el carácter vinculante de la consulta V-0324-15.

2.2 Cesión de inmueble de tipo vivienda

La ley hace referencia a la dación de la “vivienda habitual del deudor hipotecario o garante del mismo”. Dentro de la lógica de la norma el TRLRHL pretende proteger no cualquier inmueble si no el que es residencia del deudor o su garante. Es preciso por tanto tener en cuenta que la exención no busca tanto la protección del endeudado que carece de bienes o de quien se encuentra en serios apuros económicos como del que en esa situación se ve privado de su residencia habitual en caso de desahucio o inminencia del mismo.

El concepto de vivienda habitual permite excluir de las daciones exentas las que tienen por objetos

solares, locales de negocio, naves industriales y supuestos equivalentes.

Cabe preguntarse no obstante que ocurriría si algún sujeto alegase residir de modo habitual en alguno de aquellos bienes ⁽³⁴⁾. En términos urbanísticos eso no sería posible puesto que no puede residirse en un inmueble que no tenga naturaleza residencial ⁽³⁵⁾ pero en esta ocasión no estamos teorizando acerca de tal cuestión jurídica si no sobre que de hecho así ocurra y logre demostrarse. Es preciso tener en cuenta en este sentido que si bien el empadronamiento del sujeto no debe admitirse en lugares que no puedan considerarse de uso residencial es frecuente aceptarlo tanto por que no se puede a veces verificar el tipo de uso del suelo permitido en el inmueble como sobre la consideración de que es preferible tener identificado jurídicamente el lugar en donde residenciar y localizar a una persona que tenerla de todas formas en el mismo lugar sin que conste en el padrón.

Fuera de supuestos que puedan resultar poco creíbles como residir en una fábrica o en un solar baldío hay dos ejemplos característicos y nada extraños que ofrecen luz sobre este tipo de casos, el de los llamados “loft” ⁽³⁶⁾ y el de las viviendas bajas construidas en pequeños locales de negocio cambiados de uso.

en exclusiva de la Administración que contesta y no del particular, que puede apartarse libremente del criterio contenido por en aquella. Lo mismo cabría decir de las Administraciones Públicas distintas a la que contesta, respecto a la cual están en la misma situación que quien consulta.

- (33) Si no es vinculante para los Tribunales Económico Administrativos del Estado tampoco para los locales, dado que su naturaleza revisora es la misma. Sobre los primeros la Resolución del TEAC, de 22 de septiembre de 2015 (RG 8655/2012) afirma que “las contestaciones de la Dirección General de Tributos a las consultas que se le plantean no son vinculantes para los Tribunales Económico-Administrativos. Así está previsto expresamente en el art. 89.1 párrafo tercero de la Ley 58/2003 (LGT), y encuentra su sentido en la separación entre las funciones y, por ende, entre los órganos de aplicación de los tributos y de revisión de los actos resultantes de dicha aplicación. De no ser así, carecería de sentido la función revisora dentro de la vía administrativa, impidiendo a los obligados tributarios el ejercicio efectivo en dicha vía de su derecho de defensa, que no tendría posibilidad alguna de prosperar”.
- (34) El Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, desarrolla la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local en diversos aspectos incluido el del empadronamiento. Esta disposición no exige que el lugar de domicilio tenga que tener carácter residencial aunque lo presupone. No hay exigencia expresa probablemente porque sus redactores la dieron, no sin lógica, por sentado.
- (35) La clasificación y autorización de los usos del suelo en las ciudades tiene carecer imperativo y pertenece al ámbito de las competencias municipales que los Ayuntamientos desarrollan a través de sus Planes Generales de Ordenación Urbana. En esta materia es preciso tener en cuenta que si bien la competencia normativa básica es de competencia estatal su desarrollo es de competencia autonómica como claramente puso de referencia la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo. Recientemente la competencia que al Estado corresponde se ha plasmado en el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se ha aprobado el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.
- (36) “En su origen, los lofts fueron el resultado de la reconversión y división interior de antiguas instalaciones industriales existentes en el centro de ciudades (norteamericanas, sobre todo), de forma que pudieran servir de espacio simultáneo para el ejercicio profesional y la vivienda. De esta forma, se mantenían edificios de cierto encanto y excelente ubicación, modificando un uso fabril que difícilmente era compatible con esa localización ante el crecimiento de la ciudad. Aunque los primeros lofts en España tienen un origen similar, lo cierto es que entre las promociones actualmente en venta, la mayoría son edificaciones de nueva planta donde la única vinculación con el uso industrial es que es éste, precisamente, el destino que la normativa urbanística prevé para la mayoría de las parcelas en las que se están edificando”. En “Aspectos jurídicos de la promoción y venta de lofts”, Clemente Naranjo, Lorenzo. Revista “Directivos Construcción” nº 165, pág. 20. Marzo 2004. <http://pdfs.wke.es/3/2/9/6/pd0000013296.pdf>.

Los “loft”, esa tipología de vivienda norteamericana a la que nos ha acostumbrado la TV y el cine no siempre se admiten como viviendas a efectos residenciales sin embargo hay ciudadanos que residen en ellos. Son a efectos prácticos viviendas habituales con todos los elementos propios de las mismas aunque tienen un claro problema urbanístico al ubicarse en suelo industrial ⁽³⁷⁾. Un supuesto más frecuente y castizo es el de los locales de negocio de edificios antiguos, con entrada independiente tanto desde la calle como a través del portal que en un momento determinado se dejan de utilizar como tales y con una pequeña obra pasan a utilizarse como viviendas sin haber obtenido en ocasiones la oportuna licencia de cambio de uso.

Aunque no puede establecerse una regla general dado que la casuística y las condiciones del inmueble pueden ser muy diversas cabe admitir que la vivienda habitual a la que se refiere la Ley de Haciendas Locales pueda consistir, con la oportuna prueba de ser realmente el lugar de residencia, en un inmueble que técnicamente y desde la pureza urbanística no cumplimentan los requisitos exigidos por el Plan General y sus normas de desarrollo. Obviamente la prueba de que el lugar en concreto es o era la vivienda habitual corresponderá en caso de duda al interesado, que no obstante podrá a estos efectos utilizar el padrón en su apoyo. La Administración también podrá comprobar si es posible efectivamente residir en el lugar que alega el interesado, lo que no podrá admitirse, por ejemplo, en inmuebles sin cocina o baño.

Hay otro ejemplo que es real aunque parezca salido de un laboratorio, el de los propietarios de un edificio que se incendia parcialmente, quedando tan dañados sus elementos estructurales que el Ayuntamiento se ve obligado a desalojar a sus inquilinos por razones de seguridad y lo demuele, ante la situación ruinoso en que queda tras el siniestro, temeroso de que pueda ser ocupado por vagabundos. Algunos vecinos hipotecados y sin recursos ceden en dación poco después a las entidades financieras su derecho sobre la cuota parte del suelo que les correspondía en esa suerte de

comunidad sobrevenida de copropietarios de un solar urbano sin edificio. ¿Las daciones de cuotas partes de ese suelo podrían considerarse exentas? En mi opinión podrían considerarse tales, verificando que se reúnan los demás requisitos legales: específicamente que hasta el momento del siniestro allí se encontrase, de modo efectivo, la residencia o vivienda habitual del cedente.

En los supuestos de dación en pago de viviendas que llevan incorporados como anexos trasteros o plazas de garaje la exención les beneficia cuando son inseparables y aparecen como una sola unidad catastral. De otra forma ni siquiera podríamos disponer de un valor catastral diferenciado a los efectos de liquidar el IIVTNU. Cuando tales bienes aparecen como unidades catastrales separadas con referencias independientes cabe preguntarse si la exención les alcanza. Parece lógico considerar que siguen la suerte del inmueble principal siempre que puedan considerarse un paquete fácticamente vinculado, el del lugar de residencia habitual, entregado en bloque para hacer frente a la deuda hipotecaria. En este sentido se consideraría que la transmisión del inmueble residencial conlleva el de los elementos socialmente necesarios para vivir en un lugar determinado, elementos que ordinariamente se transmiten con el mismo y que de hecho redondean al alza su valor facilitando tanto la dación como la liberación crediticia del deudor y la posterior enajenación del objeto por la entidad adjudicataria.

Sin embargo, la venta suelta de un trastero o una plaza de garaje aislada no podrá considerarse exenta pues en ningún caso es posible tener en ellos la residencia habitual.

En cuanto a la posibilidad de que se pretenda la cesión de un inmueble que no es el hipotecado si no otro, aun con la finalidad de liberar la deuda que afecta a aquel, cabe afirmar que no sería posible admitir este supuesto como exento puesto que, por una parte el TRLRHL se refiere a la “dación en pago de la vivienda habitual del deudor hipotecario o garante del mismo” y por otra es requisito imprescindible como luego se examinará que ni el deudor ni ninguno de los miembros de su unidad familiar

(37) Al menos los auténticos “loft”. Así por ejemplo, en el municipio de Madrid el Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del Plan General nº 249, de 17 de diciembre de 2003 indica, en relación a las solicitudes de licencia para edificios destinados a “loft” en ámbitos regulados por la Norma Zonal 9, grado 4º, nivel a que “en las licencias municipales para el desarrollo de edificios industriales, compartimentados en múltiples locales, deberá hacerse constar la imposibilidad de admitir el uso residencial como uso asociado, en dichos locales. Asimismo, esta circunstancia deberá hacerse constar en el Registro de la Propiedad correspondiente”. Ver Compendio de Normas Urbanísticas del Ayuntamiento de Madrid de mayo de 2014, página 505. <http://www.madrid.es/UnidadesDescentralizadas/UrbanismoVivienda/Urbanismo/PGOUM/CompendioNormasUrban%C3%ADsticas/PG97Compend14.pdf>

La exención por dación en pago....

dispongan de otros bienes con los que poder hacer frente al pago de la deuda que determina la enajenación o ejecución y tal cosa queda negada por el hecho de que se pretenda la entrega precisamente de otro bien para liberar el inicialmente hipotecado.

Los inmuebles residenciales cedidos en dación deben además reunir un requisito inherente a su cualidad de vivienda habitual del deudor o garante cual es no encontrarse arrendados o usufructuados por otro, pues en tal caso es ese otro quien con su derecho excluye el uso por el cedente que por tanto malamente puede tener en él la residencia habitual.

Una última cuestión se suscita en torno a si la referencia a la "cesión de la vivienda habitual" exige la del derecho de propiedad pleno sobre el objeto, con todas sus facultades, o si es posible la dación exenta de su nuda propiedad, reteniendo el usufructo (o a la inversa). Desde luego el que se queda con el usufructo no tiene porqué abandonar el inmueble y puede permanecer en él con todo su derecho, disfrutándolo, aunque no pueda afirmar que el objeto es íntegramente suyo. El artículo 105.1.c) parece poner el acento en la pérdida total por transmisión del objeto "lugar de residencia" como elemento inherente a la cesión de modo que podría pensarse que supuestos como la enajenación o dación de la nuda propiedad no deberían verse beneficiados ⁽³⁸⁾. En esta misma línea cuando el párrafo tercero del artículo 105.1.c habla de "evitar la enajenación de la vivienda" o cuando se refiere a las ejecuciones hipotecarias judiciales o notariales parece referirse al pleno dominio siendo además dudoso que a las entidades crediticias les interese aceptar la dación de la nuda propiedad de bienes cuyo usufructo retenga el deudor.

Sin embargo podría afirmarse que la transmisión de la nuda propiedad no deja de ser transmisión y que el hecho de continuar habitando el inmueble como usufructuario no debe plantear mayor incon-

veniente pues es frecuente observar daciones en las que el cedente continúa en el inmueble como arrendatario, y de hecho esta medida se contempla específicamente como opción en la normativa de protección de deudores hipotecarios sin recursos ⁽³⁹⁾. Se sostendría así la tesis de que es la cualidad del objeto transmitido de ser el lugar de residencia habitual en el momento de la cesión la que habría de tenerse en cuenta y no el que por la dación se ceda su pleno dominio. Además, a la finalización del correspondiente usufructo el nudo propietario consolidará su derecho de forma plena. La dación de la nuda propiedad con reserva del usufructo sería según esta opinión un supuesto similar al de la dación con pacto de arrendamiento, encontrándose exenta.

Si atendemos a la finalidad de la norma, que un deudor o garante hipotecario en situación de insolvencia libere su crédito con la dación de la nuda propiedad no tendría por qué encontrarse fuera del ámbito de la exención siempre que retuviera el usufructo para sí.

En caso de que ese usufructo se atribuyese a otro la constitución de ese derecho tributaria en el IIVTNU como tal, sin derecho a exención, del mismo modo que tampoco estaría exento el supuesto de la dación del usufructo con reserva de la nuda propiedad, pues la constitución de dicho derecho real no implica transmisión si no atribución de un uso y disfrute limitado en el tiempo.

Cabe indicar que al alentar que el cedente pueda quedarse en el inmueble como arrendado se permite a la entidad financiera sacar algún provecho económico del bien o al menos evitar un gasto en condiciones que facilitan la continuidad de la vida de los cedentes que pasan a pagar una renta inferior a la cuota de la hipoteca. Debe contarse en este sentido con que los precios de los arrendamientos urbanos también se han visto severamente afectados a la baja por la crisis ⁽⁴⁰⁾.

(38) En relación al IRPF el Tribunal Económico Administrativo Central manifiesta que a efectos de los beneficios fiscales relacionados con la vivienda habitual, en los supuestos de adquisición de la propiedad en pro indiviso, habiendo el obligado tributario residido ininterrumpidamente en la vivienda desde su adquisición, para el cómputo del plazo de tres años para determinar si el inmueble tiene o no la consideración de vivienda habitual, ha de estarse a la fecha en que se produjo la adquisición de la cuota indivisa, sin tener a estos efectos trascendencia la fecha en que se adquirió la cuota restante hasta completar el 100 por 100 del dominio de la cosa común con motivo de la división de la cosa común, la disolución de la sociedad de gananciales, la extinción del régimen económico matrimonial de participación o la disolución de comunidades de bienes o separación de comuneros. Resolución 06331/2013/00/00 de 10 de septiembre de 2015.

(39) En el Código de Buenas Prácticas anexo al Real Decreto 6/2012, bajo la rúbrica "Medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria" se establece que junto a la misma dación el deudor podrá solicitar, y se le permitirá, permanecer durante un plazo de dos años en la vivienda cedida en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 por cien del importe total de la deuda en el momento de la transmisión.

(40) Según el analista inmobiliario Borja Mateo, autor de los libros "La verdad sobre el mercado inmobiliario español" y "Cómo sobrevivir al crack inmobiliario", de Editorial Manuscritos, la bajada del precio del alquiler inmobiliario en España durante la crisis económica ha sido de media, a nivel nacional, de un 45% aproximadamente, desde precios de pico. <http://www.abc.es/economia/20140211/abci-entrevista-borja-mateo-201402101043.html>

2.3 Tipología de cedentes

El TRLRHL hace referencia a “las transmisiones realizadas por personas físicas con ocasión de la dación en pago de la vivienda habitual del deudor hipotecario o garante del mismo”. Así por tanto el cedente ha de ser persona física y tener además la cualidad de ser deudor hipotecario o garante de un crédito de tal naturaleza.

La cualidad de persona física permite excluir a las personas jurídicas de la exención. Como se indicó con anterioridad el Real Decreto-ley núm. 8/2014, de 4 de julio, no hacía referencia expresa a la condición de persona física del deudor hipotecario o garante del mismo, sin embargo en su redacción original ya supeditaba la misma a requisitos como la habitualidad de la vivienda, la falta de recursos de los miembros de la unidad familiar o el empadronamiento, conceptos que solo son predicables de las personas físicas.

Surgen sin embargo algunos supuestos particulares junto a algunas dudas. Entre los primeros podemos hacer referencia a los casos de bienes propiedad de varias personas. El caso más frecuente es de los bienes de propiedad conyugal, ya sea en régimen económico matrimonial ganancial o de otro tipo. Los supuestos de pluralidad de propietarios que son personas físicas (más frecuentes de lo que pudiera parecer) no excluyen en modo alguno la posibilidad de que se ceda el inmueble con el beneficio de la exención si concurren los demás requisitos legalmente requeridos.

Puede plantearse la duda de si la transmisión de un inmueble detentado por una comunidad de bienes configurada fiscalmente como tal puede quedar exenta. En la medida en que la comunidad esté integrada solo por personas físicas en las que concurren los requisitos exigidos por el Texto Refundido esta situación habría de considerarse similar a la de un simple grupo de copropietarios pues ni la comunidad goza de personalidad jurídica diferenciada ni la situación individual de los ceden-

tes varía porque a otros efectos de su conveniencia puedan haberse declarado comunidad.

El cedente puede ser el deudor hipotecario pero también su garante, regla establecida en beneficio de padres, hermanos y familiares que ofrecieran garantía de la devolución del préstamo. En todo caso estos tienen que residir en el inmueble que es transmitido.

2.4 Tipología de cesionarios

Afirma el TRLRHL que la dación en pago debe tener por finalidad la cancelación de deudas garantizadas con hipoteca contraída “con entidades de crédito o cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios”.

Teniendo en cuenta que la dación, como se ha reiterado, es un negocio que se establece entre deudor y acreedor, y que este acreedor debe ser titular de un crédito que según la ley ha de tener naturaleza hipotecaria la conclusión es que este acreedor no puede ser otro que el propio acreedor hipotecario, pero no cualquier acreedor de este tipo si no solo el que sea entidad de crédito o se dedique profesionalmente a esta actividad.

Excluye por tanto la ley del ámbito de la dación exenta a los acreedores hipotecarios que sean personas físicas y también a los que siendo personas jurídicas no tengan entre su objeto social, título legitimador de su actividad, la de concesión de créditos. De este modo los créditos hipotecarios entre particulares o los supuestos en los que una sociedad que no se dedica a la intermediación financiera acepta una hipoteca en garantía del pago de una obligación están excluidos del ámbito de las daciones exentas.

Ahora bien, así como la mención a entidades de crédito nos conduce a la normativa bancaria y por tanto a las sociedades que estén autorizadas para la realización de dicha actividad por el Banco Central Europeo ⁽⁴¹⁾ la mención de las entidades “que se

(41) “La autorización para crear entidades de crédito en España corresponde al Banco Central Europeo desde el 1 de noviembre de 2014, siendo toda la documentación recabada por el Banco de España quien la eleva a dicho organismo. Para otorgar la autorización se tienen en cuenta una serie de requisitos relacionados con la solvencia de la nueva entidad, la idoneidad de sus accionistas y altos cargos, la profesionalidad de estos últimos y la existencia de una buena organización administrativa y contable así como procedimientos de control interno adecuados. Una vez obtenida la autorización y tras su constitución e inscripción en el Registro Mercantil, las entidades de crédito deben inscribirse en el Registro de Entidades e inscribir a sus consejeros, directores generales o asimilados en el Registro de Altos Cargos, ambos en el Banco de España. La normativa comunitaria que regula el ejercicio de la actividad bancaria consagra el principio de licencia única y de supervisión por el país de origen, de modo que todas las entidades de crédito autorizadas en un Estado miembro de la Unión Europea (UE) disponen de lo que se denomina el “pasaporte comunitario”. No obstante, las entidades de crédito de otros Estados miembros que quieren operar en España, ya sea mediante una sucursal ya sin ella, deben inscribirse en el Registro del Banco de España”. (www.bde.es/bde/es/areas/supervision/normativa/regulacion/Regimen)

La exención por dación en pago....

dediquen profesionalmente a esta actividad” ¿debe interpretarse en el mismo sentido o basta con que una entidad mercantil tenga en su objeto social incorporada como posible actividad la de concesión de préstamos o créditos de naturaleza hipotecaria?

La mención al carácter profesional de la actividad de otorgamiento de créditos o préstamos hipotecarios ha de ser interpretada en sentido técnico, pues en otro caso no tendría sentido la mención a la profesionalidad. Hemos por tanto de acudir a la Ley 2/1981, de 25 de marzo, del Mercado Hipotecario, en cuyo artículo 2 se indica que podrán otorgar préstamos y créditos hipotecarios, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, no solo los bancos, entidades oficiales de crédito y cajas de ahorro sino también las cooperativas de crédito y los establecimientos financieros de crédito.

El artículo 21 de la misma ley indica que sin perjuicio de las atribuciones del Banco de España y de las competencias de otros órganos de la Administración en sus respectivas materias, corresponderá al Ministerio de Economía y Comercio el control e inspección de la aplicación de las normas de esta Ley, especialmente en lo que se refiere a la constitución y funcionamiento de las Sociedades de crédito hipotecario.

Así por tanto, no basta con que una sociedad mercantil pueda indicar en su objeto social la posibilidad de conceder préstamos hipotecarios o admitirlos como garantía de cualquier negocio. La entidad habrá de reunir los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria y administrativa para poder ser considerada “profesional” en este ámbito si pretende que las daciones otorgadas a su favor se consideren exentas del IIVTNU.

En tales términos la expresión “entidades de crédito o cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios” cobra pleno sentido pues las sociedades de crédito hipotecario son entidades financieras que pueden conceder préstamos hipotecarios pero no son entidades bancarias o de depósito que puedan captar pasivo del público, es decir, son entidades financieras de crédito pero no entidades bancarias ⁽⁴²⁾. Las daciones efectuadas

a favor de unas y otras estarían exentas, en los términos de la LHL, pero no las realizadas a favor de entidades que carecieran de los oportunos permisos administrativos para ejercer la actividad crediticia o, como ya se ha indicado, que puntualmente pudieran haber otorgado un préstamo hipotecario. De la misma forma no estarían exentas las daciones en cuya virtud se devolviera a una constructora un inmueble que previamente esta vendió, aunque fuera por la imposibilidad de su pago. Si podrían estarlo las otorgadas por entidades de promoción inmobiliaria siempre que también reunieran la condición de entidad financiera de crédito.

Dentro de los supuestos de posibles cesionarios es preciso hacer referencia a las sociedades de gestión de activos creadas por las entidades bancarias al amparo y orden de la Ley de Saneamiento y Venta de los Activos Inmobiliarios del Sector Financiero 8/2012, de 30 octubre, a las que se ha hecho referencia al citar la Consulta de la Dirección General de Tributos V0324-15 (ver epígrafe de este trabajo “negocios no susceptibles de considerarse dación”).

La indicada Ley 8/2012 dispuso en su artículo 3 que los activos inmobiliarios adjudicados o recibidos en pago de deudas a los que se refería el artículo 1.1 del Real Decreto-Ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero (que incluía expresamente los de deudas relacionadas con el suelo para promoción inmobiliaria y con las construcciones o promociones inmobiliarias) debían ser aportados por las entidades de crédito a una sociedad anónima. Tales sociedades se registrarían por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto-Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y su “objeto social exclusivo” sería “la administración y enajenación, ya sea de forma directa o indirecta, de los activos aportados a la misma”.

Pues bien, las daciones efectuadas a favor de estas entidades o de las que hubiesen sido creadas al amparo de la normativa de saneamiento bancario o de la Ley núm. 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito deben ser consideradas como efectuadas a favor de las entidades financieras de las que son instrumento personificado ⁽⁴³⁾.

(42) Purificación Cremades García y Ainoa Iriarte Ibarquien, en <http://www.expansion.com/diccionario-economico/sociedad-de-credito-hipotecario.html>

(43) Así por ejemplo Building Center respecto de La Caixa o Intermobiliaria respecto de Bankinter.

La integración e interpretación sistemática de la regulación bancaria que ha ordenado el saneamiento de determinados activos inmobiliarios de las entidades financieras con la regulación que para la exención en pago ha incorporado el TRLRHL permite concluir que ha de levantarse el velo en aquellas daciones realizadas por deudores hipotecarios a favor de este tipo de entidades pues de otro modo ni se cumpliría el objetivo de proteger a los deudores que pierden su residencia habitual ni a las entidades financieras cuando posteriormente vendan, siendo así que es el propio legislador el que ha querido que los activos inmobiliarios tóxicos acaben en manos de las citadas sociedades de gestión.

Este levantamiento del velo no niega la consideración básica de que son daciones exentas las realizadas entre los deudores hipotecarios y sus acreedores, al revés, lo reafirma en la consideración de que las daciones realizadas a las sociedades de gestión de activos son daciones efectuadas a las entidades financieras que hay tras ellas, respecto de las cuales dichas sociedades de gestión no son sino meros instrumentos personificados de constitución obligatoria en virtud de mandato legal.

2.5 Solvencia: problemática, presunción y posibilidad de investigación

Para tener derecho a la exención exige el TRLRHL que el deudor o garante transmitente o cualquier otro miembro de su unidad familiar no disponga, en el momento de poder evitar la enajenación de la vivienda, de otros bienes o derechos en cuantía suficiente para satisfacer la totalidad de la deuda hipotecaria. Indica la norma que se presumirá el cumplimiento de este requisito pero que si con posterioridad se comprobara lo contrario, se procederá a girar la liquidación tributaria correspondiente.

Esta presunción "iuris tantum", que admite por ello prueba en contrario, puede considerarse un instrumento facilitador de la gestión del otorgamiento o reconocimiento de las exenciones en cuanto exonera al interesado de la obligación de acreditar su situación económica ante la Hacienda local al solicitar su

aplicación. La Administración municipal puede a su vez excusarse de su investigación en la medida en que la presunción establecida por la ley se lo permite. Sin embargo, plantea numerosos problemas interpretativos a poco que la Administración municipal considere oportuno investigar los casos que por alguna razón le planteen dudas.

En primer lugar se suscita lo más obvio ¿en qué circunstancias podría la Administración investigar la solvencia del cedente de un inmueble? En cualquier régimen de gestión tributaria local actual, en la que se exige la presentación de autoliquidaciones, la comprobación de todas ellas es una labor difícil de conseguir y que se limita a la propia autoliquidación, haciendo muy arduo el control de los elementos tributarios ajenos a la misma, sin perjuicio de la labor investigadora de la Inspección Tributaria en casos concretos ⁽⁴⁴⁾. Si los medios de las Administraciones Tributarias locales ya suelen ser escasos pretender que se compruebe la solvencia en casos de dación es poco más o menos que imposible.

Admitamos sin embargo que deben analizarse los supuestos que presenten indicios significativos de solvencia. La Ley no dispone cuales sean estos y las Administraciones locales no tienen acceso por sí mismas a los datos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas cedentes o a los de otros tributos representativos de la capacidad económica global del sujeto pasivo. Como mucho podrán investigar por sí mismos qué otros impuestos de bienes inmuebles abonan en el término municipal. En otro caso habrán de requerir al interesado o solicitar ayuda ⁽⁴⁵⁾.

Algunos indicios pueden orientar su actuación como por ejemplo el importe de las hipotecas cuya ejecución se efectúa o cuya compensación mediante la dación se pretende. Es razonable considerar que si el inmueble cedido tiene por objeto resolver una deuda hipotecaria de un millón de euros la solvencia del sujeto debió ser muy elevada cuando consiguió del banco o entidad financiera semejante crédito y por tanto es lógico que la Hacienda local investigue si tal solvencia ha desaparecido hasta el punto de precisar de la dación de la residencia habitual.

(44) "Corresponde a la Inspección de los Tributos verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para la concesión o disfrute de cualesquiera beneficios tributarios, desgravaciones o restituciones fiscales...para facilitar el ejercicio de esta función los sujetos pasivos deberán aportar a la Inspección cuantos documentos o antecedentes sean precisos para probar los hechos y circunstancias consignados en sus declaraciones incluida la correcta aplicación de cualesquiera deducciones, exenciones y otros beneficios fiscales", Pedro Herrera Molina, "La exención Tributaria", Editorial Colex, 1990, página 321.

(45) No parece nada probable que los ayuntamientos medianos y pequeños vayan a poder entretenerse, dada la escasez cuando no inexistencia de medios humanos que pueden destinar a la Inspección Tributaria, a investigar estos supuestos o a solicitar de la AEAT la información precisa para averiguar si existe solvencia en aquellos que han tenido que entregar su domicilio mediante dación en pago a sus acreedores.

La exención por dación en pago....

Para estos casos será lógico exigir criterios uniformes ⁽⁴⁶⁾ en cuya virtud los supuestos que se analicen obedezcan a las mismas pautas ⁽⁴⁷⁾. De este modo se evitaran discriminaciones en la investigación patrimonial de los interesados. La ley tampoco indica nada sobre este particular, simplemente que de comprobarse la solvencia del sujeto se le podrá requerir el pago del tributo.

Dado que normalmente se habrá de requerir del interesado la presentación de documentos como la declaración del IRPF o del impuesto de Patrimonio, en su caso, ¿si no lo presenta puede eso considerarse prueba de que su situación financiera estaba lo suficientemente saneada como para evitar la dación o ejecución? Parece lógico considerar que es una prueba razonable en la medida en que concorra con otros elementos probatorios pero no por sí misma. En el ejemplo citado puede entenderse que el deudor de un crédito de un millón de euros que niega la información de sus impuestos de renta y patrimonio pretende ocultar su situación real a la Hacienda local, en cuyo caso debería negársele la exención. De análoga forma podría actuarse con quien tiene varios inmuebles en el término municipal (a través del IBI) o paga otros impuestos locales de los que puede deducirse su capacidad económica (IVTM de automóviles de gran lujo). Sin embargo, la mera negativa a facilitar la información ante un supuesto en el que no hubiera ningún otro dato significativo no parece elemento suficiente para desvirtuar la presunción legal.

En cuanto a la referencia a que ni el deudor, ni el garante ni los miembros de su unidad familiar tengan en el momento de poder evitar la enajenación de la vivienda otros bienes o derechos en cuantía suficiente para satisfacer la totalidad de la deuda hipotecaria cabe decir que, por una parte, aclara el momento en que debe considerarse la solvencia, pero por otra introduce un elemento de consideración casi imposible.

En relación al elemento temporal deja claro que la solvencia o insolvencia sobrevenida posterior al momento de la dación es indiferente ⁽⁴⁸⁾, lo que resulta lógico en la medida en que no se hayan producido grandes variaciones en la situación del sujeto pasivo. ¿Y si le ha tocado la lotería semanas después de haber tenido que entregar el inmueble? Estará igualmente exento, pues al fin y al cabo el tributo es de devengo instantáneo y no sucesivo ni periódico, de modo que la foto que lo determina es la realizada al momento de la dación. Lo mismo ocurre cuando se efectúan deducciones tributarias, se perciben subvenciones o se solicitan devoluciones. La situación que las justifica y ampara genera un derecho que nace en un momento determinado con arreglo a las circunstancias que en ese instante concurren y, salvo previsión legal en contrario, se disfrutan sin perjuicio de que la situación posteriormente cambie.

Lo que es casi imposible en condiciones normales es considerar cuándo los bienes del interesado o los miembros de su unidad familiar han de entenderse suficientes para evitar la enajenación. Es cierto que si la investigación patrimonial muestra que una cuenta corriente tenía una gran suma de dinero o que el patrimonio del interesado era realmente elevado se podrá concluir que pudo evitar la dación pero ¿es lógico y ajustado a un elemental principio de seguridad jurídica dejar la exención al arbitrio de una interpretación subjetiva de la suficiencia de medios del sujeto pasivo y los miembros de su unidad familiar? Por poner varios ejemplos: ¿obligamos al sujeto pasivo a vender sus vehículos y algún que otro bien para ver si obtiene lo suficiente? ¿Si tiene tierras en el pueblo que las venda a ver si llega para pagar la hipoteca?; en el caso de un matrimonio en régimen de separación de bienes la posibilidad de que el cónyuge que no es sujeto pasivo tenga algún bien que parezca suficiente ¿excluye la

(46) Una buena opción aunque no la única sería la de establecerlos en el Plan de Inspección al que se refiere la LGT y el artículo 170 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria, instrumento de planificación de las estrategias y objetivos generales de las actuaciones inspectoras en el que se deben concretar los planes, programas y sectores económicos, áreas de actividad, operaciones y supuestos de hecho, relaciones jurídico-tributarias u otros, en los que los órganos de inspección deberán desarrollar su actividad. En todo caso y como indica el epígrafe 8 de dicho artículo la determinación por el órgano competente para liquidar de los obligados tributarios que vayan a ser objeto de comprobación en ejecución del correspondiente plan de inspección tiene el carácter de acto de mero trámite y no será susceptible de recurso o reclamación económico-administrativa. Para la determinación de los obligados tributarios que vayan a ser objeto de comprobación se podrán tener en cuenta las propuestas formuladas por los órganos con funciones en la aplicación de los tributos.

(47) Las Estadísticas inmobiliarias del Consejo General del Notariado ofrece muy interesante información al respecto. Por ejemplo que la cuantía promedio de los préstamos para la adquisición de viviendas ascendió en 2015 a 122.993 euros (un 0,1% más que en septiembre de 2014).

(48) En este mismo sentido se manifiesta El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Sección Consultas, LA LEY 1543/2014, "el hecho de que con posterioridad al momento de la enajenación, el deudor disponga de otros bienes y derechos, no obsta para que tener derecho a la exención".

exención para el que es sujeto pasivo y no lo tiene?; en caso de varios copropietarios que residen juntos sin vínculos legales concretos y sin constituir unidad familiar ⁽⁴⁹⁾ ¿la solvencia de uno arrastra la insolvencia de otros?

El Real Decreto-ley núm. 6/2012, de 9 de marzo, de Medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos al definir el umbral de exclusión enumera de manera precisa y prolija hasta la extenuación los requisitos que han de concurrir para considerar a un deudor ubicado en tal umbral así como el modo de acreditarlo ⁽⁵⁰⁾. De la redacción de dicho precepto, que se acompaña a pie de página, se observa como el legislador ha pasado de un extremo a otro. En el Real Decreto-ley se pone realmente difícil al deudor acreditar que se encuentra en el umbral de exclusión mientras que en el TRLRHL se presume su insolvencia, poniéndose francamente complicado a la Hacienda local averiguar si no lo está.

No parece desde luego que los sujetos exentos según la Ley de Haciendas locales sean los situados en el umbral de exclusión, pues la redacción del artículo 105 ni se refiere a aquellos ni configura sus requisitos como el Real Decreto, y contiene por otra parte unas amplias presunciones que desvirtúan por completo lo que en aquel se exige.

La mención a la falta de recursos del TRLRHL ha de interpretarse pues como un requisito que hubiera

podido configurarse de modo técnico, sin necesidad de llegar a la exageración del RDL 6/2012, pero finalmente se queda en instrumento preventivo de enfoque político cuya utilidad se reduce a los supuestos en los que una gran fortuna o un contribuyente de solvencia indubitada pretenda utilizar la exención para ahorrarse un impuesto local aparentando una dación por necesidad en donde esta no exista, lo que por otra parte debe ser ostensible o el Ayuntamiento tampoco podrá descubrir.

2.6 Domicilio y padrón de habitantes

Dispone la ley que a los efectos de la exención se considerará vivienda habitual aquella en la que haya figurado empadronado el contribuyente de forma ininterrumpida durante, al menos, los dos años anteriores a la transmisión o desde el momento de la adquisición si dicho plazo fuese inferior.

Este precepto establece otra presunción "iuris tantum", que es útil en la medida en que al venir establecida en la ley permite evitar algunos de los problemas que se suscitan en torno a la identificación de la vivienda habitual en el IRPF ⁽⁵¹⁾, en cuya normativa no se contiene una presunción similar. Como presunción que admite prueba en contrario el sujeto pasivo puede demostrar que ha residido de manera habitual en el inmueble aunque no figure empadronado, en cuyo caso debería reconocerse la exención del IIVTNU. De la misma manera, si no

(49) Supuesto extrañamente frecuente en la realidad de los inmigrantes hispanoamericanos por razones de inversión. Les resultaba mejor comprar entre varios un piso para vivir repartiéndose las habitaciones que pagar varios alquileres de habitaciones en distintos lugares, máxime cuando lo que se precisaba era poco espacio para personas que venían a trabajar sin familia.

(50) La definición del umbral de exclusión, contenida en el artículo 3.a) del RDL 6/2012, es francamente exigente. Simplemente una enumeración de algunos de los requisitos es ilustrativa: "que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples anual de catorce pagas. A estos efectos se entenderá por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar..."; "que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, o hayan sobrevenido en dicho período circunstancias familiares de especial vulnerabilidad. A estos efectos se entenderá que se ha producido una alteración significativa de las circunstancias económicas cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5; salvo que la entidad acredite que la carga hipotecaria en el momento de la concesión del préstamo era igual o superior a la carga hipotecaria en el momento de la solicitud de la aplicación del Código de Buenas Prácticas..."; que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. Dicho porcentaje será del 40 por cien cuando...; que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda. b) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor o deudores y concedido para la adquisición de la misma. c) Que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías, reales o personales o, en el caso de existir estas últimas, que carezca de otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda. d) En el caso de que existan codeudores que no formen parte de la unidad familiar, deberán estar incluidos en las circunstancias a), b) y c) anteriores; la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el apartado 1 se acreditará por el deudor ante la entidad acreedora mediante la presentación de los siguientes documentos..."; y más, mucho más.

(51) Por esta razón en Consultas Vinculantes como la V1981-15, de 25 de junio de 2015, de la Subdirección General del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se afirma que si un contribuyente entiende que un inmueble tiene la consideración de vivienda habitual, para hacer valer el derecho a la deducción deberá poder acreditar los hechos constitutivos del mismo por cualquier medio de prueba válida en derecho, correspondiendo su valoración a los órganos de gestión de inspección de la AEAT, a su requerimiento, señalando que "el simple empadronamiento no constituye, por sí mismo, elemento suficiente de acreditación de residencia y vivienda habitual en una determinada localidad, como tampoco, si fuese el caso, lo es el hecho de darse de alta en el IAE o trasladar el domicilio fiscal a lugar determinado".

La exención por dación en pago....

ha residido y así lo acredita la Hacienda local debería negársele aunque figure en el padrón.

Es frecuente el caso de quien cambia de lugar de residencia y no se empadrona en el nuevo domicilio hasta un tiempo después y muy frecuente el de quien dentro de una misma localidad cambia de casa y no se empadrona en la nueva hasta que lo necesita, tal vez mucho más adelante. Hay supuestos en los que por conveniencia no se cambia el empadronamiento; es clásico el de quien no lo hace por obtener plaza para sus hijos en un determinado colegio público o concertado, o a la inversa, el de quien se empadrona intencionadamente en casa de un amigo o familiar para obtener mayor puntuación en caso de que esta sea precisa para escolarizar al hijo en un centro educativo concreto.

Un ejemplo del que se observan supuestos muy ilustrativos y del que ya se ha hablado es aquel en el que el sujeto pasivo consta empadronado en el inmueble pero al formalizar ante notario la dación, tras el epígrafe correspondiente a las cargas de la casa, especifica que lleva arrendada cierto tiempo a un tercero totalmente ajeno a la propia dación y a la deuda que pretende solventarse. Esta declaración se efectúa a los efectos de proteger los derechos del arrendatario ⁽⁵²⁾, para que el cesionario conozca el estado del inmueble y su obligación de soportar el contrato de arrendamiento mientras dure.

Ahora bien, en tal declaración el cedente está reconociendo que el inmueble era utilizado por otro y por tanto no era su residencia habitual. No se trata por tanto de un subarriendo parcial de, por ejemplo, una habitación, sino de un alquiler del inmueble que priva al propietario de la utilización directa del objeto que pasa a ser exclusiva y excluyente del arrendatario. Por tanto, en la declaración de que el inmueble está arrendado se encuentra implícita la falta de concurrencia de uno de los requisitos de la exención. Esta declaración desvirtúa la presunción legal derivada de un posible empadronamiento.

En sentido inverso si el sujeto no está empadronado pero acredita mediante los oportunos medios

de prueba que residía allí de modo habitual debería admitirse la procedencia de la exención. En este caso es el interesado el que debe desvirtuar la presunción por lo que no es suficiente con que la niegue, tiene que demostrarla, por ejemplo aportando correo dirigido a su nombre y dirección, facturas, domiciliaciones, declaración de domicilio fiscal o cualquier otra prueba que pueda considerarse veraz y significativa.

La vinculación del carácter de residencia habitual del inmueble con la exención suscita un grave problema en el supuesto de los matrimonios que se han roto en el intervalo comprendido entre la adquisición del inmueble con su carga hipotecaria y su dación. Existe entonces una pluralidad de propietarios pero no todos cumplen el requisito de habitar el mismo inmueble, el que pretende transmitirse para pagar la deuda. No es una opción plausible la de exigir en tal caso que se deba residir en el mismo domicilio, sería una exigencia ridícula pues la dinámica derivada de la crisis conyugal impone su fuerza sobre un aspecto patrimonial que es secundario respecto al personal.

El supuesto de los divorciados o separados se aprecia con facilidad a la vista del padrón y de la escritura pública, pues en el registro administrativo consta que personas que residieron un tiempo juntas pasan a hacerlo por separado. En escritura el notario refleja el estado civil y a veces la declaración de alguna de las partes que niega el carácter de domicilio conyugal del inmueble, a efectos de evitar las restricciones civiles que de otro modo podrían afectar a la validez de la transmisión ⁽⁵³⁾.

Estos casos son fácilmente comprensibles pero hay otros en los que también se observa la existencia de más de un propietario del inmueble, sin que todos residan en el mismo al momento de la dación. Por ejemplo los derivados de herencias o de simples inversiones conjuntas en las que no es posible conocer por el padrón o la escritura la causa por la que alguno ha dejado de residir en el inmueble aunque tal circunstancia se ha producido.

Que el TRLRHL no contemple, como si hace por

(52) A estos efectos el artículo 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994, de 24 de noviembre establece que el adquirente de una finca inscrita en el Registro de la Propiedad, arrendada como vivienda en todo o en parte, que reúna los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador si el arrendamiento se hallase inscrito con anterioridad a la transmisión de la finca. Esta inscripción también se consigue al dejar constancia en el título transmisivo de la existencia del arrendamiento. Además, al dejar constancia en el acuerdo y admitirlo el adquirente también está mostrando su conformidad.

(53) El artículo 1320 del Código Civil establece que "para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno sólo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe".

ejemplo la ley del IRPF, situaciones en las que se ha debido abandonar el inmueble de modo justificado ⁽⁵⁴⁾ (por motivos de ruptura matrimonial, laborales o de otro tipo) genera un grave problema para la aplicación de la exención en estos casos ⁽⁵⁵⁾.

Este problema se complica aún más cuando se traslada al ámbito de las devoluciones de liquidaciones pagadas en el pasado, puesto que si el impuesto lo abonó el sujeto en quien concurrían todos los requisitos de la exención este tendría derecho a su íntegra devolución y habría que solicitar su parte al otro u otros que no las reunían, mientras que si quien lo ingresó fue el no exento la devolución de la parte del exento solo podría hacerse a este aunque formalmente (y puede que en todos los sentidos) no fue el que lo pagó.

2.7 Carácter habitual: tiempo de residencia

Exige además la ley que el sujeto pasivo haya figurado empadronado “de forma ininterrumpida durante, al menos, los dos años anteriores a la transmisión o desde el momento de la adquisición si dicho plazo fuese inferior a los dos años”.

El Texto Refundido es categórico en este punto al exigir un plazo sin excepciones, sin embargo, como ya se comentó, una interpretación rígida de este requisito limitará ampliamente el reconocimiento de la exención siendo precisamente las personas en situación económica y social delicada las que más frecuentemente lo incumplirán por razones laborales y familiares. Exigir que se resida en el inmueble cedido hasta el mismo momento de la dación o de la ejecución perjudicará también sin razón que lo justifique a aquellos que hayan abandonado la vivienda unos días o semanas antes simplemente para ahorrarse el mal trago del desahucio o por otros motivos comprensibles. Es frecuente igualmente observar cedentes que han residido mucho más de dos años en el inmueble en periodos de varios años pero con interrupciones. En supuestos de pluralidad de propietarios alguno de ellos ha podido dejar de residir en la vivienda un tiempo antes de la dación o ejecución mientras otros han continuado, como en el ya citado caso de las crisis conyugales.

Si en los casos anteriores el sujeto pasivo ha sido diligente y ha cumplido escrupulosamente con sus obligaciones de empadronamiento comunicando de forma rápida sus cambios de domicilio se verá perjudicado frente a quien, no haciéndolo, continúa formalmente empadronado en la vivienda incluso tiempo después de haberla perdido.

Es por tanto preciso interpretar este requisito a la luz de lo indicado en otras disposiciones normativas y considerar que el periodo de dos años no debe ser exigido de modo inmediato y anterior a la dación o ejecución, admitiendo interrupciones.

El legislador local en su urgencia no contempló previsiones a estos efectos. Bien hubiera podido establecer, por ejemplo, un plazo de dos años de residencia con o sin continuidad en el periodo de los tres o cuatro anteriores a la transmisión, solventando así los inconvenientes expuestos. Del mismo modo hubiera podido admitir cierto tipo de interrupciones justificadas, pero tampoco lo ha hecho. De este modo queda al arbitrio de cada Hacienda local el aplicar de forma rígida el mandato legal y excluir de la exención sin causa de fondo que lo justifique a aquellos a los que, por ejemplo, les hubiera surgido una oportunidad laboral que implicase cambio de domicilio (aunque fuera poco tiempo) o a aquellos que hubieran osado separarse o divorciarse por más que terminen teniendo que entregar su vivienda en dación. Parece sin embargo más acorde a la intención del legislador y a la voluntad de la ley arbitrar ciertos plazos prudenciales en los cuales no se pierda el derecho a la exención.

Estos plazos quedan a criterio de cada Administración local con el evidente perjuicio para la seguridad jurídica que ello representa entre vecinos de distintas localidades, a los que seguramente no se les aplicarán los mismos criterios, poniéndose de nuevo de relieve la defectuosa redacción legal del precepto que ha introducido la exención.

Para mayor demostración de la absurda redacción legal cabe apuntar que el plazo general de dos años puede ser menor si se computa desde que se adquirió la vivienda, así se indica al afirmar “de forma ininterrumpida durante, al menos, los dos años anteriores a la transmisión o desde el momento de la adquisición

(54) Así lo indica la Disposición adicional vigésima tercera de la Ley del IRPF 35/2006 al afirmar que “a los efectos previstos en los artículos 7.1), 33.4.b), y 38 de esta Ley se considerará vivienda habitual aquella en la que el contribuyente resida durante un plazo continuado de tres años. No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo aquel carácter cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, concurren circunstancias que necesariamente exijan el cambio de vivienda, tales como celebración de matrimonio, separación matrimonial, traslado laboral, obtención de primer empleo o de empleo más ventajoso u otras análogas”.

(55) Como pone de relieve Pablo Montserrat Cao, cuyas observaciones sobre esta materia agradece el autor.

La exención por dación en pago....

si dicho plazo fuese inferior a los dos años". Es decir, si se adquiere la vivienda y en menos de dos años se entrega en dación no hay plazo previo.

Cabe afirmar para empezar que salvo en el municipio de Barcelona ⁽⁵⁶⁾ en el resto del Estado no se paga plusvalía municipal por periodos inferiores al año de modo que si el que adquiere entrega en dación en menos de ese plazo no es que se encuentre exento es que no tiene que pagar el impuesto. Por otra parte no se advierte que razón impulsa al legislador a otorgar la exención a quien reside un año en la vivienda que acaba de comprar y advirtiendo que no va a poder pagarla opta por entregarla en uno o dos meses a la entidad acreedora y se la niega a quien habiendo residido por ejemplo tres, cuatro o más años en la misma no lo ha hecho en los tres o cuatro meses anteriores a la dación o ejecución.

De la misma forma en los casos de pluralidad de propietarios a los que se ha hecho reiterada referencia puede ocurrir que alguno haya residido los dos años ininterrumpidos y otro con interrupción. Concurrirían igualmente dos años de residencia pero según el tenor literal de la ley no se hubieran cumplido todos los requisitos de la exención.

En cuanto a si el periodo de residencia ha de ir acompañado de la titularidad del inmueble o es posible que se complete con periodos en los que se residía en el mismo pero no se era titular, como en el supuesto de arrendatarios o herederos, cabe afirmar que el TRLRHL debe ser interpretado en el sentido de que la titularidad ha de concurrir al momento de la dación pero no tiene por que hacerlo previamente. De otro modo no tendría sentido el inciso "o desde el momento de la adquisición si dicho plazo fuese inferior a los dos años", con el cual los que adquieren y consecutivamente entrar a residir no precisan de dos años ⁽⁵⁷⁾. El mismo argumento resolvería la pregunta de si es preciso ser el titular

del dominio todo el tiempo o basta con serlo al momento de la dación, como en el caso de quien se separa o divorcia y adquiere el resto del inmueble del que era cotitular con su cónyuge poco antes de entregarlo en dación, cónyuge que durante cierto tiempo solo fue titular de la mitad del mismo.

3. CONCLUSIONES

La exención por dación en pago introducida en el TRLRHL tiene una redacción deficiente aunque resulta un indudable avance en el tratamiento fiscal de las situaciones que planteadas por la crisis económica afectan a aquellos que se ha visto desahuciados o que encontrándose en trance de serlo entregaron sus inmuebles de residencia a las entidades crediticias que les financiaron. Es indudable que también se ha pretendido al utilizar el instrumento técnico de la exención, y no otro, beneficiar a las entidades financieras que asuman las daciones.

Ahora bien, una redacción apresurada y carente de rigor técnico puede provocar que existan ayuntamientos que reduzcan al mínimo la aplicación de este beneficio fiscal, simplemente exigiendo al pie de la letra lo que dice la ley. Que el TRLRHL no contemple compensación alguna a cargo del Estado por las exenciones excluyendo la aplicación de su artículo 9 no favorece precisamente su reconocimiento.

Hubiera sido deseable un tratamiento más preciso de la exención. Como ha indicado en varias ocasiones el Tribunal Constitucional ⁽⁵⁸⁾ la reserva de ley tributaria en relación a las Haciendas locales tiene también por finalidad preservar la unidad del ordenamiento y una básica igualdad de posición de los contribuyentes en todo el territorio español y desde luego eso no es posible, o al menos queda enormemente dificultado si el legislador renuncia a ese esfuerzo de precisión técnica.

(56) Puesto que la Ley 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el Régimen Especial del municipio de Barcelona, dispone en su artículo 51 que "en los hechos imponibles de este tributo cuyo periodo de generación sea inferior al año, a excepción de las transmisiones gratuitas por causa de muerte, la base imponible se hallará aplicando al valor del terreno en el momento del devengo, derivado de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 107 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, el porcentaje de incremento que establezca la Ordenanza fiscal, sin superar el límite del 5 por ciento anual. El porcentaje anual de incremento que apruebe la Ordenanza fiscal se aplicará en función de los meses completos durante los cuales se haya generado el incremento gravado".

(57) En este mismo sentido se manifiesta el Tribunal Económico Administrativo Central en su resolución dictada en unificación de doctrina 06331/2013/00/00, de 10 de septiembre de 2015, referida a los beneficios aplicables a la vivienda habitual en el IRPF. Aunque dicho órgano administrativo no tenga competencias sobre las liquidaciones tributarias locales de este impuesto sus argumentos son, por su carácter, trasladables al IIVTNU.

(58) Puesto de relieve en sentencias como la 233/1999, de 13 de diciembre, dictada en relación a la Ley de Haciendas Locales 39/1988, cuando manifiesta que "como dijimos en la STC 19/1987, aunque los Acuerdos aprobados por el Pleno de la Corporación municipal cumplen la exigencias de auto disposición en el establecimiento de los deberes tributarios que latan en la reserva de ley tributaria, «es claro que la reserva legal en esta materia existe también al servicio de otros principios, la preservación de la unidad del ordenamiento y de una básica igualdad de posición de los contribuyentes...".