

# DOCUMENTOS DE TRABAJO

4/2019

## LA FISCALIDAD DEL LEASING INMOBILIARIO EN EL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO

JUAN CALVO VÉRGEZ

Profesor titular (acreditado para catedrático) de Derecho Financiero y Tributario

Universidad de Extremadura



## ÍNDICE

### Abreviaturas

1. INTRODUCCIÓN. CONCEPTO DE *LEASING*. NECESARIA DISTINCIÓN ENTRE *LEASING* FINANCIERO Y *LEASING* OPERATIVO
2. CRITERIOS CLARIFICADORES PARA DETERMINAR LA SUJECCIÓN DEL *LEASING* INMOBILIARIO AL IVA O A LA MODALIDAD DE TRANSMISIONES PATRIMONIALES ONEROSAS DEL ITPyAJD
  - 2.1. Aplicación de la regla general: la sujeción del leasing inmobiliario al IVA
    - 2.1.1. Ejercicio anticipado de la opción de compra en un arrendamiento inmobiliario: su consideración como segunda transmisión a efectos de IVA
  - 2.2. Exenciones previstas en la normativa del IVA susceptibles de poder ser aplicadas a los contratos de leasing
    - 2.2.1. La exención de las operaciones financieras
    - 2.2.2. Las exenciones de las operaciones inmobiliarias
      - 2.2.2.1. Supuestos en los que la operación tiene la consideración de prestación de servicios
      - 2.2.2.2. Supuestos en los que la operación tiene la consideración de entrega de bienes
3. PRINCIPALES CUESTIONES CONFLICTIVAS ACTUALES DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DEL IVA A LOS CONTRATOS DE *LEASING*
  - 3.1. El contrato de *leasing* y el hecho imponible del IVA
    - 3.1.1. La doble consideración de la operación como prestación de servicios y entrega de bienes
    - 3.1.2. Análisis específico de los contratos de *lease-back*
  - 3.2. La determinación del lugar de realización de los contratos de leasing
    - 3.2.1. Supuestos en los que la operación tiene la consideración de entrega de bienes
    - 3.2.2. Supuestos en los que la operación tiene la consideración de prestación de servicios
  - 3.3. Concreción del devengo del impuesto
    - 3.3.1. Período en el que el contrato tiene la consideración de prestación de servicios
    - 3.3.2. Período en el que el contrato tiene la consideración de entrega de bienes
  - 3.4. Conceptos incluidos y excluidos de la base imponible. especial referencia a la carga financiera
  - 3.5. Tipo impositivo aplicable.
4. REFLEXIONES CRÍTICAS FINALES

### BIBLIOGRAFÍA

## ABREVIATURAS

AJD	Actos Jurídicos Documentados
CC	Código Civil
DGT	Dirección General de Tributos
Disp. Adic	Disposición Adicional
IAE	Impuesto sobre Actividades Económicas
IS	Impuesto sobre Sociedades
ISD	Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
ITPyAJD	Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
LIS	Ley del Impuesto sobre Sociedades
LIVA	Ley reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido
NIC	Norma Internacional de Contabilidad
NIIF	Norma Internacional de Información Financiera
Ob. cit	Obra citada
Pág (s)	Página (s)
RITPyAJD	Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
SOCIMI	Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario
TEAC	Tribunal Económico-Administrativo Central
TPO	Transmisiones Patrimoniales Onerosas
TS	Tribunal Supremo
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

## 1. INTRODUCCIÓN. CONCEPTO DE LEASING. NECESARIA DISTINCIÓN ENTRE LEASING FINANCIERO Y LEASING OPERATIVO

Dispone como es sabido el art. 135.1, letras b) a g) de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) la exención de determinadas operaciones financieras, dentro de las cuales no se encuentra incluida el arrendamiento financiero o *leasing*, constituyendo en consecuencia una operación sujeta y no exenta.

Por su parte califica el apartado primero de la Disposición Adicional Séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, como operaciones de *leasing* o de arrendamiento financiero “Aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas a que se refiere el número 2 de esta Disposición”. Se añade asimismo en el citado apartado que “Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del usuario”. Y, en el supuesto de que el usuario no llegase a adquirir la propiedad del bien, el arrendador podría cederlo a un nuevo usuario, sin que lo anteriormente señalado pudiera estimarse vulnerado por la circunstancia de no haber adquirido el bien de acuerdo con las especificaciones de dicho nuevo usuario.

De la definición anteriormente indicada cabe resaltar la concurrencia de los siguientes caracteres. En primer lugar, nos hallamos ante un contrato consensual, bilateral, sinalagmático y oneroso por el que una de las partes se compromete a adquirir un bien y ceder su uso a la otra a cambio del pago de una cuota periódica, adquiriendo así el cedente el bien siguiendo las instrucciones del futuro usuario.

En efecto el contrato de *leasing* constituye un contrato singular, esto es, atípico, por el cual el arrendador cede al arrendatario, mediante precio y por un tiempo fijado en el contrato, el dominio de unos bienes muebles o inmuebles adquiridos, o que habrán de ser adquiridos con posterioridad exclusivamente para el fin de la operación. En el transcurso del contrato el arrendatario puede dejar de pagar las cuotas del arrendamiento y devolver al arrendador el bien objeto del mismo, sin ulteriores consecuencias.

La singularidad del contrato de arrendamiento-venta se concreta en el pacto opcional, mediante el cual, al cumplirse el tiempo de duración del mismo, el arrendatario tiene tres opciones: devolver el bien al arrendador; convenir un nuevo contrato de arrendamiento con el arrendador; y adquirir la plena propiedad del bien, mediante pago de un valor llamado residual, siempre que haya abonado la totalidad de las rentas o cuotas pactadas en el contrato.

El citado contrato se diferencia de otras figuras afines como, por ejemplo, el contrato de *renting* en el hecho de que éste último presupone un puro servicio asimilable al arrendamiento, con cierta especialidad, como es la de incluir necesariamente el mantenimiento integral del objeto del contrato. Por su parte el denominado contrato de *lease-back* o *retro leasing* implica la cesión, por el propio fabricante de un bien, a una entidad financiera (que puede ser una entidad de *leasing*, que lo adquiere a cambio de precio y, a su vez, cede de nuevo al vendedor, que lo explota pagando por ello un canon periódico. Tiene lugar así la enajenación de un activo y el inmediato arrendamiento financiero o *leasing* al vendedor del mismo activo, negociados simultáneamente. Pueden ser objeto de este contrato, tanto los bienes muebles como los inmuebles. De cualquier manera los bienes cedidos constituyen una inversión empresarial o profesional.

La naturaleza jurídica caracterizadora de este contrato es la propia de un contrato de adhesión en el que la sociedad de *leasing*, una vez examinada la propuesta del futuro usuario, ofrece al mismo un proyecto contractual, de forma que a aquél sólo le cabe la posibilidad de aceptarlo o rechazarlo. Se trata además de un contrato mercantil ya que, de una parte, las sociedades arrendadoras son entidades de crédito, teniendo la consideración de comerciantes; y, de otra, dichas sociedades poseen como objeto exclusivo la realización de estas operaciones que, en consecuencia, son susceptibles de calificarse como contratos de empresa. En todo caso el contrato ha de incorporar una opción de compra que podrá hacer efectiva el cesionario a su finalización mediante el pago del precio residual que se fije.

Todo lo dicho hasta el momento es predicable del denominado *leasing* financiero. Frente a éste se sitúa el llamado *leasing* operativo, de estructura esencialmente idéntica pero que se diferencia del primero por la finalidad perseguida por las partes intervinientes en la relación. Téngase presente que en el *leasing* financiero la compañía arrendadora pone a disposición de terceros un capital (mediante la adquisición de los bienes y su posterior cesión al arrendatario), para obtener así un beneficio. Ello explica su finalidad financiera. En consecuencia, a pesar de que el usuario no llegue a ejercitar la opción de compra, el cedente obtiene el rendimiento previsto, ya que las cuotas de arrendamiento (excluida la opción de compra) superan el precio pagado por éste al fabricante.

Esta finalidad financiera, a su vez, imprime un particular régimen jurídico al contrato objeto de nuestro estudio. Y es que, entre otras peculiaridades, la empresa de *leasing* sólo asume los riesgos financieros derivados de la operación, no los técnicos. Por el contrario las empresas que ceden sus productos a través de un *leasing* operativo persiguen un objetivo bien distinto, de naturaleza comercial, de manera que la empresa arrendadora no sólo asume los riesgos financieros, sino también los técnicos.

En definitiva, desde el punto de vista del usuario en el *leasing* operativo aquél no pretende adquirir la propiedad del bien, al tratarse normalmente de elementos con un proceso muy rápido de obsolescencia. Por el contrario en el *leasing* financiero el cesionario no recurre a esta última forma porque no desee adquirir el dominio de la cosa, sino porque, buscando ante todo su disponibilidad, encuentra en este tipo de contrato el expediente idóneo para obtenerla.

La Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 17 define el arrendamiento como un acuerdo por el que el arrendador cede al arrendatario, a cambio de percibir una suma única de dinero, o una serie de pagos o cuotas, el derecho a utilizar un activo durante un período de tiempo determinado<sup>1</sup>. El arrendamiento financiero se presenta así como un tipo de arrendamiento en el que se transfieren sustancialmente todos los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad del activo. La propiedad del mismo, en su caso, puede o no ser transferida. A su vez, el arrendamiento operativo lo constituye cualquier acuerdo de arrendamiento distinto al arrendamiento financiero, si bien, conforme al art. 14.2.b) de la Directiva del IVA, tendrán la consideración de entregas de bienes la entrega material de bienes en virtud de contratos en los que se estipule el arrendamiento.

---

<sup>1</sup> Se ha de tener presente no obstante a este respecto que la nueva Norma Internacional de Información Financiera (NIIF) 16 elimina el modelo de contabilidad dual para arrendatarios, que distingue entre los contratos de arrendamiento financiero, incluidos en el balance, y los operativos, para los que no se exige el reconocimiento de las cuotas de arrendamiento futuras. Respecto de los arrendatarios el contrato de arrendamiento se convierte en un pasivo y un activo equivalente, el derecho de uso del bien objeto del contrato. Por tanto se incrementará el tamaño del balance con nuevos activos pero también aumentará su endeudamiento. Los impactos van más allá del balance. También se producirán cambios durante la vigencia del contrato de arrendamiento. En particular, las empresas deberán aplicar un patrón anticipado de reconocimiento de gastos en la mayoría de los contratos, aun cuando abonan rentas anuales constantes. La NIIF 16, que entra en vigor en 2019, obliga a los arrendatarios a revisar todos sus contratos de arrendamiento, lo que en las grandes empresas supondrá analizar miles de ellos, puesto que el contrato se convierte en un pasivo y un activo equivalente, con el derecho de uso del bien como objeto. De este modo las entidades quedarán obligadas a incluir sus arrendamientos operativos (aquellos sin opción de compra ni otros compromisos) en el balance consolidado, procediendo a anotarlos como deuda, con su contrapartida en el activo como un derecho de uso. Se equiparan así a los arrendamientos financieros, que sí tienen una opción de compra y que ya se incluyen como deuda. Las sociedades con arrendamientos operativos tendrán aparentemente más activos, pero también estarán más fuertemente endeudadas. Dicha regulación contrasta con la aplicable hasta la fecha, en virtud de la cual los alquileres solo se reflejan en la Cuenta de Pérdidas y Ganancias, siendo computados como un gasto de explotación, de manera que reducen los resultados antes de la línea de los beneficios brutos de explotación (Ebitda). Con carácter general a través de la citada reforma se persigue que dichos alquileres se reflejen en el balance, haciéndose frente a la práctica denominada *sale and leaseback* en virtud de la cual las compañías pactan la venta de activos inmobiliarios a un tercero y, al mismo tiempo, firman un contrato de arrendamiento por una duración determinada. Con ello retiran importantes activos de su balance y mejoran su resultado y su caja. Ni que decir tiene que la aplicación de esta regulación provocará que las empresas con grandes arrendamientos operativos bajen sus beneficios de forma notable en los primeros años de aplicación de la norma, con la consiguiente reducción del importe de los resultados que se entregan a los accionistas. La NIIF 16 obligará a que los arrendatarios retiren esos alquileres de la partida de gastos explotación, que la incluyan en balance y que la reflejen en la Cuenta de Pérdidas y Ganancias de manera diferente a como lo hacen ahora. Las compañías deberán apuntar el valor del activo durante el periodo de duración del contrato, menos una tasa de descuento, que determina el valor actual de un pago futuro. Y, al mismo tiempo, deberán incluirlo en su pasivo. En la cuenta de resultados se incluirá el gasto en dos líneas. En la de depreciaciones y amortizaciones y en la de costes financieros. En la primera se restará la depreciación del activo, en su forma más sencilla, a través de una amortización lineal, dividiéndose el importe de la deuda entre el número de años programado del alquiler. Y, en la segunda, se computará un gasto financiero. La tasa de descuento deberá coincidir con este porcentaje, que es el tipo de interés implícito en el alquiler. Los alquileres computarán como un crédito que se va abonando, experimentando a partir del 1 de enero de 2019 el mayor impacto de la norma en la cuenta de resultados, mientras que al finalizar el contrato el impacto quedará neutralizado. No obstante dicho cambio se limita a la cuenta de resultados de la empresa, de manera que no tendrá efectos a nivel de caja, puesto que lo pagado por alquiler se mantendrá en la misma situación.

miento del bien durante un cierto período de tiempo, cuando en el curso normal de los hechos se adquiera su plena propiedad en el momento del pago del último vencimiento como máximo.<sup>2</sup>

Tal y como afirma el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su Sentencia de 22 de diciembre de 2010 (As. C-277/09, *RBS Deutschland Holdings GmbH*) que la ventaja fiscal resultante del hecho de que una empresa realice operaciones de arrendamiento financiero de activos como aquellas de las que se trataba en el asunto principal analizado por el Tribunal en lugar de adquirir dichos activos directamente no constituye una ventaja fiscal cuya concesión resulte contraria al objetivo perseguido por las disposiciones relevantes de la antigua Directiva 77/388/CE, así como de la normativa nacional por la que se adapta el Derecho interno a dicha Directiva, siempre y cuando los términos contractuales de tales operaciones (y, en particular, los relativos a la fijación del importe de los alquileres) se correspondan con las condiciones normales de mercado, no obstaculizando la participación en dichas operaciones de una sociedad tercera interpuesta la aplicación de las citadas disposiciones.

<sup>2</sup> Dispone concretamente el citado art. 14 de la Directiva Comunitaria que

“1. Se entenderá por ‘entrega de bienes’ la transmisión del poder de disposición sobre un bien corporal con las facultades atribuidas a su propietario.

2. Además de la operación contemplada en el apartado 1, tendrán la consideración de entregas de bienes las operaciones siguientes:

(...)

(b) la entrega material de bienes en virtud de contratos en los que se estipule el arrendamiento del bien durante un cierto período de tiempo, o la venta de bienes a plazos, cuando en el curso normal de los hechos se adquiera su plena propiedad en el momento del pago del último vencimiento como máximo.

(...)”.

De este modo el citado art. 14.2.b) de la Directiva del IVA introduce una ficción jurídica en virtud de la cual cuando se arrienda un bien de forma que en el curso normal de los hechos el arrendatario acabará por adquirir la propiedad del bien arrendado la operación se considera, a efectos del IVA, entrega de bienes desde el momento de transferencia de la posesión sobre el bien (aun cuando en ese momento la propiedad en sentido jurídico sobre el bien siga correspondiendo al arrendador) y no prestación de servicios. Significa ello por tanto que el Impuesto se devenga en su integridad y por la totalidad del importe de las cuotas arrendaticias en el momento en el que se transfiere la posesión del bien al arrendatario, y no con ocasión del pago de cada una de dichas cuotas. Como es lógico, tratándose de una entrega de bienes, el devengo y la exigibilidad del Impuesto se producirá en la fecha de realización de la entrega (art. 63 de la Directiva 2006/112/CE), no siendo de aplicación la regla correspondiente a las operaciones que dan lugar a la realización de pagos continuados. Con carácter adicional la normativa comunitaria declara exentos de gravamen los intereses correspondientes al aplazamiento, al resultar propios de la financiación que constituye la esencia del contrato, derivándose aquéllos de períodos de tiempo posteriores al devengo del Impuesto. Señala a este respecto SÁNCHEZ GALLARDO, F. J., “Las operaciones de arrendamiento financiero y el derecho a la deducción en el IVA (Análisis de la STJUE de 10 de julio de 2014)”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 377-378, 2014, pág. 134, que

“un mejor acomodo de la norma interna a la comunitaria exigiría la revisión de la calificación de estas operaciones, pasando a considerarlas como entrega de bienes y dejando exenta la parte de la carga financiera, como, por otra parte, corresponde a su naturaleza. Bien es cierto que ello implicaría el devengo del total del tributo a la fecha en la que los bienes objeto del contrato se pusieran en posesión de los arrendatarios aunque, en principio, nada se opone a que, en uso de la cierta flexibilidad que establece el artículo 66 de la citada Directiva 2006/112/CE, se aplazase la exigibilidad del tributo hasta la fecha de pago de las cuotas arrendaticias”.

Estima así el Tribunal de Justicia de Luxemburgo que resulta irrelevante el hecho de que la empresa en cuestión no realizase operaciones de arrendamiento financiero en el marco de sus transacciones comerciales normales. Y, en el supuesto de que algunos términos contractuales de las operaciones de arrendamiento financiero de que se trataba en el asunto principal o la intervención en tales operaciones de una sociedad tercera interpuesta constituyesen una práctica abusiva, dichas operaciones habrían de redefinirse para que se restableciese la situación a como habría sido de no haber existido esos elementos de carácter abusivo de los términos contractuales ni la intervención de dicha sociedad<sup>3</sup>. En palabras del Tribunal

“en la medida en que, a pesar del establecimiento del sistema común del IVA por medio de las disposiciones de la Directiva, aún subsisten en la materia deficiencias legislativas y reglamentarias entre los Estados miembros, el hecho de que un Estado miembro, debido a la calificación que ha dado a una operación comercial, no haya recaudado IVA alguno por dicha operación, no puede privar al sujeto pasivo del derecho a la deducción del IVA soportado en otro Estado miembro”.

Por su parte la Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2017 (As. C-164/16), refiriéndose al alcance de la expresión “contratos en los que se estipule el arrendamiento del bien, cuando en el curso normal de los hechos se adquiera su plena propiedad en el momento del pago del último vencimiento como máximo” empleada en el art. 14, apartado 2 letra b) de la Directiva 2006/112/CE, concluye que la citada expresión debe interpretarse en el sentido de que se aplica a un contrato tipo de arrendamiento con opción de compra cuando pueda deducirse de las condiciones financieras del contrato que el ejercicio de la opción se presenta como la única elección económicamente razonable que el arrendatario puede hacer llegado el momento si el contrato se ejecuta hasta su fin, extremo éste último que incumbe comprobar al órgano jurisdiccional nacional.

Con carácter general, ya en pronunciamientos previos el TJUE había establecido que el simple arrendamiento de un automóvil no constituye entrega de bienes sino prestación de servicios, ya que no se transmite el poder de disposición. En cambio, el arrendamiento financiero de un vehículo se puede calificar como entrega de un bien si cumple alguna de las siguientes condiciones: que el contrato prevea la transmisión de la propiedad del vehículo al término del contrato; o que el arrendatario disponga de los atributos esenciales de la propiedad del vehículo (beneficios y riesgos inherentes a la propiedad) y que la cantidad actualizada de los vencimientos sea prácticamente idéntica al valor venal del bien.

Pues bien en el presente caso el Tribunal procede a desarrollar la citada línea jurisprudencial y analiza en qué medida afecta la previsión en el contrato del ejercicio de una opción de compra.

---

<sup>3</sup> Acerca de esta cuestión pueden consultarse, entre otros, los trabajos de FALCÓN Y TELLA, R.: “Planificación fiscal, prácticas abusivas en el IVA y negocios “artificiosos o impropios”: las conclusiones del Abogado General Mazák en el asunto *Weald Leasing*”, *Quincena Fiscal*, núm. 20, 2010, RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: “Nuevas aportaciones del TJCE a la doctrina del abuso de derecho en el ámbito del IVA: la sentencia *Weald Leasing*”, *Boletín de Crónica Tributaria*, núm. 2, 2011 y SESMA SÁNCHEZ, B.: “Delimitación del concepto de ‘prácticas abusivas’ en el IVA referido a operaciones de arrendamiento financiero a través de una sociedad interpuesta: STJUE de 22 de diciembre de 2010 (*Weald Leasing*, As. C-103/09)”, *Diario La Ley*, núm. 7.585, 9 de marzo de 2011.



Según el razonamiento llevado a cabo por el Tribunal la redacción del art. 14.2.b) de la Directiva exige, para que pueda considerarse que existe una entrega de bienes, que el contrato en cuya virtud se efectúa la entrega del bien incluya una cláusula expresa por la que se transmita la propiedad del bien por el arrendador al arrendatario. Tratándose de un contrato de arrendamiento financiero esta cláusula expresa puede considerarse presente aunque el contrato establezca una opción de compra.

En segundo término para que exista una entrega de bienes debe resultar claramente de las estipulaciones del contrato, tal como éstas se aprecian objetivamente en el momento de su firma, que el arrendatario adquirirá automáticamente la propiedad del bien si la ejecución del contrato sigue su curso normal hasta su fin. En este punto el TJUE, en línea con sus pronunciamientos anteriores, atiende a la realidad económica subyacente al contrato y considera que no hay transmisión de propiedad (y por tanto, tampoco entrega de bienes) si existe una verdadera alternativa económica que permita al arrendatario, llegado el caso, optar por la adquisición del bien, por su restitución al arrendador o por la prórroga del arrendamiento. En cambio se daría la situación contraria si el ejercicio de la opción de compra, por facultativa que fuese desde un punto de vista formal, se presentase en realidad como la única elección económicamente razonable para el arrendador. Así sucede, en particular, cuando la suma de los vencimientos contractuales se corresponde con el valor venal del bien, incluido su coste de financiación, y el ejercicio de la opción no exige al arrendatario el pago de una cantidad complementaria significativa.

## **2. CRITERIOS CLARIFICADORES PARA DETERMINAR LA SUJECCIÓN DEL *LEASING* INMOBILIARIO AL IVA O A LA MODALIDAD DE TRANSMISIONES PATRIMONIALES ONEROSAS DEL ITPyAJD**

### **2.1. Aplicación de la regla general: la sujeción del *leasing* inmobiliario al IVA**

¿Qué tributo resulta aplicable a los contratos de arrendamiento con opción de compra, ya se trate de un *leasing* financiero o del operativo? Desde nuestro punto de vista parece fuera de toda duda que estos contratos se encuentran sujetos al Impuesto sobre el Valor Añadido, ya que nos hallamos ante prestaciones de servicios o entregas de bienes efectuadas por empresarios, a título oneroso y en ejercicio de su actividad empresarial (art. 4.Uno de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del citado Impuesto)<sup>4</sup>. Adicionalmente en la mayoría de supuestos las compañías de *leasing* adoptarán la forma de sociedades mercantiles, de manera que serán consideradas empresarios “por la forma” salvo prueba en contrario (art. 5.Uno.b) de la LIVA), estimándose realizadas el conjunto de sus operaciones en el desarrollo de una actividad empresarial (art. 4.Dos.a) de la Ley 37/1992)<sup>5</sup>. Incluso podría llegar a afirmarse que tales com-

---

<sup>4</sup> Téngase presente además que, tal y como precisa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Castilla-La Mancha de 30 de noviembre de 2015, se halla igualmente sujeto el contrato de cesión de derecho de opción de compra sobre un inmueble.

<sup>5</sup> Recuérdese no obstante que la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio, se generaliza el sistema de devolución mensual en el Impuesto sobre el Valor Añadido y se introducen otras modificaciones en la normativa tributaria, especificó de manera expresa que a las entidades mercantiles

pañías son, en todo caso, empresarios “por definición legal”, ya que se trata de sujetos que realizan “una o varias entregas de bienes o prestaciones de servicios que suponen la explotación de un bien corporal o incorporeal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo” (art. 5.Uno.b) de la LIVA).<sup>6</sup>

A lo largo de las líneas que siguen centraremos el objeto de nuestro estudio en el análisis de aquellos supuestos de exención en el IVA que, de forma más frecuente, pueden resultar aplicables a estos contratos, así como en las consecuencias que de ello se deriven. Ahora bien, ha de quedar claro ya desde un primer momento que las presentes operaciones, dada la dedicación profesional a su celebración por parte del arrendador, difieren de los arrendamientos con opción de compra concertados entre otras personas. Como acabamos de indicar el *leasing* se encuentra siempre sujeto a IVA, tanto si es financiero como operativo. En ambos casos el arrendador adquiere la consideración de empresario cuyo objeto consiste, precisamente, en la realización de tales negocios, ya sea con una finalidad financiera o de venta de sus productos.

Por el contrario, en aquellos arrendamientos con opción de compra que podríamos denominar tradicionales la situación es distinta. Sólo puede entenderse que el arrendamiento previo se encuentra sujeto a IVA (y exento o no, según las reglas ya examinadas) dada la condición de empresario de los arrendadores. Pero no sucede lo mismo con la transmisión posterior (en caso de que se ejercite la opción), ni con la concesión de esta última. Estos negocios no se encuentran sujetos a IVA por el hecho de que sí lo esté el arrendamiento anterior, ya que en estos contratos (a diferencia de lo que sucede en el *leasing* financiero) no nos encontramos con un negocio unitario, sino ante dos o tres estipulaciones distintas, aunque conectadas. Será necesario, por tanto,

---

se les presume la condición de empresario o profesional salvo prueba en contrario. A través de esta especificación se pretendió acoger la jurisprudencia comunitaria sobre la materia, que no permite afirmar sin más que es empresario o profesional una entidad mercantil por el mero hecho de su condición de tal.

<sup>6</sup> La Ley 2/2010, de 1 de marzo, por el que se trasponen determinadas Directivas en el ámbito de la imposición indirecta y se modifica la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes para adaptarla a la normativa comunitaria, añadió un nuevo apartado cuatro al citado art. 5 de la LIVA con la siguiente redacción:

"Cuatro. A los solos efectos de lo dispuesto en los artículos 69, 70 y 72 de esta Ley, se reputarán empresarios o profesionales actuando como tales respecto de todos los servicios que les sean prestados:

1.º Quienes realicen actividades empresariales o profesionales simultáneamente con otras que no estén sujetas al Impuesto de acuerdo con lo dispuesto en el apartado uno del artículo 4 de esta Ley.

2.º Las personas jurídicas que no actúen como empresarios o profesionales siempre que tengan asignado un número de identificación a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido suministrado por la Administración española."

Como es sabido dicho precepto encuentra su fundamento en el art. 43 de la Directiva 2006/112/CE, que resultó modificado por el art. 2.1) de la Directiva 2008/8/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008, por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE en lo que respecta al lugar de la prestación de servicios. Y es que, mientras nuestra legislación nacional distingue entre empresarios o profesionales y sujetos pasivos, la citada Directiva habla de sujetos pasivos y deudores del Impuesto, respectivamente. Así las cosas, con motivo de la incorporación de dicho precepto comunitario se estimó conveniente modificar el art. 5 en lugar del art. 84 de la Ley. A este respecto nos remitimos a nuestros trabajos “El *leasing* inmobiliario en el IVA”, *Carta Tributaria Monografías*, núm. 3, 2011 y “La tributación de las operaciones de *leasing* inmobiliario en el IVA: principales cuestiones conflictivas”, *El Consultor Inmobiliario*, núm. 124, 2011.

que la concesión de la opción y la propia transmisión se desarrolle en el ejercicio de una actividad empresarial.<sup>7</sup>

Señala la Dirección General de Tributos (DGT) en su contestación a Consulta de 4 de julio de 2006, relativa a la posibilidad de exonerar de IVA y de la Modalidad de Transmisiones Patrimoniales del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPyAJD) a la compraventa de un inmueble para su posterior arrendamiento con opción de compra, produciéndose la adquisición de otro inmueble en construcción para posteriormente arrendarlo que, en determinadas circunstancias, y previo cumplimiento de los correspondientes requisitos, la adquisición de inmuebles para su posterior arrendamiento financiero a persona distinta del vendedor está exenta, tanto de IVA como de la Modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO) dentro del ITPyAJD.

Al contenerse la formalización del contrato de *leasing* en escritura pública, siendo la operación valuable y no quedando sujeta a las otras modalidades del ITPyAJD ni al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD) (resultando además inscribible en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria), la referida operación quedará sujeta a la cuota gradual de Documentos Notariales dentro de la Modalidad de Actos Jurídicos Documentados (AJD), quedando integrada la base imponible por el importe total de las cuotas periódicas a pagar, sin incluir el precio de la opción de compra. Añade además la DGT en la citada Resolución de 4 de julio de 2006 que cuando se ejercita el derecho a la opción de compra adquiriendo el inmueble en propiedad el arrendatario (opción que es voluntaria y que, por tanto, no ha sido gravada en la constitución del arrendamiento), la escritura de dicho ejercicio también cumple con todos los requisitos necesarios para estar gravada por la cuota gradual, si bien la base imponible solamente debe integrar el importe de la opción de compra, al haber sido gravados ya los importes correspondientes al coste del bien en la constitución.

La propia DGT tuvo ocasión de precisar en su Resolución de 19 de julio de 2006, refiriéndose a los efectos tributarios derivados del ejercicio anticipado del derecho de opción de compra de un contrato de arrendamiento financiero sobre un edificio, que el incumplimiento del plazo de duración de un contrato de arrendamiento financiero inmobiliario, al haberse adquirido con anterioridad al plazo de 10 años que establece al efecto la normativa del Impuesto sobre Sociedades (IS) para los contratos de arrendamiento financiero o *leasing* de bienes inmuebles, determina que el citado contrato deje de ser de *leasing*, convirtiéndose a efectos fiscales en una simple adquisición que, además, constituye una segunda o ulterior entrega del inmueble, no resultando de aplicación la excepción a la exención prevista en el IVA para las segundas y ulteriores entregas en los

---

<sup>7</sup> Véase, en este sentido, lo dispuesto en la Sentencia del TSJ. de Cataluña de 31 de diciembre de 2001, en la que se señala que “El contrato de opción de compra ha de equipararse a efectos tributarios al contrato de compraventa, abstracción hecha de cuál sea su contenido económico, sin otra especialidad que la peculiaridad de su contraprestación a los efectos de la base imponible, por lo que si el contrato de venta de bienes inmuebles ab initio en el sistema tributario está sujeto al ITP, también lo estará la opción de compra de tales bienes. A sensu contrario, si la compraventa por cumplir los requisitos de tributación característicos del IVA, se encuentra sujeta a este Impuesto, también lo estará la opción de compra”.

supuestos de entregas de edificaciones efectuadas en el ejercicio de la opción de compra inherente a un contrato de arrendamiento financiero por empresas dedicadas habitualmente a realizar operaciones de arrendamiento financiero, lo que determinaría su sujeción a la Modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITPyAJD. Estima así el citado Centro Directivo que se trata de una operación sujeta a ITPyAJD, resultando inaplicable la excepción a la exención en el IVA de las segundas y ulteriores entregas de edificaciones, en los supuestos de entregas de edificaciones efectuadas en el ejercicio de la opción de compra inherente a un contrato de arrendamiento por empresas dedicadas habitualmente a la realización de operaciones de *leasing*.

Declara además la DGT en dicha Resolución la exclusión de la posibilidad de comprobar el valor si, al efectuarse la autoliquidación, se tomase el valor del bien publicado por la propia Administración. En efecto, en cuanto a la valoración previa del inmueble por parte de la Administración competente (en este caso la de la Comunidad Autónoma en la que radique el inmueble), estima la DGT que si la adquirente declara tal valor, la Administración deberá de admitirlo, sin que quepa la comprobación del valor del mismo y, por ende, la posibilidad de su adquisición por dicha Administración, prevista en el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del ITPyAJD (RITPyAJD).

De este modo, y partiendo del hecho de que una operación de arrendamiento financiero tendrá la consideración de prestación de servicios en tanto el arrendatario no se haya comprometido ante el arrendador a ejercitar el derecho a la opción de compra del bien objeto del contrato dado que, una vez que el arrendatario se haya comprometido frente al arrendador al ejercicio de la opción de compra se realizará el hecho imponible entrega de bienes, cabe estimar que, únicamente en el supuesto en que, al ejercitarse la opción de compra prevista en el contrato, la transmisión de la vivienda tuviera la condición de segunda o ulterior entrega, el arrendamiento de la vivienda también estaría sujeto y exento y no procedería, por parte del arrendador, repercusión alguna del Impuesto. Así se encargó de precisarlo la DGT mediante contestación a Consulta de 7 de mayo de 2014.

Por otra parte en el supuesto de que tuviese lugar la transmisión por un empresario o profesional de su participación en una opción de compra sobre un bien inmueble afecto a su actividad empresarial o profesional estima la DGT mediante contestación a Consulta de 7 de mayo de 2012 que nos hallamos ante una operación sujeta al IVA que se considerará prestación de servicios, por cuanto la concesión de dicha opción no supone la transmisión del poder de disposición sobre el inmueble objeto de la opción, no tratándose además de una entrega de bienes, sino de la constitución de un mero derecho a favor del beneficiario de la opción, que podrá o no ejercitarla llegado el momento. No obstante podría conceptuarse como entrega de bienes la transmisión de una opción de compra si el beneficiario se comprometiese formalmente al ejercicio de la misma, en cuyo caso, más que ante una verdadera opción de compra, se está ante un contrato de promesa bilateral de compraventa. En esta hipótesis serían de aplicación todas las normas previstas para las entregas de bienes inmuebles por la normativa reguladora del Impuesto.

Ya con anterioridad, mediante contestación a Consulta de 25 de febrero de 2011 analizó la DGT una operación por virtud de la cual una cooperativa pretendía adquirir a una promotora viviendas ya construidas al objeto de ser calificadas de régimen especial de arrendamiento a 25 años con opción de compra acogidas al Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regulaba el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012. Posteriormente tenía intención de destinarlas al arrendamiento con opción de compra para sus cooperativas, que serían los adquirentes finales de las viviendas, suscitándose la cuestión relativa a la sujeción al IVA de la adquisición de las viviendas a una promotora por parte de la cooperativa, así como a la determinación del régimen aplicable en el IVA al arrendamiento con opción de compra y a la futura compra de las viviendas por los cooperativistas.

De conformidad con lo señalado por la DGT la entrega de las viviendas a la cooperativa constituye una operación sujeta al IVA, al tratarse de una entrega de bienes realizada por el promotor de dichas viviendas, el cual tenía la condición de empresario o profesional según lo dispuesto en el art. 5, apartado uno, letra d) de la Ley.

En cuanto a la transmisión de dichas viviendas por la cooperativa a sus cooperativistas, en tanto en cuanto la entrega de las viviendas a la cooperativa a que se aludía en la consulta resultaba ser una primera entrega de edificaciones (ya que se realiza directamente por el promotor<sup>8</sup>), una vez finalizada su construcción y sin que las viviendas en cuestión hubiesen sido previamente utilizadas por éste o por terceros, no existía exención aplicable a este caso, de manera que el transmitente habría de repercutir el IVA con ocasión de la citada entrega a la citada cooperativa.

Por tanto la posterior transmisión de dichas viviendas por parte de la cooperativa a sus cooperativistas tendrá, en todo caso, la consideración de segunda o ulterior entrega de edificaciones, de acuerdo con lo previsto en el mencionado art. 20. Uno.22º de la Ley 37/1992, que estará sujeta pero exenta del IVA y tributará por el ITPyAJD, concepto transmisiones patrimoniales onerosas.

Finalmente, respecto del arrendamiento de las viviendas con opción de compra, la opción de compra asociada al contrato de arrendamiento no implica que éste deje de estar exento, ya que la posterior entrega de la vivienda será siempre una operación exenta. De este modo el arrendamiento de las viviendas se configuraría como una operación exenta del IVA, ya que la entrega posterior de la vivienda, como consecuencia del ejercicio de la opción de compra, sería una segunda o ulterior entrega, de modo que el arrendamiento se encontraría exento, aplicando lo dispuesto en la letra d') del precepto anterior<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> En este sentido se pronuncia igualmente la contestación de la DGT a Consulta de 5 de octubre de 2018, en virtud de la cual la entrega de vivienda efectuada por el promotor al arrendatario que la viene ocupando, en virtud de un contrato de arrendamiento con opción de compra tiene la consideración siempre de primera entrega, tanto la operación calificada de entrega, cuando el arrendatario ejercite o se comprometa a ejercitar la opción de compra, como la prestación de servicios de arrendamiento serán operaciones sujetas y no exentas.

<sup>9</sup> A este respecto cabe referirse además a la contestación de la DGT a Consulta de 8 de julio de 2014, en la que se señala que la constitución del arrendamiento de un inmueble destinado a usos hoteleros constituye una operación sujeta y no exenta del IVA, de manera que no estará sujeta a la Modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITPyAJD (art. 7.5 del Texto Refundido), pero sí a la cuota variable del Documento Notarial de Actos Jurídicos Docu-

### 2.1.1. Ejercicio anticipado de la opción de compra en un arrendamiento inmobiliario: su consideración como segunda transmisión a efectos de IVA.

A través de su Resolución de 27 de julio de 2005 el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) tuvo oportunidad de pronunciarse acerca de las consecuencias tributarias derivadas del ejercicio anticipado de la opción de compra en un arrendamiento inmobiliario, a efectos de su eventual consideración como segunda transmisión en materia de IVA.

Concretamente la citada Resolución del TEAC resolvía una reclamación económico-administrativa interpuesta contra una liquidación girada en concepto de ITPyAJD. El origen de la controversia se situaba en la celebración de un contrato por el que la entidad recurrente, propietaria de un solar sobre el que había construido una edificación, transmitía el inmueble a una segunda entidad, que a su vez lo cedía a la primera en concepto de arrendamiento financiero con la correspondiente opción de compra. La entidad cedente (se trataba de una entidad de *leasing*) fue absorbida por una tercera sociedad, que con posterioridad, otorgó escritura pública de compraventa por cancelación anticipada de arrendamiento financiero sobre el inmueble, sujetando la operación a IVA y presentando asimismo en Hacienda autoliquidación por el ITPyAJD en su Modalidad de AJD Documento Notarial, ingresando la correspondiente deuda tributaria.

La Dependencia Gestora consideró, sin embargo, que la entrega debía quedar sujeta a ITPyAJD en su Modalidad de Transmisión Patrimonial Onerosa, incoando al efecto el oportuno expediente de comprobación de valores y practicando propuesta de liquidación al tipo del 7%. Alegó concretamente la recurrente al interponer reclamación económico-administrativa contra la anterior liquidación que el acto administrativo carecía de motivación, tanto por lo que se refiere a la liquidación como a la valoración del bien que, a su juicio, no se ajustaba además a la realidad física del bien ni a su valor real. Por lo que interesa a nuestro estudio estimó la recurrente que la operación debía tributar en concepto de IVA al resultar el ejercicio de la opción de compra substancial al contrato de arrendamiento financiero, solicitando al respecto que se plantease cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, reservándose además el derecho a promover la tasación pericial contradictoria.

Sabido es que las entregas de bienes efectuadas por una entidad de *leasing* en virtud de un contrato de arrendamiento financiero, a pesar de que tienen la consideración de segunda o ulterior entrega en virtud de lo dispuesto en la letra a) del art. 20.Uno.22º de la Ley 37/1992, quedan

---

mentados (art. 31.2), en caso de que la operación se formalice en escritura pública. Por su parte el ejercicio de la opción de compra constituye una operación sujeta y exenta del IVA que, de no mediar la renuncia a la exención contemplada en el art. 22.Dos de la LIVA, estará sujeta a la Modalidad de TPO por aplicación de lo dispuesto en el art. 7.1.a) y 5 del Texto Refundido del ITPyAJD, estando constituida la base imponible por el valor real del bien transmitido que, en ningún caso, podrá ser inferior al precio o contraprestación pactada y determinándose la misma restando del importe del precio el pago inicial más las rentas mensuales acumuladas. Por último, la constitución de un contrato de arrendamiento con opción de compra vinculante constituye una entrega de un bien, sujeta y exenta del IVA por tratarse de la segunda transmisión de una edificación que, salvo que se produzca la renuncia a la exención prevista en el art. 22.Dos de la LIVA, tributaría por la Modalidad de TPO del ITPyAJD. La base imponible, estará constituida por el valor real del bien transmitido, que, en ningún caso, será inferior al precio o contraprestación pactada de la que, en este supuesto, no se restaría importe alguno.

excluidas de la aplicación de la exención prevista en el citado Impuesto si se efectúan en el ejercicio de la opción de compra inherente a un contrato de arrendamiento financiero por empresas dedicadas habitualmente a realizar operaciones de este tipo. En efecto, con la finalidad de que pueda resultar de aplicación el mecanismo de deducciones en actividades empresariales, la exención no se extiende a las entregas de edificaciones efectuadas en el ejercicio de la opción de compra inherente a un contrato de arrendamiento por empresas dedicadas habitualmente a realizar operaciones de arrendamiento financiero, asimilándose el compromiso de ejercitar la opción al propio ejercicio de la misma.<sup>10</sup>

Señala además la DGT en su contestación a Consulta de 8 de octubre de 2014 que, en aquellos supuestos de penalizaciones abonadas como consecuencia de la resolución anticipada de los contratos de arrendamiento financiero la indemnización que va a abonar el obligado tributario por la cancelación anticipada de un contrato de este tipo no puede entenderse como una prestación de servicios por parte del arrendador y, por tanto, no constituye una operación que se encuentre sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido. Dicha indemnización percibida por el sujeto pasivo no constituye en ningún caso, a juicio de la DGT, una contraprestación de operación alguna. A este respecto se remite el citado Centro Directivo a lo ya declarado en su Resolución de 12 de marzo de 2012, en la que se subrayó la no sujeción al impuesto cuando las mismas tengan carácter indemnizatorio. Téngase presente además que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 4, apartado uno de la Ley 37/1992, están sujetas al IVA las entregas de bienes y las prestaciones de servicios realizadas por los empresarios o profesionales a título oneroso en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional.

Ciertamente la sujeción de la operación al IVA no plantea duda alguna, dado el carácter empresarial de las partes intervinientes. La cuestión se centra por tanto en analizar si, a pesar de ello,

---

<sup>10</sup> Esta circunstancia de la no extensión de la exención a segundas o ulteriores entregas con la finalidad de poder aplicar el mecanismo de deducción en actividades empresariales se produce también en las entregas de edificaciones efectuadas para su inmediata rehabilitación por el adquirente (este es el único medio de evitar que el rehabilitador soporte un IVA no deducible), así como en las entregas de edificaciones que sean objeto de demolición con carácter previo a una nueva promoción urbanística. En el primer caso conviene tener presente que las obras de rehabilitación son aquellas que tienen por objeto la reconstrucción de edificaciones mediante consolidación y tratamiento de estructuras, fachadas o cubiertas, siempre que el coste global de tales operaciones exceda del 25% del precio de adquisición, si se hubiere efectuado durante los dos años inmediatamente anteriores a la rehabilitación o, en otro caso, del verdadero valor de la edificación antes de la rehabilitación. Y, tal y como declaró la DGT en Resolución de 5 de marzo de 1997, las operaciones de reacondicionamiento, mejora o reforma, por elevado que sea su importe, no tienen carácter de rehabilitación. Para que pueda hablarse de “rehabilitación” en sentido propio las obras han de afectar a elementos constitutivos o sustentantes (caso de derribos, movimientos de tierra y de cimientos, etc.), y no consistir en reparaciones menores (Véase Resolución del TEAC de 16 de enero de 1997). Así, no se consideran destinadas a la rehabilitación las edificaciones que se enajenen antes de la reconstrucción así como las que se destinen al ejercicio de actividades que impidan la misma o aquellas en las que se paralicen las obras de rehabilitación durante un tiempo prolongado. En todo caso téngase presente que, tal y como señaló la DGT en contestación a Consulta de 10 de febrero de 1995, si se produjera resolución de la primera transmisión la ulterior entrega efectuada a un nuevo adquirente tendría nuevamente la consideración de primera entrega a efectos del Impuesto.

nos hallamos ante alguno de los supuestos de exención previstos en el citado art. 20.Uno.22º de la LIVA y, a su vez, en alguna de las excepciones que se establecen a dicha exención.

El mencionado precepto dispone la aplicación de la exención prevista en la normativa del Impuesto para las segundas y ulteriores entregas de edificaciones, incluidos los terrenos en los que se hallen enclavadas, cuando tengan lugar después de terminada su construcción o rehabilitación<sup>11</sup>. Ahora bien, como ya hemos indicado, esta exención no se extiende a las entregas de edificaciones efectuadas en el ejercicio de la opción de compra inherente a un contrato de arrendamiento financiero por empresas dedicadas habitualmente a realizar operaciones de arrendamiento financiero.

Señala concretamente el citado art. 20.Uno.22º A) en su vigente redacción otorgada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2013 lo siguiente:

“22.ºA) Las segundas y ulteriores entregas de edificaciones, incluidos los terrenos en que se hallen enclavadas, cuando tengan lugar después de terminada su construcción o rehabilitación.

A los efectos de lo dispuesto en esta ley, se considerará primera entrega la realizada por el promotor que tenga por objeto una edificación cuya construcción o rehabilitación esté terminada. No obstante, no tendrá la consideración de primera entrega la realizada por el promotor después de la utilización ininterrumpida del inmueble por un plazo igual o superior a dos años por su propietario o por titulares de derechos reales de goce o disfrute o en virtud de contratos de arrendamiento sin opción de compra, salvo que el adquirente sea quien utilizó la edificación durante el referido plazo. No se computarán a estos efectos los períodos de utilización de edificaciones por los adquirentes de los mismos en los casos de resolución de las operaciones en cuya virtud se efectuaron las correspondientes transmisiones.

Los terrenos en que se hallen enclavadas las edificaciones comprenderán aquéllos en los que se hayan realizado las obras de urbanización accesorias a las mismas. No obstante, tratándose de viviendas unifamiliares, los terrenos urbanizados de carácter accesorio no podrán exceder de 5.000 metros cuadrados.

---

<sup>11</sup> El principal objetivo de la Ley al disponer esta exención de las segundas y ulteriores entregas de edificaciones no es otro que gravar todo el proceso de edificación una sola vez. El terreno, la urbanización, las obras de construcción hasta su ultimación y la primera entrega que el promotor realice están sujetas y no exentas, y las entregas posteriores se hallan exentas. A este respecto tiene la consideración de primera entrega la realizada por el promotor que tenga por objeto una edificación cuya construcción o rehabilitación esté terminada. No se considera por tanto primera entrega la efectuada por el promotor después de la utilización ininterrumpida del inmueble por un plazo igual o superior a dos años por su propietario o por titulares de derechos reales de goce o disfrute o en virtud de arrendamiento sin opción de compra, salvo que el adquirente sea quien utilizó la edificación durante dicho plazo. Y no se computan los períodos de utilización por los adquirentes en los casos de resolución de las operaciones en cuya virtud se efectuaron las correspondientes transmisiones. Tampoco tiene la consideración de primera entrega aquella que realiza una persona que no sea promotor, ni la que tiene por objeto un edificio en construcción. Por otra parte, a efectos de primeras o ulteriores entregas, no pueden calificarse como tales las transmisiones de edificaciones comprendidas en una transmisión global, no sujetas al Impuesto. Precisamente por ello declaró la DGT en contestación a Consulta de 15 de marzo de 1994 que las posteriores entregas podrán ser, en su caso, primeras entregas, a pesar de que se realicen por personas que no sean sus promotores.



Las transmisiones no sujetas al Impuesto en virtud de lo establecido en el número 1.º del artículo 7 de esta ley no tendrán, en su caso, la consideración de primera entrega a efectos de lo dispuesto en este número.

La exención prevista en este número no se aplicará:

a) A las entregas de edificaciones efectuadas en el ejercicio de la opción de compra inherente a un contrato de arrendamiento, por empresas dedicadas habitualmente a realizar operaciones de arrendamiento financiero. A estos efectos, el compromiso de ejercitar la opción de compra frente al arrendador se asimilará al ejercicio de la opción de compra.

Los contratos de arrendamiento financiero a que se refiere el párrafo anterior tendrán una duración mínima de diez años.

b) A las entregas de edificaciones para su rehabilitación por el adquirente, siempre que se cumplan los requisitos que reglamentariamente se establezcan.

c) A las entregas de edificaciones que sean objeto de demolición con carácter previo a una nueva promoción urbanística”.

Adviértase por tanto que, con efectos a partir del 1 de enero de 2013, de cara a la aplicación de la exclusión de la exención se requiere que los contratos de arrendamiento financiero tengan una duración mínima de diez años. De este modo se establece una duración mínima para estos contratos de arrendamiento financiero sobre bienes inmuebles de diez años, manteniéndose la exigencia relativa a la inclusión de una opción de compra a su término.<sup>12</sup>

La exclusión a la aplicación de la exención por segundas o ulteriores entregas de edificaciones resulta procedente, exclusivamente, cuando el ejercicio de la opción de compra por parte del arrendatario tenga lugar en virtud de un contrato de arrendamiento financiero con una duración mínima de diez años y siempre que dicha opción de compra se ejercite transcurrido al menos dicho plazo de diez años.

A estos efectos el referido plazo mínimo de diez años se ha de computar desde el inicio del contrato de arrendamiento financiero con independencia de que, con posterioridad, existan subrogaciones en la posición de cualquiera de las partes intervinientes en el mismo. Así, en el supuesto de que dicho ejercicio se efectuara de forma anticipada al término del contrato cuando este tuviera una duración de diez años o cuando, teniendo una duración superior, no hubiese transcurrido el plazo mínimo exigido de diez años, habría de entenderse que tendría lugar la resolución del contrato de arrendamiento financiero y, por consiguiente, la excepción a la exención no sería aplicable a la entrega del inmueble. Como es lógico, a estos efectos se asimila al ejercicio de la

---

<sup>12</sup> Existiendo el compromiso de ejercicio de la opción de compra a la finalización del contrato será en ese preciso instante cuando se produzca el devengo de la entrega de bienes, quedando en consecuencia excluidos de la base imponible del Impuesto, de acuerdo con lo establecido por el art. 78.Dos de la LIVA, los gastos o intereses financieros de las cuotas pendientes de abonar.

opción de compra el compromiso del arrendatario de ejercitar la opción de compra frente al arrendador.<sup>13</sup>

¿Qué efectos puede originar el hecho (como sucedía en este caso) de haber ejercido anticipadamente la opción de compra a efectos de exigir, con motivo de la entrega, la tributación en concepto de IVA o de Transmisiones Patrimoniales? La recurrente alegó a este respecto que ejercitar la opción de compra antes del término del contrato de arrendamiento financiero constituía una práctica habitual en este tipo de contratos que, sin embargo, no desvirtúa la naturaleza del mismo, añadiendo además que el art. 20.Uno.22º de la LIVA dispone la sujeción sin exención alguna para este tipo de supuestos.

*A priori*, si acudimos a lo dispuesto en la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, podemos observar que dicha norma, al regular este tipo de contratos, establece unos plazos de duración mínimos, contemplando al mismo tiempo la posibilidad del ejercicio de la opción de compra al término de aquellos. Y, al referirse al momento en que ha de ejercitarse la opción de compra, señala la citada Ley que la opción ha de efectuarse al finalizar el contrato de arrendamiento. Parece claro por tanto que, desde la perspectiva del tráfico mercantil, el ejercicio anticipado de la opción de compra no ha de estimarse inherente al contrato mismo, sino que constituye un transmisión que requiere necesariamente la previa resolución del contrato de arrendamiento.

Tal y como hemos puesto de manifiesto la exención recogida en el art. 20.Uno.22º de la LIVA está prevista para las segundas y posteriores entregas de edificaciones, precisando a continuación dicho artículo que la exención no se extiende "(...) a las entregas de edificaciones efectuadas en el ejercicio de la opción de compra inherente a un contrato de arrendamiento, por empresas dedicadas habitualmente a realizar operaciones de arrendamiento financiero. A estos efectos, el compromiso de ejercitar la opción de compra frente al arrendador se asimilará al ejercicio de la opción de compra". Nótese sin embargo que en el presente caso la opción de compra que se ejercita no es la inherente a esta clase de contratos, debido a que resulta anticipada a su término.

En consecuencia el supuesto objeto de litigio no encajaba dentro de la letra a) del art. 20.Uno.22º de la LIVA. Nos hallamos ante una segunda o ulterior transmisión de edificación que debe quedar sujeta al régimen general, de conformidad con el cual la operación estaría sujeta y exenta del IVA y sujeta a Transmisiones Patrimoniales.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Véase a este respecto la contestación de la DGT a Consulta de 10 de abril de 2017, que sigue el criterio recogido en la de 4 de abril de 2016, y de conformidad con la cual tratándose de un contrato de arrendamiento financiero con una duración superior a diez años el ejercicio anticipado de la opción de compra del inmueble por parte de la entidad transcurrido dicho plazo mínimo desde el inicio del mismo constituirá una entrega de bienes sujeta y no exenta del Impuesto.

<sup>14</sup> Tal y como prevé el art. 75.1.1º de la LIVA, a efectos de este Impuesto determinadas operaciones se califican como entregas de bienes aunque no se transmita la propiedad en el momento en que se realizan. El legislador del IVA las considera entregas porque tienen efectos económicos semejantes a los de la transmisión de la propiedad, al margen de que algunas de ellas presenten reglas especiales para su devengo. Así sucede en las entregas de bienes efectua-

¿Altera este razonamiento lo dispuesto en el último inciso del art. 20.Uno.22º.a) de la LIVA? Dispone el legislador en este último inciso del citado precepto, refiriéndose al régimen de la no exención, que “a efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el compromiso de ejercitar la opción de compra frente al arrendador se asimilará al ejercicio de la opción de compra”. De este modo se está asimilando el régimen de la opción de compra al compromiso firme de que dicha opción va a ejercitarse. Ahora bien de ninguna manera se está admitiendo la no exención para aquellas transmisiones efectuadas con motivo del ejercicio anticipado de la opción de compra.

Ya con anterioridad había declarado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia de 23 de enero de 2004 que “(...) Es cierto que el art. 20.Uno.22º de la LIVA no establece un plazo para esas entregas efectuadas en el ejercicio de la opción de compra, pero es evidente que dentro de la interpretación sistemática de las leyes tributarias no puede obviarse que ese ejercicio de la opción de compra se realiza al final del plazo previsto contractualmente, y si se anticipa tres años, tal y como sucedió en el presente caso, no se está produciendo el supuesto previsto para la exención, al no poder ser considerado entonces como un contrato de arrendamiento financiero, por no cumplirse, con la cancelación anticipada, uno de los requisitos previstos para dichos contratos. Y ello con independencia de que al efectuarse la cancelación anticipada se hiciese frente a las cuotas pendientes de amortización, ya que dicho pago no altera el incumplimiento de uno de los requisitos del contrato”.<sup>15</sup>

---

das en virtud de: contrato de venta con pacto de reserva de dominio o cualquier otra condición suspensiva; arrendamiento-venta de bienes y arrendamiento de bienes con cláusula de transferencia de la propiedad vinculante para ambas partes. La propia DGT se encargó de precisar en contestaciones a Consultas de 23 de septiembre de 1994 y de 1 de julio de 1996 que ésta es la regla aplicable en los arrendamientos con opción de compra y con compromiso de ejercitar esta opción. En estas operaciones el IVA se devenga cuando los bienes objeto de la entrega son puestos en posesión del adquirente, a pesar de que en ese momento no se produzca la transferencia de la propiedad.

<sup>15</sup> Puede consultarse asimismo la Sentencia de este mismo Tribunal de 16 de junio de 2009, en la que se señala que, tratándose del ejercicio anticipado de una opción de compra prevista en un contrato de arrendamiento financiero, dicha opción de compra, aún siendo ejercitada de forma anticipada, continúa siendo inherente al *leasing*, ya que en el concreto supuesto analizado por el Tribunal lo que las partes acordaron fue modificar el plazo del contrato y darlo por extinguido al ejercitar la opción de compra, no constituyendo tal forma de actuar la existencia de una nueva transmisión o compraventa desligada, independiente o diferente al contrato de arrendamiento financiero. En suma, estima el Tribunal que no existe, a efectos del IVA, ningún plazo legal de duración mínima del *leasing*. Y, debido a ello, la operación en cuestión se encuentra sujeta y no exenta de IVA, no debiendo tributar por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales. Véase igualmente a este respecto la Sentencia del citado Tribunal de 22 de septiembre de 2009, en la que señala el Tribunal que, produciéndose este ejercicio anticipado de la opción de compra en el marco de un contrato de arrendamiento financiero, no cabe la renuncia a la exención. Declara concretamente el TSJ. de Madrid en el citado pronunciamiento lo siguiente: “(...) Cuando las partes, en el seno de su autonomía de la voluntad, acuerdan el ejercicio anticipado de la opción de compra, están procediendo a la modificación objetiva de uno de los elementos del contrato de arrendamiento financiero, sin que ello suponga desnaturalizarlo o extinguirlo por la existencia de una nueva transmisión independiente de aquél. Es decir, la opción de compra, aun ejercitada de forma anticipada, sigue siendo inherente al *leasing* pues lo que las partes han acordado ha sido modificar el plazo del contrato y darlo por extinguido al ejercitar la opción de compra, no constituyendo tal forma de actuar una nueva transmisión o compraventa desligada, independiente o diferente del contrato de arrendamiento financiero. Téngase en cuenta, como se afirmó en el anterior fundamento jurídico, que no existe a efectos del IVA ningún plazo legal de duración mínima del *leasing*, de ahí que si las partes deciden de mutuo acuerdo modificar el elemento temporal del contrato, no existe razón jurídica alguna que impida afirmar que la opción de compra ejercitada anticipadamente respecto al término inicialmente pactado, deje de

Con posterioridad, en su Sentencia de 22 de febrero de 2010 el TSJ. de Madrid, refiriéndose nuevamente a la delimitación de aquellos supuestos que quedan excluidos de la aplicación de la exención del IVA relativa a las segundas y ulteriores entregas de edificaciones, volvería a reiterar que, tratándose de entregas de edificaciones efectuadas en el ejercicio de la opción de compra inherente a un contrato de arrendamiento financiero, y produciéndose un ejercicio anticipado de la opción de compra, se trataría en todo caso de una opción de compra inherente al contrato de arrendamiento y no de una transmisión independiente o desligada de dicho contrato, de manera que la declaración de la exención resulta improcedente. No está pues exenta de IVA la entrega de una edificación en el ejercicio anticipado de una opción de compra propia del arrendamiento financiero, al no tratarse de una transmisión independiente de dicho contrato.<sup>16</sup>

Este mismo criterio (la consideración del ejercicio anticipado de la opción de compra como una opción de compra inherente al contrato de arrendamiento y no como una transmisión independiente o desligada de dicho contrato, siendo en consecuencia la exención improcedente) sería posteriormente asumido por la DGT a través, entre otras, de su contestación a Consulta de 7 de junio de 2012.

En definitiva el adelanto, tal y como sucede en el presente caso, del ejercicio de la opción de compra de un inmueble correspondiente a un *leasing* inmobiliario, incumpléndose el plazo mínimo fijado para estas operaciones determina, a juicio de la Administración, y adoptando un criterio ciertamente discutible, que no nos hallemos ante el ejercicio de la opción de compra, sino en presencia de una segunda o ulterior entrega sujeta pero exenta de IVA y sujeta por tanto a la Modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITPyAJD.<sup>17</sup>

---

ser inherente al contrato del que dimana y forma parte (...) Estamos ante operaciones realizadas por empresarios en el ejercicio de sus actividades, marco en el que impera el principio de neutralidad impositiva propia del IVA y que la interpretación a favor de la procedencia de la exención debe ser restrictiva. Además, no existiendo alegación o prueba alguna de la existencia de un posible fraude en el ejercicio anticipado de la opción de compra, los razonamientos jurídicos expuestos conducen a considerar que estamos ante una opción de compra inherente al contrato de arrendamiento financiero y en consecuencia la operación está sujeta y no exenta de IVA, no debiendo tributar por ITP". De este modo el Tribunal viene a confirmar, tras algunas vacilaciones anteriores, el criterio adoptado en su Sentencia de 4 de mayo de 2009, de conformidad con el cual la exención relativa a las segundas entregas de edificaciones no es aplicable a las entregas realizadas por una empresa de *leasing*, tanto si la entrega tiene lugar a la finalización del contrato como si se pacta una entrega anticipada poniendo fin al *leasing*. Ciertamente se trata de un criterio de carácter lógico, máxime si tenemos en cuenta que la propia Ley 37/1992 equipara a la entrega el compromiso de ejercitar la opción de compra. Y en el supuesto de que tal compromiso, habiéndose realizado al iniciarse el contrato, no se considera exento de IVA, tampoco podrá estarlo la entrega efectuada durante la vigencia del mismo. En definitiva, se trata en todo caso de una opción de compra inherente al contrato de arrendamiento y no de una transmisión independiente o desligada de dicho contrato. Adicionalmente en el supuesto de autos analizado por el Tribunal figuraba una voluntad tácita de renuncia, ya que las partes aplicaron el IVA. Por otra parte el presente criterio adoptado por el Tribunal es susceptible de proyectarse, en la práctica, sobre aquellos supuestos en los que no existe derecho a la deducción total del IVA soportado, los cuales tampoco pueden considerarse exentos de IVA, resultando en consecuencia improcedente la aplicación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

<sup>16</sup> Por su parte la Sentencia del TSJ. de Cataluña de 9 de febrero de 2012 rechazó que tuviese la consideración de segunda entrega el ejercicio anticipado de la opción de compra en un contrato de arrendamiento financiero.

<sup>17</sup> Recuérdese a este respecto que sólo las exenciones relativas a los terrenos no edificables, a las Juntas de Compensación y las segundas y ulteriores entregas pueden ser objeto de renuncia por el sujeto pasivo. La renuncia sólo es de

El TEAC tuvo en cuenta esta consideración en la ya citada Resolución de 27 de julio de 2005 y mantuvo la calificación de la operación como sujeta a Transmisiones Patrimoniales, si bien estimó parcialmente la reclamación interpuesta al considerar que se produjo falta de valoración, anulando la liquidación derivada de ella y ordenando la retroacción de las actuaciones para que se practicara una nueva valoración suficientemente motivada que sirviese de base a una nueva liquidación por la Modalidad de TPO.

Desde nuestro punto de vista habiéndose incumplido el plazo mínimo previsto al efecto, esto es, adelantándose el ejercicio de la opción de compra, este ejercicio anticipado de la opción de compra sobre un inmueble resulta inherente a la propia naturaleza de los contratos de arrendamiento financiero, por lo que no habría de aplicarse la exención a efectos del IVA y la consiguiente sujeción de la operación al ITPyAJD. Y ello debido a que el adelanto del ejercicio de la opción de compra de un inmueble correspondiente a un *leasing* inmobiliario significa, en definitiva, el ejercicio de la misma, y no una segunda o ulterior entrega sujeta pero exenta de IVA y sujeta en consecuencia a la Modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITPyAJD.

Se ha de tener presente además que el uso en virtud de contratos de arrendamiento con opción de compra, por muy dilatados o sucesivos en el tiempo que estos puedan ser, no pueden agotar nunca la primera entrega. Ello es así puesto que, por más contratos que se sucedan de arrendamiento con opción de compra, seguirá siendo de aplicación la exclusión de la letra d´) del art. 20.Uno.23º de la Ley 37/1992 y, por tanto, estos arrendamientos seguirán estando sujetos y no exentos del Impuesto como vía de traslado al consumidor final del valor añadido de la promoción inicial. Por este motivo no hace referencia la Ley 37/1992 a este tipo de arrendamientos entre los casos que dan lugar a que se considere agotada la primera entrega de la vivienda.

---

aplicación a las indicadas operaciones exentas, no a las operaciones no sujetas que tengan por objeto dichos inmuebles. Su aplicación habrá de producirse por el sujeto pasivo y sólo procederá cuando el adquirente también sea un sujeto pasivo del IVA que actúe en el ejercicio de sus actividades empresariales o profesionales y tenga derecho a la deducción total del IVA soportado por las adquisiciones de los inmuebles. Y el adquirente tiene derecho a la deducción total en aquellos casos en los que el porcentaje de deducción provisionalmente aplicable en el año en que se haya soportado el impuesto permita su deducción íntegra, incluso en el supuesto de deducciones anteriores a la realización habitual de las operaciones sujetas al impuesto. La renuncia ha de comunicarse fehacientemente al adquirente con carácter previo o simultáneo a la entrega de los bienes, practicándose por cada operación, y debiendo justificar el adquirente mediante una declaración suscrita por él su condición de sujeto pasivo con derecho a deducción total del IVA soportado por las adquisiciones de los inmuebles. Tal y como declaró la DGT en su Resolución de 19 de abril de 1995, así sucederá tratándose de aquéllas operaciones en las que resulte factible la renuncia a la exención, cuando en una misma entrega de bienes exista concurrencia de exenciones para las que se permita su ejercicio con otras para las que no se permita. Señaló además el citado Centro Directivo en contestación a Consulta de 10 de mayo de 1996 que se considera renuncia comunicada fehacientemente la constancia en escritura pública de que el transmitente ha recibido una suma de dinero en concepto de IVA, aunque no aparezca la renuncia expresa a la exención, exigiéndose en todo caso la declaración suscrita por el adquirente. Y, en su Resolución de 22 de junio de 1995, afirmó el TEAC que

“La renuncia a la exención del IVA mediante escritura de subsanación de otra anterior por la que se vendía un inmueble, no retrotrae sus efectos a la fecha de la escritura pública. Supone una nueva declaración de voluntad y no una simple rectificación de un error de hecho”.

Por su parte el TSJ. de Madrid, mediante Sentencia de 4 de marzo de 2010, reiteró que en estos casos nos hallamos ante el ejercicio de una opción de compra inherente a un contrato de arrendamiento financiero que no se caracteriza por tratarse de un arrendamiento que necesariamente deba conducir a una venta forzosa<sup>18</sup>. Y, por otra parte, se constata que el supuesto de sujeción sin exención al Impuesto sobre el Valor Añadido previsto en el art. 20.Uno.22 de la Ley del IVA únicamente requiere que se esté en presencia de un contrato de arrendamiento financiero y que el arrendador financiero sea una empresa que se dedique con habitualidad a realizar estas operaciones, sin que se fije requisito alguno de carácter temporal. Tal y como precisa el Tribunal, en cualquier caso, el que podría calificarse como apresurado ejercicio de la opción de compra debería tener como consecuencia, no la sujeción de la operación de compraventa al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, sino la aplicación del Impuesto sobre el Valor Añadido como si, desde un inicio, el hecho imponible gravable hubiese sido el de entrega de bienes.

En esta línea se pronunció además el Tribunal Supremo (TS) a través de su Sentencia de 14 de julio de 2010, relativa al régimen tributario al que han de quedar sujetas estas entregas efectuadas en el ejercicio de la opción de compra inherente a un contrato de arrendamiento por parte de aquellas empresas dedicadas habitualmente a realizar operaciones de arrendamiento financiero. Tal y como afirma el Alto Tribunal en el citado pronunciamiento, cuando el art. 20.Uno.22º de la LIVA establece la excepción a la exención no está exigiendo que la opción de compra se ejercite en un determinado plazo, de manera que, cualquiera que resulte ser el momento en el que se lleve a cabo, operará sus efectos y, en consecuencia, la entrega de las edificaciones estará sujeta al IVA y no al ITPyAJD. En efecto, de conformidad con lo declarado por el Alto Tribunal a través del ejercicio de la opción se pone fin al arrendamiento financiero, ya que éste no solo termina por el transcurso de los plazos, sino también cuando, por la propia voluntad de las partes, se decide llevarla a cabo.

Y a pesar de que, en el concreto supuesto de autos analizado por el Tribunal, en el instante de celebración del contrato regía un mínimo de duración de estos arrendamientos, una vez que se ejercita la opción dicho requisito ya no existe legalmente, de manera que nada impide a los contratantes que puedan anticipar la opción de compra por su propia voluntad. A ello no se opone además el hecho de que la Disposición Transitoria Octava de la antigua Ley 43/1995, de 27 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sociedades, entendiera aplicable la legislación anterior a los arrendamientos financieros previa a su entrada en vigor, ya que ello se producirá en cuanto a la aplicación del régimen propio del IS respecto a los límites de gastos y de partidas deducibles.

Por otro lado consideró el Tribunal que, en definitiva, nos hallamos en presencia de operaciones realizadas entre empresarios, en las que lo normal es la sujeción al IVA, y no al ITPyAJD, de tal forma que el sistema de neutralidad, mediante la repercusión se vería afectado a través de una

---

<sup>18</sup> Véase igualmente a este respecto la Sentencia del citado Tribunal de 13 de noviembre de 2012, en la que se reitera que dicho ejercicio anticipado de una opción de compra constituye en todo caso una opción de compra inherente al contrato de arrendamiento y no una transmisión independiente o desligada de dicho contrato, siendo en consecuencia improcedente la aplicación de la segunda o ulterior entrega de edificaciones.

interpretación extensiva de la exención, cuyo carácter restrictivo viene impuesto por el art. 23.3 de la Ley General Tributaria<sup>19</sup>. Fue éste, además, el criterio defendido por el TJUE, entre otras, en su Sentencia de 26 de junio de 2003, en la que se afirmó que

“El régimen de deducciones previsto en dicho artículo tiene por objeto liberar completamente al empresario del peso del IVA devengado o pagado en el marco de todas sus actividades económicas, de manera que el sistema común del IVA garantiza la perfecta neutralidad con respecto a la carga fiscal de todas las actividades económicas sujetas al IVA, cualesquiera que sean sus fines o resultados (...)”.

Adicionalmente los términos empleados para designar las exenciones previstas por el art. 13 de la antigua Sexta Directiva se han de interpretar estrictamente, dado que constituyen excepciones al principio general de que el IVA se percibe por cada prestación de servicios efectuada a título oneroso por un sujeto pasivo. Por el contrario, a las excepciones a una norma que establece salvedades a la aplicación general del IVA debe dárseles un alcance extensivo.

Lo cierto es, sin embargo, que la DGT, a través, entre otras, de su contestación a Consulta de 24 de septiembre de 2010, continuó reiterando que la exclusión a la exención contenida en la letra a) del art. 20.uno.22º de la Ley 37/1992 resulta procedente, exclusivamente, cuando el ejercicio de la opción de compra por parte del arrendatario tenga lugar al término del contrato de arrendamiento financiero. De este modo, en el supuesto de que dicho ejercicio se efectuara de forma anticipada a su término previsto, e incluso cuando ya no existiese un plazo mínimo para dichos contratos en su normativa sustantiva, habría de entenderse que tendría lugar la resolución del contrato de arrendamiento financiero y, por consiguiente, la referida exclusión no sería aplicable. Y, en base a ello, estima la DGT que el ejercicio anticipado de la opción de compra por parte de la entidad consultante constituye una entrega de bienes sujeta pero exenta del Impuesto sobre el Valor Añadido, sin perjuicio de que el adquirente solicite al transmitente (entidad arrendadora hasta ese momento) la renuncia a la exención con arreglo a los requisitos establecidos por el art. 20.dos de la Ley 37/1992.<sup>20</sup>

Concretamente a través de la citada Resolución se analizaba un supuesto en el que tenía lugar la elevación a escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad de un contrato de arrendamiento financiero inmobiliario, así como el ejercicio de una opción de compra. De entrada se encarga de precisar la DGT que la calificación de los contratos como arrendamientos financie-

---

<sup>19</sup> Así tuvimos ocasión de manifestarlo en nuestro trabajo “¿Constituye el ejercicio anticipado de la opción de compra en el leasing inmobiliario una segunda entrega exenta de IVA y sujeta a TPO? En torno a la STS de 14 de julio de 2010”, *Quincena Fiscal*, núm. 5, 2011.

<sup>20</sup> Esta ha sido, además, la línea defendida por el TS a través, por ejemplo, de su Sentencia de 28 de mayo de 2013, de conformidad con la cual si, antes de que se estableciera el requisito del plazo, se ejercitó la opción de compra anticipada en el arrendamiento financiero de inmuebles, hubo sujeción al IVA y no al ITP. Acerca del ejercicio anticipado de la opción de compra en el arrendamiento financiero de inmueble y de la sujeción a IVA de la citada operación véase igualmente la STS de 14 de diciembre de 2012. Sin embargo precisó el Alto Tribunal en su Sentencia de 11 de junio de 2012 que, siendo un determinado contrato de arrendamiento financiero objeto de solución convencional en opción de compra anticipada, dicho acto fue ajeno al contrato, debiendo aplicársele a la transmisión el régimen general, de manera que hubo exención por IVA y sujeción al ITP.

ros u operativos depende de las circunstancias de cada una de las partes del contrato por lo que podrán ser calificados de forma diferente por el arrendatario y el arrendador. En relación con los contratos de arrendamiento financiero, cuando de las condiciones económicas de un acuerdo de arrendamiento se deduzca que se transfieren sustancialmente todos los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad del activo objeto del contrato, dicho acuerdo deberá calificarse como arrendamiento financiero. En un acuerdo de arrendamiento de un activo con opción de compra, se presume que se transfieren sustancialmente todos los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad cuando no existan dudas razonables de que se va a ejercitar dicha opción.

El arrendatario, en el momento inicial, ha de registrar un activo de acuerdo con su naturaleza, según se trate de un elemento del inmovilizado material o del intangible, y un pasivo financiero por el mismo importe, que será el menor entre el valor razonable del activo arrendado y el valor actual al inicio del arrendamiento de los pagos mínimos acordados, entre los que se incluye el pago por la opción de compra cuando no existan dudas razonables sobre su ejercicio y cualquier importe que haya garantizado, directa o indirectamente, y se excluyen las cuotas de carácter contingente, el coste de los servicios y los impuestos repercutibles por el arrendador. A estos efectos se entiende por cuotas de carácter contingente aquellos pagos por arrendamiento cuyo importe no es fijo sino que depende de la evolución futura de una variable. Adicionalmente los gastos directos iniciales inherentes a la operación en los que incurra el arrendatario deben considerarse como mayor valor del activo. Para el cálculo del valor actual ha de utilizarse el tipo de interés implícito del contrato, y si éste no se pudiera determinar, el tipo de interés del arrendatario para operaciones similares.

La carga financiera total se distribuirá a lo largo del plazo del arrendamiento y se imputará a la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio en que se devengue, aplicando el método del tipo de interés efectivo. Las cuotas de carácter contingente serán gastos del ejercicio en que se incurra en ellas. Y el arrendatario aplicará a los activos que tenga que reconocer en el balance como consecuencia del arrendamiento los criterios de amortización, deterioro y baja que les correspondan según su naturaleza y a la baja de los pasivos financieros lo dispuesto en el apartado 3.5 de la norma sobre instrumentos financieros.

En cambio en aquellos supuestos de arrendamiento operativo nos hallamos en presencia de un acuerdo mediante el cual el arrendador conviene con el arrendatario el derecho a usar un activo durante un periodo de tiempo determinado, a cambio de percibir un importe único o una serie de pagos o cuotas, sin que se trate de un arrendamiento de carácter financiero. Los ingresos y gastos, correspondientes al arrendador y al arrendatario, derivados de los acuerdos de arrendamiento operativo han de ser considerados, respectivamente, como ingreso y gasto del ejercicio en el que los mismos se devenguen, imputándose a la cuenta de pérdidas y ganancias.

La elevación a público y posterior inscripción en el Registro de la Propiedad de un contrato de arrendamiento financiero no tiene consecuencias a efectos del IVA, salvo que el arrendatario se comprometa en dicho acto al ejercicio de la opción de compra. En este caso, sería de aplicación lo dispuesto en el art. 8.Dos.5º de la Ley 37/1992, precepto que califica como entrega de bienes "las cesiones de bienes en virtud de contratos de arrendamiento-venta y asimilados", aclarando a



continuación que "a efectos de este impuesto, se asimilarán a los contratos de arrendamiento-venta los de arrendamiento con opción de compra desde el momento en que el arrendatario se comprometa a ejercitar dicha opción y, en general, los de arrendamiento de bienes con cláusula de transferencia de la propiedad vinculante para ambas partes". El compromiso de ejercitar la opción de compra, así como el mero ejercicio anticipado de la misma, implica pues que, a efectos del IVA, se produce una entrega del bien objeto de arrendamiento financiero.

Recapitulando, el art. 20.Uno.22° de la Ley 37/1992 establece la exención de las segundas y ulteriores entregas de edificaciones, incluidos los terrenos en que se hallen enclavadas, cuando tengan lugar después de terminada su construcción o rehabilitación, disponiendo igualmente que a los efectos de lo dispuesto en la Ley 37/1992 se considerará primera entrega la realizada por el promotor que tenga por objeto una edificación cuya construcción o rehabilitación esté terminada. No obstante, no tendrá la consideración de primera entrega la realizada por el promotor después de la utilización ininterrumpida del inmueble por un plazo igual o superior a dos años por su propietario o por titulares de derechos reales de goce o disfrute o en virtud de contratos de arrendamiento sin opción de compra, salvo que el adquirente sea quien utilizó la edificación durante el referido plazo. No se computarán a estos efectos los períodos de utilización de edificaciones por los adquirentes de los mismos en los casos de resolución de las operaciones en cuya virtud se efectuaron las correspondientes transmisiones.

El mismo art. 20.Uno.22° de la LIVA establece además tres supuestos de exclusión a la procedencia de la exención que regula. El primero de ellos (letra a) se refiere a las entregas de edificaciones efectuadas en el ejercicio de la opción de compra inherente a un contrato de arrendamiento, por empresas dedicadas habitualmente a realizar operaciones de arrendamiento financiero, añadiendo dicha letra a) que

“a los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el compromiso de ejercitar la opción de compra frente al arrendador se asimilará al ejercicio de la opción de compra”.

Tradicionalmente el TEAC ha venido declarando, entre otras, en sus Resoluciones de 25 de enero y 11 de julio de 1996 y de 27 de julio de 2005 que la controversia surge por el efecto que pueda tener el hecho de haber ejercido anticipadamente la opción de compra a efectos de exigir por la entrega el IVA. La Ley 26/1988 regula este tipo de contratos estableciendo unos plazos de duración mínimos y la posibilidad del ejercicio de la opción de comprar a su término. En dicha norma, en cuanto al momento en que haya de hacerse la opción de compra, establece que ha de efectuarse al finalizar el contrato de arrendamiento y que viene a ser lo que aquí se debate, por los efectos fiscales que acarrea. Por tanto, un ejercicio anticipado de la opción de compra no ha de considerarse inherente a este contrato según la entienden sus propias normas de regulación, sino una transmisión más dentro del tráfico mercantil, que requiere necesariamente la previa resolución del contrato de arrendamiento.

Tal y como precisa el TEAC en las citadas Resoluciones

“En cuanto a la exención contenida en el artículo 20.Uno.22° de la Ley del IVA, (...) la opción de compra ejercitada no es la inherente a este tipo de contratos, precisamente por ser anticipada a su

término, según ha quedado expuesto en el Fundamento Tercero de esta resolución y no pudiendo encajarse el supuesto en el apartado a) del artículo 20.Uno.22 de la Ley del IVA, está sometido al régimen general, es decir, se considera segunda o ulterior transmisión de edificación sujeta y exenta del IVA y por tanto sujeta a Transmisiones Patrimoniales.

El razonamiento expuesto no queda desvirtuado por el último inciso del artículo 20.Uno.22º, a) de la Ley del IVA, la 37/1992 (...). Este párrafo únicamente pretende asimilar el régimen de la opción de compra al compromiso firme de que va a ejercitarse, pero sin que este inciso altere para nada la cuestión del término planteado y suponga admitir la no exención para aquellas transmisiones efectuadas con motivo del ejercicio anticipado de la opción de compra como pretende la recurrente.

El criterio sentado en la presente resolución es reiteración del vertido (...) por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid al establecer en su sentencia de 23 de enero de 2.004, respecto del artículo 20.Uno. 22º de la Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido que "Es cierto que el citado precepto no establece un plazo para esas entregas efectuadas en el ejercicio de la opción de compra pero es evidente que dentro de la interpretación sistemática de las leyes tributarias no puede obviarse que ese ejercicio de la opción de compra se realiza al final del plazo previsto contractualmente y si se anticipa tres años, tal como sucedió en el presente caso, no se está produciendo el supuesto previsto para la exención, al no poder ser considerado entonces como un contrato de arrendamiento financiero, por no cumplirse, con la cancelación anticipada, uno de los requisitos previstos para dichos contratos. Ello con independencia de que al efectuarse la cancelación anticipada se hiciese frente a las cuotas pendientes de amortización, ya que dicho pago no altera el incumplimiento de uno de los requisitos del contrato".

Pues bien, en base a todo ello reitera el TEAC que la exclusión a la exención contenida en la letra a) del art. 20.uno.22º de la Ley 37/1992 resulta procedente, exclusivamente, cuando el ejercicio de la opción de compra por parte del arrendatario tenga lugar al término del contrato de arrendamiento financiero. Y, en el supuesto de que dicho ejercicio se efectuara de forma anticipada a su término previsto (e incluso cuando ya no existe un plazo mínimo para dichos contratos en su normativa sustantiva) ha de entenderse que tendrá lugar la resolución del contrato de arrendamiento financiero y por consiguiente la referida exclusión no será aplicable.

En todo caso estos contratos de arrendamiento financiero tienen por objeto exclusivo la cesión de uso de bienes muebles o inmuebles adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las correspondientes cuotas, incluyendo a su término, necesariamente, una opción de compra a favor del usuario. Los contratos de *leasing* se configuran como contratos complejos, por los que tras la prestación de servicios consistente en la cesión del uso de los bienes el cesionario puede adquirirlos mediante el ejercicio de la opción de compra, que obligatoriamente debe incluirse en estos contratos desde su formalización, momento en el que se fija el precio de la citada opción de compra, que se encuentra supeditado a que se hayan satisfecho todas las cuotas del periodo de cesión de uso.

Las cuotas periódicas se integran por una parte que recoge la recuperación del valor del bien, salvo una cantidad que se considera como valor residual, y otra, cuyo importe responde al interés financiero aplicado a la operación, por lo que el importe de la opción de compra debe correspon-

der a la diferencia entre el valor o coste del bien de que se trate menos la suma de las partes de todas las cuotas periódicas correspondientes a la recuperación del bien, por lo que, también, se conoce como valor residual. Al tratarse de operaciones empresariales realizadas por empresas para personas o entidades que realicen actividades económicas, tanto las cuotas periódicas como el ejercicio de la opción de compra se encuentran sujetas al IVA, por lo que no pueden estar sujetas, en ningún caso a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del ITP.

Cuando los contratos de arrendamiento financiero tienen por objeto inmuebles, tanto la constitución de los contratos, como el ejercicio de la opción de compra, se documentan en escritura pública para su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria, lo que determina que al tratarse de escrituras públicas que tienen por objeto cantidades, que cumplen con los demás requisitos previstos en el art. 31 del TRLITPyAJD, queden sujetas a la cuota proporcional de documentos notariales de la modalidad de actos jurídicos documentados de este impuesto. La base imponible de la cuota proporcional habrá de integrarse, de acuerdo con el citado artículo con la cantidad o cosa valuable. En el caso de las operaciones de *leasing*, al gravarse por la cuota proporcional todas las cantidades correspondientes a las cuotas periódicas, incluyendo en la base imponible, tanto la parte correspondiente a la recuperación del coste o valor del bien inmueble, como la parte de los intereses financieros, al ejercitarse la opción de compra, ya se ha satisfecho una parte del valor del bien de que se trate, de manera que la base imponible debe limitarse a la cuantía del importe del ejercicio de la opción de compra, sin que deban incluirse las cuantías correspondientes a las cuotas del *leasing*, puesto que para adquirir el inmueble ya se declararon y se pagaron las cuotas de las mismas.

Ahora bien, si la sociedad procediese a ejercer anticipadamente el derecho de opción de compra establecido en un contrato de arrendamiento, a efectos fiscales, no podría considerarse como el ejercicio del derecho de opción de compra inherente a un contrato de arrendamiento financiero, ya que dicho contrato habría dejado de tener tal carácter, sino que se entenderá como una transmisión mas dentro del tráfico mercantil. En consecuencia, no resultaría de aplicación la excepción a la exención en el IVA de las segundas y posteriores entregas de edificaciones, en los supuestos de entregas de edificaciones efectuadas en el ejercicio de la opción de compra inherente a un contrato de arrendamiento, por empresas dedicadas habitualmente a realizar operaciones de arrendamiento financiero, a los que se refiere la letra a) del art. 20.Uno.22º de la LIVA, y, por lo tanto, al estar exenta de IVA, estaría sujeta a Transmisiones Patrimoniales Onerosas con arreglo a lo dispuesto en el art. 7.5 del RDLeg. 1/1993.

Téngase presente a este respecto que el concepto de valor real hace referencia al verdadero valor del bien y puede o no coincidir con el valor declarado por los interesados, o con el precio satisfecho en una determinada operación. En relación con el citado concepto de valor real, ya el TS declaró en su día mediante Sentencia de 7 de mayo de 1991 que ha de considerarse como tal el valor intrínseco o por naturaleza del bien o derecho, el valor verdadero y definiciones similares, asimilándolo al valor de mercado cuando esto sea posible por existir un mercado de los bienes o derechos transmitidos.

En definitiva, de conformidad con lo declarado por la DGT los contratos de arrendamiento financiero que tienen por objeto bienes inmuebles deben documentarse en dos escrituras públicas – una, por la constitución de los contratos; otra, por el ejercicio de la opción de compra –, para su inscripción en el Registro de la Propiedad. Dichas escrituras públicas, que tienen por objeto cantidades, cumplen todos los requisitos previstos en el art. 31.2 del TR para quedar sujetos a la cuota gradual de la Modalidad de AJD, documentos notariales, de dicho Impuesto.

La base imponible de la mencionada cuota gradual, según el art. 30.1 del RDLeg. 1/1993, debe integrarse por el valor declarado, es decir, la cantidad o cosa valuable. En el caso de las operaciones de arrendamiento financiero, la escritura pública que documente la constitución del contrato queda gravada por la cuota gradual por todas las cantidades correspondientes a las cuotas periódicas (la base imponible incluye tanto la parte correspondiente a la recuperación del coste o valor del bien inmueble, como la parte de los intereses financieros). En consecuencia, al ejercitarse la opción de compra, ya se ha satisfecho una parte del valor del bien de que se trate (todo el valor del bien salvo el llamado “valor residual”). Por ello, en la segunda escritura pública, que documentará el ejercicio de la opción de compra, la base imponible debe limitarse a la cuantía por la que se ejercite dicha opción de compra, sin que deban incluirse las cuantías correspondientes a las cuotas periódicas, puesto que ya se declararon en la escritura pública de constitución del arrendamiento financiero.

Y, en el hipotético caso de que se adelanta el ejercicio de opción de compra antes de la finalización del contrato, la operación no podría considerarse como el ejercicio del derecho de opción de compra inherente a un contrato de arrendamiento financiero, puesto que dicho contrato ha dejado de tener tal carácter. En consecuencia, no resultaría de aplicación la excepción a la exención en el IVA de las segundas y ulteriores entregas de edificaciones efectuadas en el ejercicio de la opción de compra inherente a un contrato de arrendamiento, por empresas dedicadas habitualmente a realizar operaciones de arrendamiento financiero, quedando sujeta al concepto de TPO siendo la base imponible el valor real del bien que se transmite.

En cambio, y siguiendo el criterio adoptado por el Tribunal Supremo, el TSJ. de Madrid, mediante Sentencia de 18 de noviembre de 2010, volvió a reiterar que, tratándose de entregas de edificaciones efectuadas en el ejercicio de la opción de compra inherente a un contrato de arrendamiento financiero, y habiéndose producido un ejercicio anticipado de dicha opción de compra, nos hallamos en presencia de una opción de compra inherente al citado contrato, no pudiendo hablarse de la existencia de un plazo mínimo de duración para el arrendamiento financiero tras la entrada en vigor de la antigua Ley 43/1995, de 27 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sociedades (LIS), motivo por el cual la aplicación de la exención resultaría improcedente. Así pues, en el ejercicio anticipado de la opción de compra en un arrendamiento financiero no existe exención, al tratarse de una opción inherente al contrato. Y, tras la aprobación de la antigua Ley 43/1995, no existe un plazo mínimo del contrato de arrendamiento financiero.

Con posterioridad, en su Informe de 14 de diciembre de 2011 la DGT precisaría que el art. 20.Uno.22° de la Ley 37/1992 establece la exención de las segundas y ulteriores entregas de edificaciones, incluidos los terrenos en que se hallen enclavadas, cuando tengan lugar después

de terminada su construcción o rehabilitación, indicando igualmente que, a los efectos de lo dispuesto en la citada Ley del IVA, se considerará primera entrega la realizada por el promotor que tenga por objeto una edificación cuya construcción o rehabilitación esté terminada, no teniendo en cambio la consideración de primera entrega la realizada por el promotor después de la utilización ininterrumpida del inmueble por un plazo igualo superior a dos años por su propietario o por titulares de derechos reales de goce o disfrute o en virtud de contratos de arrendamiento sin opción de compra, salvo que el adquirente sea quien utilizó la edificación durante el referido plazo. A tal efecto no han de computarse los períodos de utilización de edificaciones por los adquirentes de los mismos en los casos de resolución de las operaciones en cuya virtud se efectuaron las correspondientes transmisiones.

Establece además el citado art. 20.Uno.22° de la LIVA tres supuestos de exclusión a la procedencia de la exención que regula. En particular, la letra a) dispone que no se aplicará la exención a las entregas de edificaciones efectuadas en el ejercicio de la opción de compra inherente a un contrato de arrendamiento, por empresas dedicadas habitualmente a realizar operaciones de arrendamiento financiero, añadiendo que

“a los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el compromiso de ejercitar la opción de compra frente al arrendador se asimilará al ejercicio de la opción de compra.”

Como ya hemos tenido ocasión de analizar el concepto de arrendamiento financiero se recoge en la Disposición Adicional Séptima de la Ley 26/1998, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Ya inicialmente la antigua Ley 43/1995 estableció en su Disposición Derogatoria Única la derogación de los apartados 2 a 7 de la citada Disposición Adicional Séptima de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en los que se regulaba el tratamiento fiscal aplicable al arrendamiento financiero durante la vigencia de la antigua Ley 61/1978, del Impuesto de Sociedades, de 27 de diciembre. El objetivo de dicha derogación no era eliminar dichos requisitos, entre ellos el plazo mínimo de dichos contratos, sino que los mismos encontrarán una regulación completa y sistemática en el art. 128 de dicho texto (actual art. 106 de la Ley 27/2014, de 28 de noviembre, reguladora del Impuesto sobre Sociedades). Por lo tanto estimó la DGT que el requisito del plazo mínimo de dichos contratos permanece vigente en la actualidad en la medida en que la remisión realizada a la Disposición Adicional Séptima de la Ley 26/1998 debe interpretarse de forma sistemática al actual art. 106 de la Ley 27/2014,

Por otro lado el establecimiento de un plazo mínimo de duración para estos contratos de arrendamiento financiero tiene por objeto evitar prácticas abusivas. La no limitación del plazo de estos contratos podría provocar que empresarios se beneficiasen de la sujeción al IVA por la mera configuración jurídica de la operación de venta de una edificación, efecto en ningún caso perseguido por la excepción aquí cuestionada. Este mismo criterio fue reiterado por el Tribunal Económico Administrativo Central, que en su Resolución de 27 de julio de 2005 señaló que, si bien el art. 20.Uno. 22° de la Ley 37/1992 no establece un plazo para esas entregas efectuadas en el ejercicio de la opción de compra, dentro de la interpretación sistemática de las leyes tributarias no puede obviarse que ese ejercicio de la opción de compra se realiza al final del plazo previsto contractualmente y, si el mismo se anticipa, no se está produciendo el supuesto previsto para la

exención, al no poder ser considerado entonces como un contrato de arrendamiento financiero, por no cumplirse, con la cancelación anticipada, uno de los requisitos previstos para dichos contratos. Y ello con independencia de que, al efectuarse la cancelación anticipada, se hiciese frente a las cuotas pendientes de amortización, ya que dicho pago no altera el incumplimiento de uno de los requisitos del contrato.

En consecuencia concluyó la DGT a través del citado Informe que la exclusión de la exención contenida en la letra a) del art. 20.Uno.22° de la Ley 37/1992 resulta procedente, exclusivamente, cuando el ejercicio de la opción de compra por parte del arrendatario tenga lugar al término del contrato de arrendamiento financiero. Dicho ejercicio anticipado de la opción de compra constituirá una entrega de bienes sujeta pero exenta del IVA, sin perjuicio de que se opte por la renuncia a la exención con arreglo a los requisitos establecidos por el art. 20.Dos de la Ley 37/1992.

Dada una operación consistente en la transmisión de una promoción de viviendas, una vez terminadas, a un fondo de inversión sin que se haya realizado operación alguna de arrendamiento, afirma la DGT mediante Resolución de 21 de diciembre de 2011 que se trata de una primera entrega de edificaciones terminadas efectuada por su promotor y, por tanto, quedando por ello la operación sujeta y no exenta del IVA.

Por lo que respecta a la cuestión relativa a la interacción del concepto de primera entrega contenido en el art. 20.Uno.22° de la Ley del Impuesto con la exclusión de la exención en los arrendamientos con opción de compra contenida en la letra d´) del art. 20.Uno.23° de la citada Ley, de cara a determinar si la entrega de una edificación está exenta del Impuesto habrá que acudir a lo dispuesto en el art. 20.Uno.22° de la citada Ley. Del tenor literal del último párrafo del citado precepto se deduce que el legislador ha querido que el uso de la vivienda durante un plazo prudencial –por lo menos, dos años- agote la primera entrega, pero, a la vez, ha establecido la cautela de que dicho uso no se compute y, por tanto, no agote la primera entrega cuando se realice por quien será su propietario en última instancia, con el objetivo claro de evitar posibles esquemas de minoración artificial de la base imponible aprovechando indebidamente la exención del arrendamiento. Ahora bien el citado precepto se está refiriendo de forma expresa a uso, entre otros, en virtud de contratos sin opción de compra. Significa ello que el uso en virtud de contratos con opción de compra, por muy dilatados o sucesivos en el tiempo que sean, no pueden agotar nunca la primera entrega. Este último aspecto es de gran importancia, ya que es determinante de que por más contratos que se sucedan de arrendamiento con opción de compra, seguirá siendo de aplicación la exclusión de la letra d´) del art. 20.Uno.23° de la Ley 37/1992, y, por tanto, estos arrendamientos seguirán estando sujetos y no exentos del Impuesto como vía de traslado al consumo final del valor añadido de la promoción inicial.

Y, dado que la entrega de la vivienda por el promotor al arrendatario que la venía ocupando, en virtud de un contrato de arrendamiento con opción de compra, tiene la consideración siempre de primera entrega conforme a lo establecido anteriormente, el arrendamiento con opción de compra será una operación no exenta, no habiendo existido una entrega anterior por el hecho de que el promotor haya afectado al arrendamiento con opción de compra las viviendas inicialmente destinadas a la venta, ya que estas operaciones no tienen la consideración de autoconsumo.

Por otra parte, y de conformidad con lo declarado por el TS mediante Sentencia de 4 de junio de 2012, cuando la Ley del IVA establece la excepción a la exención no está exigiendo que la opción de compra se ejercite en un determinado plazo de manera que, cualquiera que sea el momento en el que se lleve a cabo, operará sus efectos, quedando en consecuencia la entrega de dichas edificaciones sujeta a IVA y no al ITPyAJD.

Analizaba concretamente el TS a través de la citada Sentencia la cuestión relativa a la determinación del régimen tributario que correspondía aplicar por el ejercicio anticipado de una opción de compra sobre un inmueble en un contrato de arrendamiento financiero. La Sala de instancia consideró ajustada a Derecho la renuncia a la exención en el IVA que se desprendía del otorgamiento de la escritura pública de compraventa por cancelación anticipada del mencionado arrendamiento, por lo que el negocio jurídico quedaba bajo el ámbito del mencionado tributo, en contra de la pretensión de la Comunidad Autónoma recurrente de someter la operación al impuesto sobre transmisiones patrimoniales.

A este respecto ya a través de su Sentencia de 14 de julio de 2010 había precisado el Alto Tribunal que cuando el art. 20.Uno.22 de la Ley del IVA establece la excepción a la exención no está exigiendo que la opción de compra se ejercite en un determinado plazo, por lo que, cualquiera que sea el momento en que se lleve a cabo, operará sus efectos, y, por tanto, la entrega de las edificaciones estará sujeta al IVA, y no al ITPyAJD. Mediante el ejercicio de la opción se pone fin al arrendamiento financiero, ya que éste no sólo termina por el transcurso de los plazos, sino cuando, por propia voluntad de las partes, se decide llevarla a cabo. Y, a pesar de que en el presente caso pudiera pensarse que en el momento de celebración del contrato regía un mínimo de duración de estos arrendamientos, lo cierto es que, cuando se ejercita la opción, este requisito ya no existía legalmente, y nada impedía que los contratantes, pudieran anticipar la opción por su propia voluntad.

Tal y como recuerda además el TS nos hallamos en presencia de operaciones realizadas entre empresarios, en que lo normal es la sujeción al IVA, y no al ITPyAJD, de tal forma que el sistema de neutralidad, mediante la repercusión, se vería afectado a través de una interpretación extensiva de la exención, cuyo carácter restrictivo viene impuesto por el art. 23.3 de la Ley General Tributaria.

A la cuestión relativa a la consideración como hecho imponible sujeto pero exento de IVA (y, en consecuencia, sujeto a la Modalidad de TPO) de la transmisión anticipada de un inmueble objeto de arrendamiento financiero se refirió igualmente la Sentencia del TS de 11 de junio de 2012. Tal y como recuerda el Tribunal el contrato de arrendamiento con opción de compra obliga al arrendador a pasar por la decisión que sobre la propiedad del bien tome el arrendatario al final del arrendamiento. Es decir, se trata de un arrendamiento que pueda conducir a una venta forzosa para el arrendador y esa venta forzosa es la única "inherente" al contrato. En el concreto supuesto de autos analizado por el Tribunal no hubo venta forzosa, sino que las partes convinieron, libremente, de mutuo acuerdo, la transmisión del inmueble, antes de la finalización del contrato de arrendamiento, con lo cual no concurre la excepción a la exención antes expuesta. En consecuencia se trata de un hecho imponible sujeto al IVA pero exento de dicho Impuesto, procediendo su tributación por la Modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

De acuerdo con lo declarado por el Alto Tribunal

“(…) El ejercicio anticipado de la opción de compra no ha de estimarse inherente al contrato sino que constituye una transmisión que requiere necesariamente la previa resolución del contrato de arrendamiento. En consecuencia el supuesto objeto de litigio no encaja dentro de la letra a) del art. 20.Uno.22 de la LIVA. Nos hallamos ante una segunda o ulterior transmisión de edificación que debe quedar sujeta al régimen general, de conformidad con el cual la operación estaría sujeta y exenta del IVA y sujeta a Transmisiones Patrimoniales (...) Distinto del caso que nos ocupa es aquél en el que se adelanta el ejercicio de la opción de compra en el marco de un contrato de arrendamiento financiero; este ejercicio anticipado de la opción de compra sobre un inmueble resulta inherente a la propia naturaleza de los contratos de arrendamiento financiero, por lo que no habría de aplicarse la exención a efectos del IVA y la consiguiente sujeción de la operación al ITPyAJD. Y ello debido a que el adelanto del ejercicio de la opción de compra de un inmueble correspondiente a un leasing inmobiliario significa, en definitiva, el ejercicio de la misma, y no una segunda o ulterior entrega sujeta pero exenta de IVA y sujeta en consecuencia a la Modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITPyAJD”.<sup>21</sup>

En definitiva en el presente caso el debate se centraba en determinar el régimen tributario que corresponde por el ejercicio anticipado de una opción de compra sobre un inmueble en un contrato de arrendamiento financiero. La Sala de instancia consideró ajustada a derecho la renuncia a la exención en el IVA que se desprendía del otorgamiento de la escritura pública de compraventa por cancelación anticipada del mencionado arrendamiento, por lo que el negocio jurídico quedaba bajo el ámbito del mencionado tributo, en contra de la pretensión de la Comunidad Autónoma recurrente de someter la operación al ITP.

Pues bien, de conformidad con lo declarado por el Alto Tribunal cuando el art. 20. Uno.22º de la Ley del IVA establece la excepción a la exención no está exigiendo que la opción de compra se ejercite en un determinado plazo, por lo que, cualquiera que sea el momento en que se lleve a cabo, operará sus efectos, y, por tanto, la entrega de las edificaciones estará sujeta al IVA, y no al ITPyAJD. Tal y como clarifica el Tribunal mediante el ejercicio de la opción se pone fin al arrendamiento financiero, ya que éste no sólo termina por el transcurso de los plazos, sino cuando, por propia voluntad de las partes, se decide llevarla a cabo. Y, a pesar de que en el concreto supuesto de autos analizado pudiera pensarse que en el momento de celebración del contrato regía un mínimo de duración de estos arrendamientos, lo cierto es que cuando se ejercitó la opción este requisito ya no existía legalmente, y nada impedía que los contratantes pudieran anticipar la opción por su propia voluntad.

---

<sup>21</sup> Añade asimismo el TS en esta Sentencia que

“(…) Lo que se produjo es una resolución del contrato por mutuo acuerdo, dejando así de ser obligatorias las cláusulas y, en su lugar, se otorgó otro distinto cuyo objeto principalísimo era bien distinto del original: éste era un contrato mixto de arrendamiento con opción a compra y aquél resultó un genuino contrato de compraventa enteramente desligado del inicial, siquiera pudiera tener una causa remota en el mismo (...) La transmisión no se efectuó ni en ejercicio de una opción de compra, ni en ejercicio de una opción de compra inherente a un contrato de arrendamiento. Lo primero por cuanto en la escritura de 19 de diciembre de 2001 se convienen dos cosas: la resolución (extinción) de un contrato mixto anterior y la celebración de un contrato puro de compraventa; es decir, la escritura no se otorga en ejecución de una opción vigente, sino que en ella se conviene, ex novo, una compraventa. Lo segundo porque es claro que si el contrato mixto, arrendamiento y opción a compra, quedaron resueltos, mal puede hablarse de opción de compra inherente a un contrato que ha sido resuelto (extinguido) por mutuo acuerdo de sus partes”.



Por otra parte recuerda el Tribunal que nos hallamos en presencia de operaciones realizadas entre empresarios en las que lo normal es la sujeción al IVA y no al ITPyAJD, de tal forma que el sistema de neutralidad mediante la repercusión se vería afectado a través de una interpretación extensiva de la exención, cuyo carácter restrictivo viene impuesto por el art. 23.3 de la Ley General Tributaria.

Con posterioridad, a través de su contestación a Consulta de 7 de septiembre de 2012 reiteraría la DGT que el ejercicio anticipado de la opción de compra no ha de considerarse inherente al contrato de arrendamiento por *leasing* según la entienden sus propias normas de regulación, sino una transmisión más dentro del tráfico mercantil, que requiere necesariamente la previa resolución del contrato de arrendamiento. Por otro lado consideró la DGT que la exclusión a la exención contenida en la letra a) del art. 20.Uno.22º de la Ley 37/1992 resulta procedente, exclusivamente, cuando el ejercicio de la opción de compra por parte del arrendatario tenga lugar al término del contrato de arrendamiento financiero. En el supuesto de que dicho ejercicio se efectuara de forma anticipada a su término previsto, e incluso cuando ya no existe un plazo mínimo para dichos contratos en su normativa sustantiva, ha de entenderse que tendría lugar la resolución del contrato de arrendamiento financiero y por consiguiente la referida exclusión no será aplicable. En base a ello reitera la DGT que el ejercicio anticipado de la opción de compra por parte de los clientes de la entidad de que se trate constituirá una entrega de bienes sujeta pero exenta de IVA, sin perjuicio de que el adquirente solicite al transmitente (entidad arrendadora hasta ese momento) la renuncia a la exención con arreglo a los requisitos establecidos por el art. 20.Dos de la Ley 37/1992.

## **2.2. Exenciones previstas en la normativa del iva susceptibles de poder ser aplicadas a los contratos de *leasing***

### *2.2.1. La exención de las operaciones financieras*

En primer lugar, cabría la posibilidad de aplicar al *leasing* financiero la exención de las operaciones de tal naturaleza prevista en el art. 20.Uno.18º de la LIVA. En particular, podría pensarse en la subsunción de este negocio en la letra c) del citado precepto, relativa a

“la concesión de créditos y préstamos en dinero, cualquiera que sea la forma en que se instrumente, incluso mediante efectos financieros o títulos de otra naturaleza”.

A estos efectos es preciso realizar dos consideraciones previas. De una parte, nos hallamos ante una norma que contiene una exención de carácter objetivo, de forma que ampara a ciertas operaciones financieras efectuadas por cualquier persona. Significa ello que la mera calificación como entidades financieras de las compañías de *leasing* no resulta suficiente para afirmar la aplicación de esta exención. Y, de otra, el citado precepto contiene un *numerus clausus*, de manera que los negocios no incluidos en la relación de operaciones contenida en aquella norma no pueden considerarse exentos.

Pues bien, teniendo en cuenta ambas premisas cabría afirmar la imposibilidad de aplicar la presente exención ya que, por mucho que el *leasing* constituya un medio de financiación, habría que forzar mucho el espíritu y la letra del citado precepto de cara a incluir dentro del mismo las operaciones anteriormente indicadas. Así se encargó de afirmarlo además la DGT, entre otras, en su Resolución de 15 de diciembre de 1999, al declarar no exentos los servicios de mediación en operaciones de *leasing*, precisando que aquellos sólo se encuentran exentos en caso de que también lo esté la operación en la que se intermedia.

### 2.2.2. Las exenciones de las operaciones inmobiliarias

En segundo término, resulta posible la aplicación de importantes exenciones tratándose de aquellos supuestos en los que el contrato tiene por objeto bienes inmuebles.

Sabido es que, a efectos del IVA, los contratos de *leasing* pueden tener la consideración de prestaciones de servicios o de entregas de bienes. Concretamente, dichos contratos constituirán prestaciones de servicios mientras el usuario no se comprometa al ejercicio de la opción de compra. En cambio, a partir del instante en el que dicho compromiso exista, la operación pasará a tener la consideración de entrega de bienes, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8.Dos.5º de la Ley 37/1992. Dada esta regulación, ¿procede la aplicación de la exención prevista en el art. 20.Uno.23º de la LIVA para los arrendamientos de terrenos y de edificios o partes de los mismos destinados exclusivamente a viviendas?

A *priori*, a pesar de que el apartado primero de la Disposición Adicional Séptima de la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Créditos exige que los bienes queden afectos al ejercicio de una actividad económica, ello no impide la existencia de un *leasing* “atípico” sobre viviendas, concertado en virtud del principio de autonomía de la voluntad consagrado en el art. 1255 del Código Civil (CC). Lo cierto es, sin embargo, que el apartado d) del art. 20.Uno.23º de la LIVA excluye de la exención a

“los arrendamientos con opción de compra de terrenos o viviendas cuya entrega estuviese sujeta y no exenta al impuesto”.

Como puede observarse el legislador parece entender que, en la práctica totalidad de los casos, el usuario termina adquiriendo la propiedad de los bienes. Se excluye así el arrendamiento previo de la exención cuando la entrega posterior deba quedar gravada por este impuesto. La finalidad parece clara: se trata de evitar que, ejercitándose la opción sin que exista un compromiso anterior, el Impuesto sólo recaiga sobre el valor residual final.

Así las cosas la cesión del uso inherente a los contratos de *leasing*, tratándose de terrenos y viviendas, se encuentra sujeta y no exenta de IVA siempre que la hipotética entrega a que pueda dar lugar el ejercicio de la opción tampoco se halle exenta. Esto es lo que sucede, por ejemplo, tratándose de la primera entrega de una edificación. En cambio, dichas cesiones quedarán exentas de IVA y, por ende, sujetas a ITPyAJD, en el supuesto de que la posterior transmisión estuviese igualmente exenta del primero de los Impuestos citados, al recaer sobre un terreno rústico (art. 20.Uno.20º de la Ley 37/1992).

La exención en el IVA de la cesión de uso se producirá asimismo cuando la posterior transmisión constituya una segunda entrega de edificaciones, exenta del Impuesto de conformidad con lo dispuesto en el art. 20.Uno.22º de la LIVA. Ahora bien cabría la posibilidad de estimar que dicha entrega nunca quedará exenta, ya que el precepto excluye la aplicación del beneficio en relación a las entregas de edificaciones efectuadas en el ejercicio de la opción de compra inherente a un contrato de arrendamiento financiero.

Tal y como ya se ha analizado se refiere la letra a) del art. 20.Uno.22º de la Ley 37/1992 a las entregas efectuadas por empresas dedicadas habitualmente a realizar operaciones de arrendamiento financiero. Se proyecta así la exención sobre aquellos contratos “atípicos” concertados por un sujeto que no tenga la consideración de compañía de *leasing*.<sup>22</sup>

Puede llegar a suceder que un empresario que no sea una compañía de *leasing* adquiera una edificación al promotor de la misma y, a continuación, efectúe un *leasing* operativo sobre alguna de las viviendas incluidas en aquélla. Incluso cabría la posibilidad (a pesar de que no sea lo habitual) de que, dado un determinado contrato de *leasing* operativo, se interponga un empresario entre el usuario de los bienes y el productor de los mismos.

Debe precisarse no obstante que la posibilidad de renunciar a la aplicación de la exención en la entrega introduce un factor de incertidumbre. Por ejemplo, ¿Qué sucedería si, a pesar de que el arrendamiento previo se considere exento de IVA por estarlo también la ulterior transmisión, con posterioridad se renunciase a la exención de esta última? ¿Podría sujetarse el arrendamiento a IVA, pensando que después se renunciará a la exención de la transmisión?

En relación con la primera de las cuestiones planteadas dos serían, *a priori*, las posibles interpretaciones. En primer lugar, estimar que la exención del arrendamiento depende, no ya de que, en abstracto, la posible entrega posterior se encuentre también exenta, sino de que lo haya estado, de manera efectiva, en el caso concreto. Siendo ello así la renuncia a la exención de la segunda operación provocaría, *a posteriori*, el sometimiento de la primera al IVA. De este modo el sujeto pasivo (en el presente caso la compañía de *leasing*) habría de regularizar su situación a efectos de IVA, quedando obligado el usuario a solicitar la devolución del ingreso indebido efectuado, en concepto de TPO.

A nuestro juicio la adopción de este primer criterio interpretativo resulta difícilmente admisible desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Adicionalmente su aplicación plantea serias dificultades ya que, en la generalidad de los casos, se habrá producido la prescripción del derecho de la Administración a liquidar la deuda de IVA y del derecho del usuario a obtener la devolución del ingreso indebido en la Modalidad de TPO. Téngase presente a este respecto que los contratos de *leasing* inmobiliario incluidos en el régimen especial del art. 106 de la Ley 27/2014, de 28 de noviembre, reguladora del Impuesto sobre Sociedades tienen una duración mínima de diez años.

---

<sup>22</sup> Véase, a este respecto, la contestación de la DGT a Consulta de 1 de junio de 2010, en la que se afirma que está sujeto pero exento de IVA el arrendamiento sin opción de compra de un inmueble con la finalidad de destinarlo exclusivamente a vivienda por el arrendatario.

Se hace necesaria pues la adopción de una segunda interpretación más acorde con el citado principio de seguridad jurídica y con la propia finalidad de la norma. Y, en este sentido, estimamos que la situación de incertidumbre anteriormente planteada sólo podría solventarse obviando la hipotética renuncia a la exención de la transmisión. En otras palabras, siempre que la posterior transmisión se encuentre, en principio, exenta, el arrendamiento previo también lo estará. Y si, con posterioridad, el sujeto pasivo renunciase a la exención, la transmisión tributaría por IVA, si bien el arrendamiento habría quedado exento (y, por tanto, sujeto a TPO) de manera definitiva.

Obsérvese que, tal y como se ha indicado, la finalidad de la norma consiste en evitar que, mediante el recurso a la figura del arrendamiento con opción de compra, quede fuera del ámbito del IVA la mayor parte del precio satisfecho por la transmisión de un inmueble cuya entrega nunca va a estar exenta. Nos estamos refiriendo a aquellas operaciones consistentes en primeras entregas de edificaciones, entregas de terrenos urbanizados o en curso de urbanización realizadas por el promotor de la misma (art. 20.Uno.20.a) de la LIVA) y entregas de terrenos en los que se encuentren enclavadas edificaciones en curso de construcción o terminadas, cuando se transmitan conjuntamente con las mismas y las entregas de estas últimas estén sujetas y no exentas de IVA (art. 20.Uno.20.b de la Ley 37/1992).

Sin embargo, resulta irrelevante que ocurra lo contrario, es decir, que quede fuera del ámbito del IVA la mayor parte de la contraprestación satisfecha por una transmisión que, salvo que el sujeto pasivo decida otra cosa, está exenta.

La anterior apreciación contribuye, además, a dar respuesta al segundo interrogante anteriormente planteado. Y es que, siendo lo determinante para decidir la tributación del arrendamiento con opción de compra de estos inmuebles que su posterior entrega, en abstracto, se encuentre exenta de IVA, si esta condición se cumple el arrendamiento quedará siempre exento de este último Impuesto y sometido a TPO, a pesar de que desde un primer momento el usuario haya decidido ejercitar la opción de compra (no habiéndose comprometido a ello ya que, en caso contrario, estaríamos ante una entrega de bienes) y el sujeto pasivo tenga la intención de renunciar a la exención.

Por otra parte desde el instante en el que la operación tenga la consideración de entrega de bienes podría igualmente quedar afectada por la aplicación de exenciones en el IVA, tratándose de bienes inmuebles (por ejemplo, la relativa a las entregas de terrenos rústicos, recogida como ya sabemos en el art. 20.Uno.20º de la LIVA). Incluso pudiera llegar a suceder que estuviésemos en presencia de la segunda entrega de una edificación, exenta en principio de IVA en virtud de lo dispuesto en el art. 20.Uno.22º de la Ley 37/1992. Piénsese que nunca tendrá la consideración de segunda entrega la efectuada por el promotor en virtud de un *leasing* operativo, al excluir el citado precepto del concepto de primera entrega la realizada tras la utilización ininterrumpida del inmueble durante un plazo igual o superior a dos años en virtud de contratos de arrendamiento sin opción de compra, salvo que el adquirente sea quien utilizó la edificación durante el referido plazo.

Aquellas entregas que hayan sido efectuadas por una compañía de *leasing* en virtud de un contrato de arrendamiento financiero sí que tendrán la consideración de segunda o ulteriores entregas. Volvemos a recordar, sin embargo, que la letra a) del art. 20.Uno.22º de la LIVA excluye de la aplicación de la exención a

“Las entregas de edificaciones efectuadas en el ejercicio de la opción de compra inherente a un contrato de arrendamiento, por empresas dedicadas habitualmente a realizar operaciones de arrendamiento financiero”.

Ciertamente la redacción de la citada norma que, como puede comprobarse, pone el acento en el carácter “inherente” de la opción, suscitó en su día una importante controversia. Señaló el TEAC en sus Resoluciones de 25 de enero y 1 de julio de 1996 que sólo ostentan aquel carácter las entregas efectuadas en virtud de la opción de compra ejercitada en el momento señalado en el contrato. Ahora bien, tal y como precisó el Tribunal en la segunda de las Resoluciones anteriormente indicada,

“Un ejercicio anticipado de la opción de compra, no ha de considerarse inherente a este contrato según la entienden sus propias normas de regulación, sino una transmisión más dentro del tráfico mercantil, previa resolución del contrato de arrendamiento”.

¿Qué consideraciones nos merece la adopción de este último criterio? Desde nuestro punto de vista se trataba de una afirmación carente de todo fundamento. La norma exige que la entrega se efectúe en virtud del ejercicio de la opción de compra que, si bien de conformidad con lo establecido en el apartado primero de la Disposición Adicional Séptima de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito ha de figurar necesariamente en los contratos de arrendamiento financiero, no obliga en modo alguno a que este ejercicio deba efectuarse en el momento inicialmente pactado en el contrato.

En efecto, lo que el art. 20.Uno.22º.a) de la LIVA lleva a cabo es una descripción del contenido de los contratos, que deben incorporar, en todo caso, una opción de compra, declarándose a continuación no exentas las entregas efectuadas como consecuencia del ejercicio de esta última. Pero no pretende incluir en la exención aquellas transmisiones que, en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, se acuerden realizar en un momento anterior al pactado inicialmente. Y no cabe afirmar, como hizo el TEAC en las Resoluciones anteriormente citadas, que dichas entregas son el resultado de transmisiones normales del tráfico mercantil efectuadas una vez resuelto el contrato de arrendamiento financiero. Entre otras razones porque, como es sabido, las cantidades que el usuario entrega en virtud del contrato de *leasing* son descontadas del precio final de la opción. No puede sostenerse, en consecuencia, que existe una desconexión entre la transmisión y el contrato celebrado con anterioridad. Por contra, constituye el último acto de ejecución de aquel negocio.

Adicionalmente declaró el TEAC a través de las citadas Resoluciones de 25 de enero y de 11 de julio de 1996 que la exclusión de las entregas efectuadas en el ejercicio de la opción de compra inherente a los contratos de arrendamiento financiero se refiere a la venta forzosa efectuada a requerimiento del arrendatario al finalizar el contrato de arrendamiento financiero, y no a la venta realizada por acuerdo entre las partes antes de la finalización del contrato, la cual habría de considerarse exenta.

Dicha interpretación, sin embargo, resulta cuando menos discutible, no ya sólo porque no se deduce en modo alguno de un precepto que, en cuanto excepción a un supuesto de exención, ha de ser objeto de una interpretación no estricta, sino también porque constituye una discriminación en cierta medida carente de sentido hacia unas operaciones en las que se ha pretendido alcanzar el mayor nivel posible de neutralidad mediante la repercusión y deducción del IVA en todas las fases de la cadena.

Se afirma por otra parte en el citado precepto que “A estos efectos, el compromiso de ejercitar la opción de compra frente al arrendador se asimilará al ejercicio de la opción de compra”. En nuestra opinión se trata de una previsión que resulta coherente con la consideración de entrega que tiene esta operación desde que existe un compromiso de ejercitar la opción, tal y como establece el art. 8.Dos.5º de la LIVA. De este modo la exclusión de la exención se aplica desde el mismo momento en que la operación deja de tener la consideración de prestación de servicios y pasa a constituir una entrega de bienes.

El fundamento de la presente excepción a la exención reside, por tanto, en el deseo del legislador de someter al IVA el proceso de producción de las edificaciones. Téngase presente que en aquellos supuestos en los que la transmisión de éstas adopta un ropaje jurídico más tradicional, las segundas y ulteriores entregas quedan fuera de dicho proceso, declarándose exentas del IVA, al asemejarse más a un tráfico civil de estos bienes.

Sin embargo en los contratos de *leasing* la situación es distinta ya que, al interponerse una compañía financiera entre el promotor y el comprador, las transmisiones que efectúe aquella van a tener la consideración de segundas entregas, aunque no se encuentren fuera del proceso de producción de las edificaciones. Tiene lugar así el establecimiento de una excepción a la regla general consistente en sujetar al IVA, en todo caso, estas segundas entregas.

Cuestión diversa es que puedan quedar exentas del IVA (salvo que se renuncie al beneficio) y, por tanto, sujetas al ITPyAJD, las segundas o ulteriores entregas de edificaciones efectuadas en virtud de contratos de arrendamiento con opción de compra por parte de empresarios o profesionales distintos del promotor y que no tengan la condición de compañías de *leasing*.

Afirma la DGT en su contestación a Consulta de 23 de diciembre de 2005, relativa a la aplicación en materia de IVA de la exención a las transmisiones de inmuebles a empresas de *leasing* habiendo sido la adquisición efectuada por una entidad autorizada a realizar operaciones de arrendamiento financiero exentas del citado Impuesto, que dicha adquisición podría quedar asimismo exenta de la Modalidad de TPO del ITPyAJD. No obstante si, como sucede en el presente caso, el transmitente es una persona que no ejerce ninguna actividad económica, se incumple el requisito relativo a que la operación se halle sujeta pero exenta de IVA, de manera que la transmisión, al no cumplir con dicha condición, quedará sujeta a la Modalidad de TPO del ITPyAJD.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Como es sabido la exención anterior, que en este caso no ha de ser aplicada, constituye un mecanismo previsto para impedir que en el ámbito de este tipo de operaciones puedan llegar a quedar sujetas a imposición las transmisiones de bienes usados transmitidos por sujetos pasivos de IVA a otros sujetos pasivos del citado Impuesto. Sin embargo, no dándose la primera condición no cabría tal exoneración.

Refiriéndose a la tributación de los propios contratos de arrendamiento financiero señala la DGT en la citada Resolución que, siendo efectuados los mismos por sujetos pasivos del IVA en el ejercicio de su actividad, habrán de quedar sujetas a dicho Impuesto y no lo estarán a la Modalidad de TPO del ITPyAJD. Y, por otra parte, al formalizarse en escritura notarial, resultar inscribibles (tanto la constitución de estos contratos, cuando se realizan sobre inmuebles, como el ejercicio de la opción de compra que, como elemento esencial de la tipificación de estas operaciones, siempre debe incluirse en dichos contratos), contener cantidad o cosa valuable en ambos casos y no estar sujetas ninguna de las dos operaciones a otras Modalidades del ITPyAJD ni al ISD, dichos contratos quedarían en los dos instantes (esto es, en el de la constitución y en el del ejercicio de la opción de compra) sujetos a la cuota gradual de Documentos Notariales de la Modalidad de AJD.

Ninguna referencia se contiene, sin embargo, en la citada Resolución, acerca de los criterios que deben de seguirse para proceder a la cuantificación de la base imponible en los dos casos gravados por dicha cuota gradual, a saber, la constitución del *leasing* y el momento en el que se ejerce la opción de compra. No obstante es doctrina mantenida por la DGT que en la constitución la base imponible debe ser la correspondiente a las cuotas a pagar por el arrendamiento financiero hasta el ejercicio de la opción de compra, mientras que en el ejercicio de dicha opción la base imponible ha de quedar determinada por la cuantía de la misma.<sup>24</sup>

Con posterioridad declaró la DGT en su contestación a Consulta de 27 de octubre de 2008, relativa a la tributación de los arrendamientos con opción de compra a efectos del IVA, que en el supuesto de que, dentro del marco de un contrato de arrendamiento de vivienda con opción de compra, tras la finalización de un plazo de 15 años, la citada vivienda se entregase al arrendatario originario por estar así regulado contractualmente, el arrendamiento estará sujeto y no exento de IVA al tratarse, en el momento de la entrega de la misma, de una operación sujeta y no exenta, de acuerdo con lo establecido por el art. 20.Uno.22º de la LIVA. Volvemos a recordar que dicho precepto señala que la entrega de vivienda efectuada al arrendatario que hubiese utilizado la misma por un plazo igual o superior a dos años tiene la consideración de entrega sujeta y no exenta del Impuesto. Ahora bien sin perjuicio de lo anterior precisó la DGT que, en el supuesto de que durante el período previsto (por aquel entonces de 15 años) se hubiese producido un cambio en el arrendatario de la vivienda y, como consecuencia del mismo, el nuevo arrendatario utilizara la vivienda por un plazo inferior a dos años, la entrega de la misma efectuada en el momento del ejercicio de la opción de compra estaría sujeta pero exenta del Impuesto y, en consecuencia, el arrendatario de la misma también estaría exento del citado Impuesto.

---

<sup>24</sup> Así, por ejemplo, declaró la DGT en su contestación a Consulta de 19 de septiembre de 2005 que

“La base imponible de la mencionada cuota proporcional debe integrarse, de acuerdo con el citado artículo, con la cantidad o cosa valuable. En el caso de las operaciones de *leasing*, al gravarse por la cuota proporcional todas las cantidades correspondientes a la recuperación del coste o valor del bien inmueble, como la parte de los intereses financieros, al ejercitarse la opción de compra, ya se ha satisfecho una parte del valor del bien de que se trate, por lo que la base imponible debe limitarse a la cuantía del importe del ejercicio de la opción de compra, sin que deban incluirse las cuantías correspondientes a las cuotas del *leasing*, puesto que para adquirir el inmueble ya se declararon y se pagaron las cuotas de las mismas”.

Quedaba claro por tanto que la transmisión efectuada por un particular de un inmueble a una entidad autorizada para realizar operaciones de arrendamiento financiero inmobiliario está sujeta y no exenta de la Modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITPyAJD, al no cumplir uno de los requisitos exigidos para la aplicación de la exención, como es estar exenta de IVA. Y, por lo que respecta a la posterior realización de una operación de *leasing* sobre el inmueble así adquirido, constituye una operación sujeta a IVA, debiendo gravarse además la escritura a través de la cual se formalice aquélla por la cuota gradual de Documentos Notariales de la Modalidad AJD del ITPyAJD. En todo caso la exención establecida para la adquisición de inmuebles de cara a su posterior arrendamiento financiero exige que el transmitente sea sujeto pasivo de IVA, debiendo producirse la tributación del *leasing* por el ITPyAJD.<sup>25</sup>

En suma, al amparo de todo lo anterior podemos diferenciar los siguientes supuestos de contratos de arrendamiento con opción de compra celebrados por empresarios en el ejercicio de su actividad.

#### 2.2.2.1. Supuestos en los que la operación tiene la consideración de prestación de servicios

En el supuesto de que la cesión de uso tuviese por objeto terrenos o viviendas, la prestación de servicios quedaría exenta de IVA y sujeta a ITPyAJD en concepto de arrendamiento, si bien a tal efecto será necesario que la posterior entrega de los bienes resulte también exenta de IVA. Así sucedería, por ejemplo, tratándose de un terreno rústico o de la segunda entrega de una edificación efectuada en virtud de un contrato de arrendamiento con opción de compra concertado por un empresario que no tenga la consideración de compañía de *leasing*. En cambio, las cesiones de uso de terrenos y viviendas se encuentran sujetas y no exentas de IVA siempre que la hipotética entrega a que pueda dar lugar el ejercicio de la opción tampoco se halle exenta. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en aquellos supuestos de primera entrega de una edificación.

#### 2.2.2.2. Supuestos en los que la operación tiene la consideración de entrega de bienes.

La entrega derivada del contrato de *leasing* se encontrará exenta de IVA y sujeta a ITPyAJD, salvo que se renuncie a la aplicación de la exención, siendo el bien un terreno rústico.

Por el contrario, tratándose de edificaciones, la operación quedará siempre sujeta y no exenta de IVA en aquellos supuestos de contratos de *leasing* operativo celebrados por el propio promotor de aquéllas o si nos hallamos ante un *leasing* financiero concertado entre una compañía de *leasing* y el usuario.

---

<sup>25</sup> Señaló además la DGT en su contestación a Consulta de 11 de noviembre de 2010, a través de la cual se analizaba un supuesto relativo a un arrendamiento de viviendas con opción de compra en las que el inquilino podría ejercer la opción una vez que la vivienda hubiese estado destinada al arrendamiento durante siete o cinco años contados a partir de su calificación definitiva que, en el supuesto de que un arrendatario dejara de serlo antes de llegar el momento de ejercer la opción, perdería tal derecho y no se le reintegraría cantidad alguna, siendo la voluntad del arrendador destinar las viviendas, desde el principio, al arrendamiento con opción de compra, motivo por el cual la operación estaría exenta de IVA.



De este modo, sólo podrán quedar exentas de IVA y, en consecuencia, sujetas a ITPyAJD (salvo que se renuncie a la aplicación de la exención), las segundas o ulteriores entregas de edificaciones efectuadas en virtud de contratos de arrendamiento con opción de compra, por parte de empresarios o profesionales, distintos del promotor y de la sociedad de *leasing*.

Al hilo de la cuestión relativa al ejercicio de la opción de compra en un contrato de *leasing* declaró el TSJ. de Cataluña mediante Sentencia de 22 de marzo de 2012 que, al ejercitarse dicha opción de compra, ya se habrá satisfecho una parte del valor del bien de que se trate (más precisamente, todo el valor del bien, salvo el llamado “valor residual”). Debido a ello, en la segunda escritura pública, que documentará el ejercicio de la opción de compra, la base imponible habrá de limitarse a la cuantía por la que se ejercite dicha opción de compra, sin que deban incluirse las cuantías correspondientes a las cuotas periódicas, dado que ya se declararon en la escritura pública de constitución del arrendamiento financiero.

En relación con la cuestión relativa a la delimitación IVA-TPO en los contratos de leasing recuerda además la Sentencia del TSJ. de Extremadura de 10 de abril de 2012 el carácter neutro que ha de tener el IVA respecto de los empresarios o profesionales que desarrollan las actividades de esta naturaleza para estos fines, tratándose de una actividad sujeta y no exenta, al no resultar aplicable la excepción que prevé el art. 20.uno.22º de la Ley 37/1992. Esta entrega segunda o ulterior de edificación se encontraría sujeta y exenta, salvo que se tratase de un *leasing* por empresas dedicadas habitualmente a realizar operaciones de arrendamiento financiero, que no tendría la exención, es decir que se encontraría directamente sujeta a IVA. En cualquier caso en el concreto supuesto de autos analizado constaba la renuncia a la exención derivada de actos expresos claros, como lo es el previo abono del IVA correspondiente por parte de la compradora, en base a lo cual concluye el Tribunal que la operación está sujeta a IVA y al IAJD.

Y, dentro del ámbito de la doctrina administrativa, afirma el TEAC mediante Resolución de 15 de noviembre de 2012, relativa a la tributación de la entrega de un bien inmueble derivada del ejercicio anticipado de la opción de compra en un contrato de arrendamiento financiero que dicho ejercicio anticipado de la opción de compra sobre un inmueble resulta inherente a la propia naturaleza de los contratos de arrendamiento financiero, de manera que no resulta de aplicación a efectos del IVA la exención regulada en el art. 20.Uno.22º de la Ley 37/1992, siendo en cambio aplicable la excepción a la exención establecida en dicho precepto, y no considerándose que existe ejercicio anticipado de la opción de compra cuando tiene lugar la previa resolución del contrato de arrendamiento financiero y, una vez resuelto, se procede a efectuar la compraventa del edificio.

De este modo, tratándose de un supuesto en el que se adelanta el ejercicio de la opción de compra en el marco de un contrato de arrendamiento financiero, a pesar de que se anticipe su ejercicio, ha de estimarse que la opción es inherente al contrato, procediendo la tributación por IVA. En palabras del TEAC

“Este ejercicio anticipado de la opción de compra sobre un inmueble resulta inherente a la propia naturaleza de los contratos de arrendamiento financiero, por lo que no habría de aplicarse la exención a efectos del IVA y la consiguiente sujeción de la operación al ITP y AJD. Y ello debido a que el adelan-

to del ejercicio de la opción de compra de un inmueble correspondiente a un *leasing* inmobiliario significa, en definitiva, el ejercicio de la misma, y no una segunda o ulterior entrega sujeta pero exenta de IVA y sujeta en consecuencia a la Modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITPyAJD”.

A resultas de lo anterior el TEAC, que se apoyó además en la Sentencia del TS de 14 de julio de 2010<sup>26</sup>, procedió a anular la liquidación practicada por TPO declarando sujeta a IVA la entrega de los inmuebles, precisando que el art. 20.Uno.22º de la LIVA no exige que la opción de compra se ejercite en un plazo determinado, de manera que cualquiera que sea el momento en que se lleva a cabo, y siempre que estuviera en vigor, operarán sus efectos, estimándose que la entrega de los inmuebles estuvo sujeta al IVA y no al ITP.

### 3. PRINCIPALES CUESTIONES CONFLICTIVAS ACTUALES DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DEL IVA A LOS CONTRATOS DE *LEASING*

Una vez delimitados los supuestos en que los contratos de *leasing* resultan sometidos a gravamen por el IVA, procede efectuar un análisis del tratamiento que reciben aquellos en este Impuesto. A tal efecto centraremos nuestro estudio en las relaciones existentes entre la compañía de *leasing* y el usuario, ya que es donde se manifiestan las principales peculiaridades derivadas del tratamiento de este contrato.

#### 3.1. El contrato de *leasing* y el hecho imponible del IVA

##### 3.1.1. La doble consideración de la operación como prestación de servicios y entrega de bienes.

Califica el art. 8.Dos.5º de la Ley 37/1992 como entrega de bienes a las cesiones de bienes efectuadas en virtud de contratos de arrendamiento-venta y asimilados, precisando a continuación el citado precepto que

“A efectos de este impuesto, se asimilarán a los contratos de arrendamiento-venta los de arrendamiento con opción de compra desde el momento en que el arrendatario se comprometa a ejercitar dicha opción y, en general, los de arrendamiento de bienes con cláusula de transferencia de la propiedad vinculante para ambas partes”.

Por su parte el art. 11.Dos de la LIVA califica como prestaciones de servicios a

“Los arrendamientos de bienes, industria o negocio, empresas o establecimientos mercantiles, con o sin opción de compra» y a «las cesiones del uso o disfrute de bienes”.

<sup>26</sup> Tal y como afirmó el Alto Tribunal en el citado pronunciamiento “(...)Cuando el artículo 20.Uno.22, de la Ley del IVA establece la excepción a la exención no está exigiendo que la opción de compra se ejercite en un determinado plazo, por lo que, cualquiera que sea el momento en que se lleve a cabo, operará sus efectos, y, por tanto, la entrega de las edificaciones estará sujeta al IVA, y no al ITPAJD Mediante el ejercicio de la opción se pone fin al arrendamiento financiero, pues este no sólo termina por el transcurso de los plazos, sino cuando, por propia voluntad de las partes, se decide llevarla a cabo (...) Este ejercicio anticipado de la opción de compra sobre un inmueble resulta inherente a la propia naturaleza de los contratos de arrendamiento financiero, por lo que no habría de aplicarse la exención a efectos del IVA y la consiguiente sujeción de la operación al ITP y AJD.Y ello debido a que el adelanto del ejercicio de la opción de compra de un inmueble correspondiente a un *leasing* inmobiliario significa, en definitiva, el ejercicio de la misma, y no una segunda o ulterior entrega sujeta pero exenta de IVA y sujeta en consecuencia a la Modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITP y AJD.” En esta misma línea se sitúa la Sentencia del Alto Tribunal de 4 de junio de 2012.

Adviértase en consecuencia que, dentro de los llamados contratos de *leasing*, pueden darse tres posibilidades. En primer lugar que, desde la misma celebración del contrato, el usuario se comprometa al ejercicio de la opción de compra. Pues bien, en este primer caso la totalidad de la operación tendría la consideración de entrega de bienes.

En segundo término, cabría la posibilidad de que el arrendatario nunca llegue a ejercitar dicha opción, constituyendo así la cesión del uso una prestación de servicios. Y, finalmente, podría suceder (de hecho será lo más frecuente) que el usuario no se comprometiese desde el principio al ejercicio de la opción de compra, adquiriendo finalmente dicho compromiso o ejercitando la opción. En este último supuesto la operación sería considerada, inicialmente, como una prestación de servicios, pasando con posterioridad a calificarse como entrega de bienes.

De cualquier manera ha de precisarse que el art. 8.Dos.5º de la Ley 37/1992 no exige que el compromiso de ejercicio de la opción de compra se efectúe con formalidades especiales. Ello podría llegar a originar, en algunos supuestos, diversos problemas a la hora de determinar la verdadera voluntad de las partes.

Pensemos, por ejemplo, en aquellos casos en los que el usuario acepta letras de cambio por la totalidad de las cuotas pendientes, incluida la correspondiente a la opción de compra. ¿Hasta qué punto esta circunstancia constituye una prueba de que existe un compromiso acerca de su ejercicio? A nuestro juicio así es, motivo por el cual corresponderá al sujeto pasivo acreditar que la aceptación de los efectos cumple, en el caso concreto, una finalidad distinta de aquélla.<sup>27</sup>

De lo que no cabe ninguna duda es de que el único elemento que permite transformar en entrega de bienes lo que, en principio, constituye una prestación de servicios, es el compromiso de ejercer o el propio ejercicio de la opción de compra.<sup>28</sup>

Pues bien, como consecuencia de este peculiar tratamiento de los contratos de *leasing* resulta de aplicación a los mismos lo dispuesto en el art. 5.4.b) de la antigua Sexta Directiva (actual art. 14.2.b de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del IVA) para los arrendamientos-venta. Dispone dicho precepto que se ha de considerar como entrega de bienes, la efectuada “en virtud de contratos que concedan su arrendamiento durante un cierto período de tiempo, o la venta a plazos de bienes, cuando se pacte que se adquirirá su plena propiedad en el momento del pago del último vencimiento como máximo”. Y, adoptando dicho criterio, estima el legislador de la Ley 37/1992 que desde el mo-

---

<sup>27</sup> Véase, a este respecto, la Resolución del TEAC de 29 de mayo de 1996, en la que se declaró que

“La inclusión, en la carta enviada por la arrendataria a la arrendadora, (...) de la expresión ‘sin trascendencia jurídico-privada’ impide considerar que el compromiso de ejercer la opción de compra adquiere el carácter irrevocable previsto para poner entender producida la entrega del bien”.

<sup>28</sup> Así resulta reconocido, entre otras, en la STSJ. de Andalucía de 10 de mayo de 2002, que rechazó otras consideraciones posibles, como la de que el contrato otorga el derecho a practicar deducciones por inversiones en el IS. Y es que cabe aludir a la existencia de una discordancia entre ambos tributos, ya que un contrato de *leasing* inmobiliario puede recibir el tratamiento de inversión en IS y, sin embargo, constituir una prestación de servicios en el IVA en la medida en que no exista el compromiso o el ejercicio de la opción de compra.

mento en que el usuario se compromete al ejercicio de la opción de compra la operación ha de considerarse como entrega de bienes, constituyendo el pago del precio de la opción al que se obliga el usuario el último vencimiento de la operación y produciéndose la transmisión de la propiedad.<sup>29</sup>

Desde nuestro punto de vista el criterio adoptado resulta coherente con el concepto de entrega de bienes diseñado por el art. 8.Uno de la LIVA, en virtud del cual se considera entrega de bienes la transmisión del poder de disposición sobre bienes corporales, incluso si la misma se efectúa mediante la cesión de títulos representativos de dichos bienes.

Ya en su día manifestó a este respecto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 8 de febrero de 1990 (As. C-320/88), que “Debe entenderse por entrega la transmisión de un poder de disposición sobre un bien equivalente al de propietario, aunque no se haya efectuado la transmisión de la titularidad jurídica sobre el mismo”<sup>30</sup>. Y, en consonancia con lo anterior, nuestro legislador estima que desde el momento en que el usuario se obliga a adquirir la propiedad del elemento existe una entrega de bienes, a pesar de que todavía no ostente la condición de propietario, por no haber llegado el momento de ejercicio de la correspondiente opción.

Señaló la DGT en su contestación a Consulta de 19 de julio de 2006, anteriormente citada, y relativa a la tributación del ejercicio anticipado del derecho de opción de compra de un contrato de arrendamiento financiero sobre un edificio, que el incumplimiento del plazo de duración del contrato de arrendamiento financiero inmobiliario, al haberse adquirido con anterioridad al plazo de 10 años que establece al efecto la normativa del IS para los contratos de arrendamiento financiero o *leasing* de bienes inmuebles, determina que el citado contrato deje de ser de *leasing*, convirtiéndose a efectos fiscales en una simple adquisición que, además, constituirá una segunda o ulterior entrega del inmueble, no resultando por tanto de aplicación la excepción a la exención prevista en el IVA para las segundas y ulteriores entregas en los supuestos de entregas de edificaciones efectuadas en el ejercicio de la opción de compra inherente a un contrato de arrendamiento financiero por empresas dedicadas habitualmente a realizar operaciones de arrendamiento financiero, lo que determinaría su sujeción a la Modalidad de TPO del ITPyAJD.

---

<sup>29</sup> Tal y como ha precisado RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., “La calificación del arrendamiento financiero en el Impuesto sobre el Valor Añadido (la adopción del criterio contable por parte de la jurisprudencia comunitaria)”, *Boletín Crónica Tributaria*, núm. 5, 2013 (consultado en [www.ief.es](http://www.ief.es))

“la Directiva equipara en este caso el concepto de entrega de bienes con la mera puesta a disposición, pero sometido a dos condiciones. De un lado, que el uso del bien se produzca en virtud de un contrato de arrendamiento o de venta a plazos. De otro lado, que, dadas las circunstancias, lo normal sea que el usuario adquiera la plena propiedad en el momento del pago del último vencimiento como máximo”.

<sup>30</sup> Adviértase en consecuencia como para el Tribunal el concepto de entrega de bienes no se refiere a la transmisión de la propiedad en las formas establecidas por el Derecho nacional aplicable, sino que incluye toda operación de transmisión de un bien corporal efectuada por una parte que faculta a la otra parte a disponer de hecho de él como si fuera la propietaria del bien. Se añade además en la citada Sentencia que ello resulta coherente con la idea de un impuesto armonizado que debe aplicarse de manera uniforme, lo que impide condicionar el concepto de entrega de bienes a los requisitos previstos en el Derecho Civil nacional para considerar que existe una transmisión de la propiedad.

Estimaba así el citado Centro Directivo en dicha Resolución de 19 de julio de 2006 que nos hallamos ante una operación sujeta a ITPyAJD, resultando inaplicable la excepción a la exención en el IVA de las segundas y ulteriores entregas de edificaciones, en los supuestos de entregas de edificaciones efectuadas en el ejercicio de la opción de compra inherente a un contrato de arrendamiento por empresas dedicadas habitualmente a la realización de operaciones de *leasing*. Subraya además la DGT la exclusión de la posibilidad de comprobar el valor si, al efectuarse la autoliquidación, se toma el valor del bien publicado por la propia Administración. En efecto, en cuanto a la valoración previa del inmueble por parte de la Administración competente (en este caso la de la Comunidad Autónoma en la que radique el inmueble), concluye la DGT que si la adquirente declara tal valor la Administración deberá de admitirlo sin que quepa la comprobación del mismo y, por ende, la posibilidad de su adquisición por dicha Administración, prevista en el Reglamento del ITPyAJD.

Por su parte, mediante contestación a Consulta de 3 de septiembre de 2007 volvió a reiterar la DGT que el ejercicio anticipado de la opción de compra de un inmueble por parte de una entidad constituye una entrega de bienes sujeta pero exenta de IVA, sin perjuicio de que el adquirente solicite al transmitente la renuncia a la exención. Ahora bien, tal y como se precisa en dicha Resolución, sólo resultará de aplicación el criterio de exclusión de la exención contenido en el art. 20.Uno.22º.a) de la LIVA cuando el ejercicio de la opción de compra por parte del arrendatario tenga lugar al término del contrato de arrendamiento financiero.

En parecidos términos se pronunció el TSJ. de Madrid en su Sentencia de 26 de septiembre de 2008, relativa a la determinación del concepto de segunda o ulterior entrega de edificaciones a efectos de la aplicación de la exención en el IVA, y en la que se señaló que, tratándose de una entrega de edificaciones realizada en el ejercicio de la opción de compra inherente a un contrato de arrendamiento financiero, no cabe considerar el ejercicio anticipado de la opción de compra como inherente al contrato de arrendamiento, sino como una transmisión más realizada dentro del ámbito mercantil, de manera que la aplicación de la exención resulta procedente. Se refiere además el Tribunal a los requisitos formales que han de concurrir de cara a la renuncia a la exención señalando que, al objeto de comprobar si se ha producido o no el requisito relativo a la comunicación fehaciente del transmitente al adquirente, es suficiente con la constancia de haberse repercutido el Impuesto en la propia escritura de compraventa.

Recuérdese no obstante que, como ya se ha señalado, el citado TSJ. de Madrid, a través de sus Sentencias de 22 de septiembre y de 4 de mayo de 2009, ha modificado su criterio, señalando que la exención relativa a las segundas entregas de edificaciones no es aplicable a las entregas realizadas por una empresa de *leasing*, tanto si la entrega tiene lugar a la finalización del contrato como si se pacta una entrega anticipada poniendo fin al *leasing*. En nuestra opinión se trata de un criterio de carácter lógico, máxime si tenemos en cuenta que la propia Ley 37/1992 equipara a la entrega el compromiso de ejercitar la opción de compra. Y si tal compromiso, habiéndose realizado al iniciarse el contrato, no se considera exento de IVA, tampoco podrá estarlo la entrega efectuada durante la vigencia del mismo.

Ciertamente el tratamiento que dispensa la Ley 37/1992 a aquellos arrendamientos de viviendas que incorporan una opción de compra, junto con la doctrina elaborada por la DGT a este respecto, presenta un carácter complejo, originándose un conjunto de situaciones ciertamente conflictivas.

Una primera situación que podría llegar a plantearse sería la del promotor que traslada en bloque un conjunto de viviendas terminadas a la actividad de arrendamiento con opción de compra. Dicho traslado podría considerarse (y así lo ha puesto de manifiesto la DGT) como un autoconsumo de bienes por cambio de sector diferenciado, de conformidad con lo establecido en el art. 9.1º c) de la LIVA, siendo en consecuencia generador de un IVA devengado no deducible para el promotor. Dicho autoconsumo agotaría la primera entrega y, por tanto, el arrendamiento posterior estaría exento del Impuesto, al disponerlo así el art. 20.uno.23º de la LIVA, sin que resultara de aplicación la exclusión de la letra d') de dicho precepto, al estar la entrega en ejercicio de la opción de compra exenta por tratarse de segunda entrega. De este modo el promotor se vería incidido por el IVA del autoconsumo, si bien el arrendamiento con opción de compra estaría exento.

En segundo término, podría llegar a plantearse la situación en la que un promotor ofreciese simultáneamente la venta o el arrendamiento con opción de las viviendas que constituyen sus existencias. Dicha visión alternativa podría determinar (si bien no se trata de un criterio unánime) que el autoconsumo que se realizara fuese regulado por el artículo 9.1º d) de la LIVA. En relación con este supuesto se produciría un supuesto de no sujeción cuando la operación a que se destinan las existencias resulte originadora del total derecho a la aplicación de la deducción. Dada esta interpretación el arrendamiento con opción de compra pasaría a tributar al 16 por 100 (18 por cien con efectos desde el 1 de julio de 2010), circunstancia que podría no obstante matizarse en el supuesto de que en el contrato se dispusiera la posibilidad de recalificar como precio de compra del inmueble una parte de las cuotas arrendaticias abonadas. En este caso la DGT estableció que debería recalcularse el IVA devengado inicialmente al tipo del 16%, al 4 ó al 7%, según procediese conforme a la calificación de la vivienda adquirida.

Dada esta dificultad que suscitaban ambos planteamientos estimamos que el legislador debía entrar a clarificar y, sobre todo, a simplificar, la tributación de este tipo de operaciones. Téngase presente además que, dada la actual modificación que está experimentando el mercado inmobiliario y, especialmente, debido a la dificultad creciente de vender viviendas que se acaban de terminar los promotores inmobiliarios, sin llegar a haber perdido la intencionalidad de venta, estaban comenzando a ofertar dichas viviendas a través de estos contratos de arrendamiento con opción de compra, que se presentan por tanto como una opción más atractiva en términos de precio en función de la premura con la que suele ejercitarse la opción. Y, en la mayoría de supuestos, dicho objetivo se logra mediante la recalificación de una parte relevante de las cuotas arrendaticias satisfechas, que pasa a adquirir la naturaleza de pago a cuenta una vez que se lleva a cabo dicho ejercicio.

Tradicionalmente, y como venimos poniendo de manifiesto, siendo estos arrendamientos con opción de compra realizados por quien hubiese promovido las viviendas para destinarlas a dicha finalidad debían considerarse como sujetos y no exentos de IVA. Y ello sobre la base de que, al amparo de lo establecido por el art. 20.Uno.23º de la Ley 37/1992, tiene lugar la exclusión de la exención aplicable a aquellos arrendamientos de viviendas cuando éstos incorporen una opción de compra y siempre que, en el supuesto de que ésta se ejercite, la entrega que se genere se encuentre sujeta y no exenta de IVA. En cambio, si la entrega en ejercicio de la opción generase una operación sujeta pero exenta de IVA, el arrendamiento previo estaría igualmente exento como lo está, en definitiva, el arrendamiento ordinario sin opción de compra.

Hasta fechas relativamente recientes el otorgamiento de este distinto tratamiento determinaba que, o bien el arrendamiento quedase exento, o bien tributase al tipo general del Impuesto. Y, en el supuesto de que el ejercicio de la opción implicase una recalificación de cuotas arrendaticias a pagos a cuenta debía procederse, de conformidad con lo declarado por la DGT por aquel entonces a este respecto, a la rectificación de las cuotas inicialmente repercutidas al tipo general del Impuesto, al pasar la operación a tributar al tipo reducido o al superreducido, en función de la calificación de la vivienda entregada.

¿Y qué sucedía en el hipotético caso de que el promotor no hubiese realizado la promoción de las viviendas con la finalidad inicial de destinarlas al arrendamiento con opción? Al amparo del criterio inicialmente adoptado por la Administración tributaria a este respecto, había que considerar que aquellas viviendas promovidas inicialmente para la venta y que, al finalizar su construcción, se destinasen a este tipo de arrendamientos, originaba el devengo del IVA en concepto de autoconsumo. Dicho autoconsumo agotaba la primera entrega, no siendo el IVA devengado por el mismo deducible, y hallándose el arrendamiento posterior exento. De este modo el Impuesto terminaba incidiendo sobre el promotor, lo que resultaba ciertamente peculiar, dada la especial naturaleza del IVA, caracterizado por incidir sobre el consumidor final.

Pues bien, tal y como tendremos ocasión de analizar a continuación, tras la reforma operada en este punto por la Ley 11/2009, de 26 de octubre, tuvo lugar, en primer lugar, una reforma de los tipos impositivos aplicables a los arrendamientos no exentos, de manera tal que aquellas cuotas exigibles con efectos desde el 28 de octubre de 2009 pasaron a tributar a los tipos por aquel entonces vigentes del 7 o del 4% (según el tipo aplicable a las viviendas en función de su régimen de calificación). Significaba ello que el IVA repercutido en tales cuotas arrendaticias no debía ser ya rectificado dado que, aunque una parte de las mismas se considerara posteriormente como un pago a cuenta de la futura entrega, el tipo impositivo aplicable se encontraba plenamente aplicado.

Y, por lo que respecta a la cuestión relativa al autoconsumo, consideró la DGT, entre otras, en su contestación a Consulta de 13 de noviembre de 2009, que no hay autoconsumo cuando un promotor que ha finalizado la construcción de viviendas decide destinarlas al arrendamiento con opción de compra, siempre y cuando del contrato suscrito se deduzca que la finalidad esencial de dicho arrendamiento es lograr la venta definitiva de la vivienda, aunque ésta finalmente no tenga lugar o acabe siendo adquirida por el arrendatario que la ocupe, por ejemplo, en tercer

lugar. Añade además la DGT en la citada Resolución que el uso de viviendas efectuado en virtud de contratos de arrendamiento con opción de compra no agota la primera entrega. Debido a ello, aquellos arrendamientos sucesivos que se produjesen correspondientes a este tipo de contratos se encontrarán siempre sujetos y no exentos de IVA en el supuesto de que el primero de ellos así lo estuviera.<sup>31</sup>

Mediante contestación a Consulta de 19 de enero de 2010 analizó la DGT el tratamiento tributario que debían recibir aquellas operaciones caracterizadas por la existencia de unas viviendas construidas por un promotor inmobiliario y, en consecuencia, destinadas *a priori* a su venta, adjudicación o cesión y que, por diversas razones, terminan destinándose al arrendamiento a través de la celebración de contratos de arrendamiento con opción de compra en los que se deduce con claridad que la intención del promotor es la de llevar a cabo, en última instancia, dicha venta, adjudicación o cesión, generándose el derecho a la deducción de la totalidad del Impuesto soportado en la construcción.

Tal y como precisó la DGT la realización de esta clase de operaciones no da lugar al gravamen por autoconsumo a que se refieren las letras c) y d) del art. 9.1º de la LIVA. Ahora bien los arrendamientos con opción de compra posteriores efectuados se encontrarán, en estos casos, sujetos y no exentos de IVA, ya que el uso de una vivienda en virtud de contratos de este tipo no agota la primera entrega de una edificación. En cambio, si el arrendamiento lo fuese sin opción de compra, ya sea sobrevenido éste o no, estaría sujeto pero exento del Impuesto. Y dado que, al amparo de lo establecido en el art. 20.Uno.23º de la LIVA, los arrendamientos con opción de compra sólo se encuentran exentos de IVA cuando la compra de las viviendas estuviese exenta del Impuesto, y en tanto en cuanto aquellas transmisiones que se consideran segunda entrega de edificaciones se encuentran exentas de IVA, no cabe aplicar el tipo impositivo del Impuesto en los contratos de arrendamiento con opción de compra cuando el arrendador no es el propietario de la vivienda, sino un tercero (sea promotor o no) que la ha adquirido previamente y que la destina al arrendamiento.

Añade por otra parte la DGT en la citada Resolución de 19 de enero de 2010, si bien tendremos ocasión de referirnos a esta cuestión a continuación, que el tipo impositivo reducido será de aplicación en estos supuestos de arrendamientos con opción de compra de edificios o parte de los mismos destinados exclusivamente a viviendas. Y, en cuanto al tipo superreducido, su aplicación resultará procedente tratándose de arrendamientos con opción de compra de edificios o parte de los mismos destinados exclusivamente a viviendas calificadas como de protección oficial de régimen especial o de promoción pública.

Concretamente, en el supuesto de que las cuotas arrendaticias se exigiesen desde el 28 de octubre de 2009, les sería de aplicación a estos contratos el tipo reducido del 7 o del 4%, según corresponda a su régimen de calificación. En cambio, las exigidas hasta el 27 de octubre de 2009, incluido, determinarían el devengo del Impuesto al tipo impositivo del 16%.

---

<sup>31</sup> Igualmente en la Resolución de la DGT de 5 de marzo de 2010 se reitera que el uso de una vivienda efectuado en virtud de un contrato de arrendamiento con opción de compra no agota la primera entrega de una edificación. Significa ello que si la vivienda es transmitida a un tercero distinto del arrendatario con opción de compra, se tratará de una primera entrega de edificaciones sujeta y no exenta de IVA.



Finalmente, en el hipotético caso de que se hubiese soportado el Impuesto al tipo general en el arrendamiento previo y en el contrato se hubiese pactado expresamente que una parte de las cuotas arrendaticias hubiera de considerarse como precio de la compraventa una vez ejercitada la opción de compra, habría de procederse a la rectificación de las cuotas del Impuesto que fueron inicialmente calculadas al tipo de gravamen general con la finalidad de corregir el mismo, según correspondiese en función de la calificación de la vivienda que fuese a ser objeto de entrega.

Asimismo en su contestación a Consulta de 25 de febrero de 2010 volvió la DGT a analizar la tributación a efectos del IVA de aquella operación en virtud de la cual una entidad se dedica a la promoción inmobiliaria pretendiendo, al objeto de facilitar la futura venta de las viviendas ya construidas, cederlas en arrendamiento con opción de compra con una particularidad, quedando condicionado el contrato de compraventa a que el arrendatario ejerza la opción en el plazo de dos años, de manera que ejerciéndose la opción el contrato de arrendamiento se tendrá por nulo.

Como ya sabemos, a efectos de analizar la tributación en el IVA de la actividad de promoción de edificaciones destinadas a su arrendamiento posterior procede diferenciar entre dos grupos de entidades. En primer lugar, aquellas que llevan a cabo la promoción de viviendas que se destinan, cuando su construcción ha finalizado, a la actividad arrendadora sin opción de compra. Y, en segundo término, aquellas otras que promueven viviendas con la finalidad de destinarlas a la venta, adjudicación o cesión posterior si bien, una vez finalizada la construcción, y debido a las circunstancias del mercado inmobiliario, no resulta posible realizar dicha venta, optando entonces el promotor por el ofrecimiento de las mismas a través de contratos de arrendamiento con opción de compra, derivándose de dicha actuación el mantenimiento de la intencionalidad de venta y no de su arrendamiento permanente o prolongado en el tiempo.

Tal y como se encargó de precisar la DGT, entre otras, en sus Resoluciones de 28 de enero de 2008 y de 27 de febrero de 2003, tratándose del primer gran grupo de actuaciones cabe aludir a la existencia de un autoconsumo de bienes, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 9.1º.c) de la Ley 37/1992, como consecuencia del cambio de afectación de los inmuebles promovidos en el sector diferenciado “actividades inmobiliarias por cuenta propia” al sector diferenciado “alquiler de bienes inmobiliarios”. A pesar de que la realización de esta clase de operaciones implica además, simultáneamente, el paso de bienes del ciclo de explotación al inmovilizado (pudiendo llegar a plantearse la aplicación del supuesto de autoconsumo previsto en la letra d) del mismo art. 9.1º de la Ley 37/1992), ya hemos indicado que tradicionalmente la DGT se ha inclinado, debido a su mayor especificidad, por la prevalencia en estos casos de la letra c) sobre la letra d) de dicho art. 9.1º.

Así las cosas, mientras que al primer sector aludido (la promoción) le correspondería normalmente un régimen de deducciones pleno, al segundo, por el contrario (arrendamiento), le correspondería un régimen de deducciones nulo, en la medida en que se trate de arrendamiento exclusivo para vivienda, arrendamiento que estará sujeto pero exento de IVA conforme a lo dispuesto en el art. 20.uno.23º de la Ley 37/1992. El referido autoconsumo determina además que el promotor

inmobiliario deba consignar en la declaración-liquidación correspondiente el Impuesto devengado que no resultará deducible en cuantía alguna, alcanzándose así la finalidad esencial del autoconsumo de bienes, que no es otra que la plena neutralidad, al menos desde la óptica de la sujeción, de la promoción para arrendar con la procedente cuando se adquiere un inmueble a un tercero para destinarlo al mismo arrendamiento como vivienda.

Frente a esta afectación sobrevenida se sitúa la afectación inicial (supuesto de la promoción inmobiliaria), en relación con el cual ya desde el comienzo existe la intención por parte del promotor de destinar las viviendas a su arrendamiento sin opción de compra. Tal y como se encargó de precisar la DGT en su Resolución de 6 de noviembre de 2006, no existe operación de autoconsumo en un supuesto de promoción de viviendas para su alquiler posterior sin opción de compra, en la medida en que el Impuesto soportado en la construcción no habrá sido deducible en cuantía alguna. Y no hay autoconsumo porque, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 99.dos en relación con el art. 94.uno de la Ley 37/1992, no ha habido deducibilidad previa de las cuotas soportadas.

Por lo que respecta a aquellas operaciones de promoción inmobiliaria con la intención de venta, adjudicación o cesión y que, por las actuales circunstancias del mercado inmobiliario, no puede llegar a efectuarse, decidiendo el promotor arrendar las viviendas a través de contratos de arrendamiento con opción de compra manteniendo, sin embargo, la intención inicial de reconducir su venta a través del ejercicio de dicha opción por parte del arrendatario, señaló la DGT, entre otras, en su contestación a Consulta de 28 de octubre de 2008, que se trata de contratos de arrendamiento que ponen de manifiesto, de acuerdo con su clausulado y, en particular, por los incentivos que éste contiene (para el inquilino inicial o cualquiera eventualmente posterior) el mantenimiento de la intención de venta de las viviendas por parte del promotor.

Ahora bien, no se trata de arrendamientos con opción de compra en los supuestos en los que, en el curso normal de los hechos, se vaya a adquirir la plena propiedad del inmueble por el arrendatario, ya que en dicho caso no cabría calificar estas operaciones como prestaciones de servicios, sino como entregas de bienes de acuerdo con lo establecido en el art. 8.dos.5º de la Ley 37/1992. Por tanto en estos casos no cabe hablar de autoconsumo de los previstos en el art. 9.1º.c) de la LIVA, ya que no existen sectores diferenciados de la actividad. Las viviendas destinadas al arrendamiento con opción de compra cuando, en el curso normal de los hechos, se vaya a adquirir la plena propiedad del inmueble por el arrendatario, son entregas de bienes, al igual que lo son las ventas directas. Es decir, no se puede hablar de dos actividades distintas, sino de la misma actividad, esta es, la venta de viviendas, aunque adoptando estructuras distintas en cada caso.

Tampoco se produce el autoconsumo regulado en el art. 9.1º.d) de la Ley 37/1992, esto es, el cambio de afectación de bienes producidos, construidos, extraídos, transformados, adquiridos o importados en el ejercicio de la actividad empresarial o profesional del sujeto pasivo para su utilización como bienes de inversión. Piénsese que aquellas viviendas que se dedican al arrendamiento con opción de compra no pierden, desde el punto de vista del Impuesto, y con independencia de que contablemente o a efectos de otros tributos así ocurra, su condición de existencias, ya que realmente están destinadas a la venta que se producirá de manera diferida en el tiempo.

Teniendo en cuenta dicha matización, y por referencia a los contratos de arrendamiento que no deben reconducirse a través de lo dispuesto en el art. 8.dos.5º de la LIVA, las viviendas a que se refieren deben ser consideradas desde la perspectiva del Impuesto como parte de la rotación de la actividad promotora y no como bienes de inversión, es decir, no se trata de elementos patrimoniales reflejados en el activo con carácter permanente y que no están destinados a la venta.

En todo caso, y con carácter previo al análisis del tratamiento que deba dispensarse al arrendamiento en sí, resulta necesario determinar si efectivamente se produce un autoconsumo (como sí sucedía en el caso anterior) cuando las obras de construcción finalizan y el promotor procede a ofrecer su arrendamiento con opción de compra a los futuros inquilinos.

Sabemos ya que el arrendamiento de viviendas constituye normalmente una actividad de prestación de servicios exenta, cuyo porcentaje de deducción es cero. Y dado que, sin embargo, la actividad promotora origina el derecho a la deducción total del Impuesto soportado, se originan dos sectores diferenciados en la actividad del promotor: venta de viviendas y arrendamiento. Simultáneamente, las viviendas que se afectan a la actividad de arrendamiento operativo pasan de ser existencias a considerarse bienes de inversión.

¿Cabría la posibilidad de proyectar esta misma situación sobre aquel supuesto en el que las viviendas destinadas en principio a la venta se afectan a la actividad de arrendamiento con opción de compra, manteniendo el propósito de venta en los términos ya mencionados? Desde nuestro punto de vista la respuesta a la citada cuestión ha de ser negativa. Téngase presente que, en esas circunstancias, el arrendamiento tiene la consideración de prestación de servicios no exenta, ya que se debe acudir a la letra d') del art. 20.uno.23º de la Ley 37/1992; y esta letra d') excluye de la exención los arrendamientos con opción de compra de terrenos o viviendas cuya entrega estuviese sujeta y no exenta al Impuesto. El arrendamiento con opción de compra constituye, en el presente caso, una prestación de servicios sujeta y no exenta que implica la consiguiente repercusión del Impuesto devengado al arrendatario según tenga lugar la exigibilidad de las cuotas arrendaticias.

E igualmente en este supuesto debe descartarse que pueda tener lugar un autoconsumo de acuerdo con lo dispuesto en el art. 9.1º.c) de la LIVA, ya que el arrendamiento en este caso es una actividad no exenta con total derecho a la deducción, igual que sucede con la actividad promotora. No cabe, por tanto, establecer sectores de actividad, al no cumplirse el requisito relativo a la diferencia de 50 puntos porcentuales en las prorratas de las actividades que se pretende sectorizar. Y, por lo que respecta al autoconsumo regulado en el art. 9.1º.d) de la LIVA, tampoco tiene lugar, al ser el destino de la vivienda la venta. En otro caso no se otorgaría el derecho de opción de compra.

En definitiva, el acto por el cual el promotor traslada en bloque viviendas que en principio estaban destinadas a la venta y las dedica a su arrendamiento con opción de compra no implica la realización del hecho imponible entrega de bienes asimilada a operaciones a título oneroso. En cambio la conclusión sería otra (existiendo por tanto autoconsumo) si no pudiera desprenderse de forma inequívoca la intención de venta, adjudicación o cesión de los inmuebles promovidos.

Por otro lado, ¿cabría la posibilidad de que la promoción de viviendas destinadas al alquiler pudiera considerarse, a los efectos del IVA, como un autoconsumo, pudiendo éste último quedar gravado al tipo del 4% tratándose de viviendas de protección oficial de promoción pública, de manera que dichas viviendas promovidas destinadas al alquiler soportasen un coste fiscal del 4% en el IVA, de forma análoga a lo que sucedería si se hubiesen adquirido a terceros?

Pensemos, en primer término, en aquel supuesto en el que las viviendas promovidas se destinan, de forma sobrevenida, al alquiler. Este sería el caso, cada vez más frecuente por otra parte, de aquellas viviendas promovidas con la intención inicial de venderlas pero que, debido a las actuales condiciones del mercado inmobiliario, una vez construidas son destinadas al arrendamiento.

Como ya hemos tenido ocasión de precisar a lo largo del presente trabajo en estos casos se originan dos actividades diferentes. De una parte, la propia actividad de promoción inmobiliaria. Y, de otra, la posterior actividad de alquiler de inmuebles. A efectos del IVA interesa precisar si ambas actividades constituyen sectores diferenciados. Sabido es que el art. 9.1.c) de la Ley 37/1992 considera, entre otros, como sectores diferenciados, a aquellos en los que las actividades económicas realizadas y los regímenes de deducción aplicables son distintos.

Quiere decirse con ello que, para que dichos sectores existan, deben concurrir necesariamente dos requisitos. En primer lugar, es preciso que los regímenes de deducción para cada una de las actividades desarrolladas sean distintos, lo que sucederá cuando los porcentajes de deducción, determinados según la regla de prorrata general, difieran en más de 50 puntos porcentuales del porcentaje de deducción correspondiente a la actividad principal. Por lo que interesa a la cuestión objeto de nuestro análisis cabría estimar que esta primera exigencia resultaría cumplida, ya que las actividades de promoción inmobiliaria constituyen operaciones que originan plenamente el derecho a deducir (porcentaje de deducción del 100%) frente a las actividades de arrendamiento de viviendas, que constituyen operaciones exentas de IVA que no originan el derecho a deducir (porcentaje de deducción del 0%).

En segundo término se requiere que las actividades económicas desarrolladas sean distintas, precisándose al efecto que se considerarán actividades económicas distintas aquellas que tengan asignados grupos diferentes en la Clasificación Nacional de Actividades Económicas.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> En este sentido el legislador de la Ley 37/1992, de cara a determinar la distinción entre actividades, no hace referencia a las conocidas Tarifas del Impuesto de Actividades Económicas (IAE), sino que se remite a la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE), clasificación elaborada con fines fundamentalmente estadísticos y que, por diversos motivos, resulta ser mucho menos operativa que la anterior desde un punto de vista fiscal. Esta nueva clasificación aprobada por el Real Decreto 475/2007, de 13 de abril, vino a sustituir a la anterior CNAE-93, del año 1993. Como novedad, el antiguo código de cinco niveles quedó reducido a cuatro: el primer nivel, mediante un código alfabético correspondiente a la sección; el segundo nivel, mediante un código numérico de dos cifras correspondiente a la división; el tercer nivel, mediante un código numérico de tres cifras correspondiente al grupo; y el cuarto nivel, mediante un código numérico de cuatro cifras correspondiente a las clase. A este respecto constituyen “grupos” aquellas actividades clasificadas con tres dígitos. Refiriéndose al significado del concepto de “grupos diferentes” la DGT tiene declarado, entre otras, en sus Resoluciones de 24 de mayo y de 7 y 18 de junio de 2010, entre otras, que las actividades económicas se clasifican con un desglose de hasta cuatro dígitos atendiendo a la CNAE-2009, estimándose que una actividad económica es distinta cuando su clasificación a nivel de tres dígitos no coincide.

Teniendo presente que las actividades de promoción inmobiliaria y de arrendamiento de viviendas se encuadran respectivamente dentro de la CNAE-2009 en los Grupos “411, Promoción Inmobiliaria” y “682, Alquiler de bienes inmobiliarios por cuenta propia” (incluyendo dicha actividad tanto el alquiler de viviendas como de locales) cabría estimar que las mismas constituyen, a los efectos del IVA, dos actividades económicas distintas. Ahora bien conviene tener presente a este respecto que la propia Ley 37/1992 contiene una excepción a la posible existencia de «actividades económicas distintas lo que, a efectos prácticos, implica que, aun encontrándose las actividades desarrolladas en distintos grupos de la CNAE, se seguirían considerando como un único sector, no reputándose distinta la actividad accesoria a otra cuando, en el año precedente, su volumen de operaciones no excediera del 15% del de esta última y, además, contribuya a su realización.

Al hilo de esta última cuestión señaló la DGT en su contestación a Consulta de 18 de junio de 2010 que en estos casos debe reconocerse la existencia de dos sectores diferenciados para las actividades de promoción inmobiliaria y de alquiler. Concretamente, tratándose de una entidad dedicada a la promoción de bienes inmuebles y que, ante la imposibilidad de vender los inmuebles construidos, se vio obligada a alquilar una parte de los mismos para poder hacer frente a la deuda bancaria generada por el desarrollo de su actividad, declaró el citado Centro Directivo que

“Los servicios de arrendamiento de vivienda prestados por la entidad consultante distintos de los que engloban su actividad principal (promoción inmobiliaria) son autónomos e independientes de esta última, no teniendo la consideración de actividades accesorias. Todo ello con independencia de que la entidad consultante, a través de estos servicios, pueda conseguir financiación para el desarrollo de los fines que constituyen su objeto social principal”.<sup>33</sup>

Adviértase por tanto que la DGT contempla la existencia de dos sectores diferenciados, si bien se requiere al respecto que la intencionalidad inicial de la promoción hubiera sido la venta, al ser este cambio sobrevenido, al destinarlas finalmente al alquiler, el que determina la existencia de un nuevo sector diferenciado y, por tanto, el que genera un autoconsumo por cambio de afectación.<sup>34</sup>

En definitiva, siendo la intención inicial de la promoción la venta si, con posterioridad, se decidiese destinar al arrendamiento los inmuebles promovidos, cabría aludir a la existencia de dos sectores diferenciados, a saber: el sector “411, Promoción Inmobiliaria” y el sector “682, Alquiler de bienes inmobiliarios por cuenta propia”.

---

<sup>33</sup> En esta misma línea se sitúan las Resoluciones de la DGT de 28 de octubre de 2008, 13 de julio de 2007 y de 28 de marzo y 27 de febrero de 2003.

<sup>34</sup> A este condicionante relativo a la intencionalidad se refirió la DGT, por ejemplo, en su contestación a Consulta de 28 de octubre de 2008, habiendo manifestado el consultante que iba a afectar algunas de las viviendas destinadas en un principio a la venta a su arrendamiento; en la contestación a Consulta de 13 de julio de 2007 manifestó el consultante que una parte de dichos inmuebles, mientras estaban en expectativa de venta, se habían destinado al arrendamiento para vivienda; en la Resolución de 28 de marzo de 2003 señaló el consultante que “Algunos de los productos inmobiliarios (viviendas y plazas de garaje) que la propia entidad promociona y construye son arrendados mientras se produce su venta, siendo esta su finalidad”; y en la contestación a Consulta de 27 de febrero de 2003 precisó el consultante que varios de los inmuebles que había promovido la entidad fueron arrendados mientras estaban en expectativa para su venta.

Dado este primer supuesto, ¿Cuáles serían las consecuencias derivadas del autoconsumo por cambio de afectación de las viviendas de un sector diferenciado a otro? Una vez reconocida la existencia de dos sectores diferenciados lo que se originaría en estos casos sería un cambio de afectación a resultas del cual los inmuebles del sector de la promoción inmobiliaria (que inicialmente estaban destinados a la venta) cambiarían de destino para pasar a afectarse al sector diferenciado del alquiler. Y este cambio de afectación constituye, a los efectos del IVA, una operación asimilada a una entrega de bienes susceptible de ser calificada como autoconsumo.<sup>35</sup>

Desde nuestro punto de vista este primer supuesto objeto de nuestro análisis podría quedar encuadrado tanto dentro del autoconsumo de la letra c) del art. 9.1 (al producirse un cambio de afectación de los inmuebles del sector promoción al sector arrendamiento) como dentro del autoconsumo de la letra d) (al pasar bienes del ciclo de explotación al inmovilizado como bienes de inversión).

Tradicionalmente la DGT se ha inclinado en el presente caso (a través, entre otras, de sus Resoluciones de 18 de junio, 13 y 30 de noviembre de 2009 y de 19 de enero de 2010) por la prevalencia de la letra c) sobre la letra d) del precepto, debido a su mayor especificidad.<sup>36</sup>

Ambas modalidades de autoconsumo se asimilan normativamente a entregas de bienes a título oneroso, generando un IVA devengado con la consiguiente autorrepercusión del Impuesto. Y es que, a tenor de lo expuesto por la DGT, entre otras, en sus contestaciones a Consultas de 9 de abril, 28 de octubre y 25 de noviembre de 2008, de 3 de diciembre de 2009 y de 28 de febrero de 2010, “El cambio de afectación de viviendas del sector promoción al sector arrendamiento, será determinante de la realización de un autoconsumo de bienes; en consecuencia, la entidad consultante deberá calcular y declarar el Impuesto devengado por el referido autoconsumo”. Se logra así la finalidad esencial perseguida a través del reconocimiento de estos supuestos de autoconsumo, a saber, que los sujetos soporten la misma carga fiscal que si hubiesen adquirido a un tercero un bien de la misma naturaleza, favoreciéndose con ello la neutralidad fiscal del Im-

---

<sup>35</sup> Como es sabido la figura del autoconsumo es objeto de regulación en el art. 9 LIVA, admitiendo la existencia de distintas modalidades, todas ellas caracterizadas por la ausencia de contraprestación. El art. 9.1 de la Ley, al regular el llamado autoconsumo interno, contempla dos modalidades del mismo en sus letras c) y d). Ambas modalidades de autoconsumo interno se caracterizan porque los bienes no salen del patrimonio de la empresa. En cambio, en los denominados autoconsumos externos (regulados en las letras a) y b) del citado precepto) los bienes son transmitidos a un tercero. La diferencia fundamental radica en que, mientras en los internos el empresario tendrá derecho a deducir el IVA devengado con el autoconsumo según el porcentaje de deducción o prorrata que le resulte aplicable, en los segundos, por el contrario, no podrá ser deducido. Se refiere concretamente la letra c) del citado precepto al cambio de afectación de bienes corporales de un sector a otro diferenciado de su actividad empresarial o profesional. Por su parte la letra d) regula la segunda modalidad, relativa a “La afectación o, en su caso, el cambio de afectación de bienes producidos, construidos, extraídos, transformados, adquiridos o importados en el ejercicio de la actividad empresarial o profesional del sujeto pasivo para su utilización como bienes de inversión”. En la práctica la diferencia entre una y otra modalidad (y, por ende, la aplicación de cada precepto a cada caso concreto) quedará condicionada por el hecho de que el autoconsumo se produzca entre dos sectores diferenciados (en cuyo caso sería aplicable la letra c) o bien se manifieste dentro de un único sector (en cuyo caso resultaría de aplicación la letra d) de dicho precepto).

<sup>36</sup> Debe reconocerse no obstante que en su Resolución de 13 de julio de 2004 la DGT se inclinó por la aplicación del autoconsumo derivado de la letra d) del art. 9.1 de la Ley 37/1992.

puesto<sup>37</sup>. De forma análoga a lo que sucedería si el bien se hubiese adquirido a un tercero, el IVA devengado con motivo del autoconsumo (cuya base imponible ha de calcularse conforme a lo dispuesto en el art. 79.3 LIVA) sería asimismo soportado para la propia empresa. Repárese no obstante en el hecho de que, por lo que al presente caso se refiere, dicho IVA no resultaría deducible, ya que los bienes que generan el autoconsumo se destinan a una actividad exenta (el arrendamiento de viviendas) que no genera el derecho a deducir el IVA soportado.

Cabría pues en estos supuestos reconocer la existencia de un autoconsumo por cambio de afectación de las viviendas del sector “411, Promoción Inmobiliaria” al sector diferenciado “682, Alquiler de bienes inmobiliarios por cuenta propia”. Y, en tanto en cuanto el autoconsumo se asimila a una entrega de bienes, se generaría un IVA devengado del 4% siempre y cuando las viviendas promovidas gozasen de la calificación oficial de protección oficial de régimen especial o de promoción pública, o bien, aun cuando no disfrutasen de esta calificación, la entidad promotora los destinase al arrendamiento acogiendo para ello al régimen especial previsto en la LIS.<sup>38</sup>

Y, por lo que respecta a las cuotas de IVA correspondientes al tipo de gravamen reducido que la entidad promotora hubiese soportado con motivo de las ejecuciones de obra derivadas de la construcción de las viviendas, podrían ser íntegramente deducidas según lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 102 de la Ley 37/1992.

Analicemos a continuación la segunda de las posibilidades planteadas, es decir, aquella en la que las viviendas promovidas se destinan, con intención inicial, al alquiler. Nos estamos refiriendo a aquellos supuestos en los que ya desde el comienzo de la actividad promotora existe la intención inicial por parte del promotor de destinar las viviendas promovidas al arrendamiento.

A tenor de lo señalado a este respecto por la DGT, entre otras, en su contestación a Consulta de 6 de noviembre de 2006, cuando se promueve con la intención inicial de destinar los inmuebles al alquiler no cabe aludir a la existencia de dos sectores diferenciados, sino de un único sector, el de alquiler. En el concreto supuesto analizado por el citado Centro Directivo el consultante reconocía que el objeto inicial de la promoción no era la venta, sino que su destino inmediato, una

---

<sup>37</sup> Añade además a este respecto el párrafo segundo del art. 102 de la LIVA, al objeto de evitar una sobreimposición como consecuencia del IVA devengado generado por el autoconsumo, lo siguiente: “(...) Los sujetos pasivos podrán deducir íntegramente las cuotas soportadas en las adquisiciones o importaciones de bienes o en las prestaciones de servicios en la medida en que se destinen a la realización de los autoconsumos a que se refiere el artículo 9.1 letra c, que tengan por objeto bienes constitutivos de las existencias y de los autoconsumos comprendidos en la letra d del mismo artículo y número de esta Ley”. Se habilita así, con la finalidad de evitar la producción de la referida sobreimposición, una deducción complementaria *a posteriori*, autorizándose a los sujetos a deducir íntegramente (en el supuesto de que no lo hubieran hecho ya en su día) el IVA que soportaron y que no pudo ser deducido cuando se adquirieron los bienes que, precisamente ahora, son los que generan el autoconsumo. Así se encargó de precisarlo la DGT, entre otras, en las contestaciones a Consultas de 13 de julio de 2007 y de 9 de abril, 28 de octubre y de 25 de noviembre de 2008.

<sup>38</sup> Como es sabido en este último caso no resulta necesario que la entidad promotora se encuentre tributando por el citado régimen especial previsto al efecto dentro de la normativa del IS en el momento del cambio de afectación, sino que basta con su intención confirmada por elementos objetivos de destinar los inmuebles al arrendamiento y tener derecho a la bonificación establecida en dicho régimen.

vez construidos, era afectarlos a la actividad de arrendamiento. Y, al amparo de lo anterior, concluyó la DGT en la citada Resolución que la promoción de edificaciones con la intención inicial de destinarlas al alquiler se enmarca dentro de un único sector diferenciado (“682, Alquiler de bienes inmobiliarios por cuenta propia”).<sup>39</sup>

Estima así la DGT que, en la medida en la que existe un único sector diferenciado, no cabe la posibilidad de aplicar el autoconsumo a que se refiere el art. 9.1.c) de la LIVA, no siendo por ende posible la deducibilidad de las cuotas de IVA soportado con motivo de la promoción<sup>40</sup>. A su juicio no cabe la deducción de las cuotas soportadas con motivo de la promoción. En efecto, aquellas cuotas de IVA soportadas por la autopromoción del inmueble (repercutidas por el constructor al tipo reducido aplicable) no serían deducibles en ninguna proporción, ya que la única actividad desarrollada a efectos del IVA sería la de alquiler de viviendas, actividad sujeta y exenta que no origina el derecho a deducir. Y, dada la existencia de un único sector, no cabría admitir, sobre la base de reconocer la existencia de un autoconsumo por cambio de afectación, la posibilidad de soportar un coste efectivo del 4%.

¿Cuáles serían por tanto las consecuencias derivadas del autoconsumo por afectación de las viviendas como bien de inversión dentro de un mismo sector? *A priori*, y de acuerdo con lo expuesto por la DGT, entre otras, en su contestación a Consulta V2225-06, si la actividad de promoción se realiza con la intención inicial de destinar los inmuebles al alquiler, sólo existiría un único sector diferenciado (sector “682, Alquiler de bienes inmobiliarios por cuenta propia”). Y, a tal efecto, no sería de aplicación el supuesto de autoconsumo previsto en la letra c) del art. 9.1 de la LIVA, en tanto en cuanto la afectación de las edificaciones promovidas a la actividad de arrendamiento no supone la realización del citado supuesto de autoconsumo, existiendo un único sector de la actividad.

Ahora bien, ¿podría aplicarse en estos casos el autoconsumo previsto en la letra d) del art. 9.1 LIVA? Como ya sabemos esta segunda modalidad de autoconsumo interno es la relativa a “La afectación o, en su caso, el cambio de afectación de bienes producidos, construidos, extraídos, transformados, adquiridos o importados en el ejercicio de la actividad empresarial o profesional del sujeto pasivo para su utilización como bienes de inversión”.

---

<sup>39</sup> De conformidad con lo declarado por la DGT en la citada Resolución

“De la información facilitada en el escrito presentado se deduce que la consultante desarrolla únicamente la actividad incluida en el epígrafe 702 de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas («Alquiler de Inmuebles») ya que, si bien en ocasiones promueve la construcción de edificaciones, dicha promoción se destina exclusivamente a su inmediato arrendamiento”.

<sup>40</sup> En este mismo sentido se pronunció la DGT, entre otras, en sus contestaciones a Consultas de 13 y 30 de noviembre de 2009 y de 19 de enero y 4 de marzo de 2010, afirmándose en todas ellas lo siguiente:

“Considerando que la actividad de arrendamiento exclusivo para vivienda constituye una operación sujeta pero exenta del Impuesto de acuerdo con el artículo 20.uno.23º de la Ley 37/1992, se concluye que la consultante no podrá deducir en ninguna medida el Impuesto que soporte como consecuencia de la promoción de edificaciones para su posterior arrendamiento como viviendas, dado que el destino previsible de dichos inmuebles está constituido por una operación que no origina el derecho a la deducción”.



En principio, puesto que en el presente caso las viviendas se promueven con la intención inicial de destinarlas al arrendamiento, aquéllas quedarían directamente afectas a dicha actividad, no pudiendo hablarse en consecuencia de la existencia de un cambio de afectación. Ahora bien el citado art. 9.1.d) de la Ley 37/1992, a diferencia de lo que sucede con el autoconsumo previsto en la letra c) del referido precepto, contempla dos formas distintas por las cuales podría producirse el autoconsumo dentro de un mismo sector, a saber: la mera afectación del elemento como bien de inversión o, en su caso, el cambio de afectación. Quiere decirse con ello que el autoconsumo previsto en el art. 9.1.d) de la LIVA no se genera exclusivamente como consecuencia de un cambio de afectación, esto es, un cambio del destino del bien respecto del inicialmente previsto o respecto de su utilización inicial. Igualmente podría originarse por la mera afectación de un bien construido por la empresa que va a utilizarse como bien de inversión.

¿Significa ello que cualquier adquisición, fabricación o construcción de un bien genera automáticamente el nacimiento de un autoconsumo? Desde nuestro punto de vista, no. Para que ello se produzca deberá tratarse, en primer lugar, de un bien de inversión del art. 108 de la LIVA.

Señala además el citado art. 9.1.d) de la Ley 37/1992 que el autoconsumo no será de aplicación en aquellos supuestos en que al sujeto pasivo se le hubiera atribuido el derecho a deducir íntegramente las cuotas del IVA que hubiere soportado en el caso de adquirir a terceros bienes de idéntica naturaleza. Se declara así la no sujeción del autoconsumo al estimarse que si el sujeto pasivo hubiera podido deducirse íntegramente las cuotas del Impuesto sobre el Valor Añadido que hubiere soportado en el caso de adquirir a terceros bienes de idéntica naturaleza el autoconsumo que pudiera tener lugar originaría un IVA devengado y, a su vez, soportado por la propia empresa que, en estas circunstancias, sería íntegramente deducible. Y, en tanto en cuanto el efecto en el IVA sería neutro, el legislador de la Ley 37/1992 opta por declarar expresamente la no sujeción del autoconsumo.

No creemos, sin embargo, que sea ésta la situación que se origine en el presente caso. Y ello debido a que, si el arrendador hubiera adquirido a un tercero una vivienda para destinarla al alquiler, no habría podido deducirse íntegramente el IVA soportado. Así las cosas cabría plantearse la conveniencia de aplicar en el presente caso el autoconsumo definido en el art. 9.1.d) LIVA ya que, aunque se conociera con certeza desde el inicio de la promoción que los inmuebles resultantes se destinarían a su explotación en régimen de alquiler, ello no impediría que se produjese el supuesto de hecho contemplado por la norma, relativo a la afectación de bienes producidos, construidos en el ejercicio de la actividad empresarial o profesional del sujeto pasivo para su utilización como bienes de inversión.<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> Así se encargó de reconocerlo además la DGT, por ejemplo, en su contestación a Consulta de 14 de octubre de 2003, a través de la cual se analizaba un supuesto en el que el consultante, que se dedicaba a la compraventa, administración y explotación de bienes inmuebles, iba a proceder a la compra de un inmueble en construcción para destinarlo al alquiler una vez finalizadas las obras. La DGT, sin recurrir a la modificación del destino inicial de los inmuebles (lo que conllevaría el cambio de afectación característico del autoconsumo) concluyó que "(...) Si la consultante solamente tuviera un sector diferenciado, y excepto en el caso de que dicho sector tuviera atribuido total derecho a la deducción del Impuesto, sería de aplicación lo dispuesto por la letra d) de dicho artículo 9.1º, donde se asimila a una entrega de bienes efectuada a título gratuito la «afectación o, en su caso, el cambio de afectación de bienes produci-

A nuestro juicio, si se admite la existencia del autoconsumo, y siendo aplicable lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 102 de la LIVA (precepto que permite la deducibilidad íntegra de las cuotas de IVA que inicialmente fueron soportadas por la adquisición o fabricación de los bienes que se destinan a cualesquiera de las modalidades de autoconsumo interno de las letras c) y d) del art. 9.1 de la Ley), cabría la posibilidad de deducir íntegramente las cuotas de IVA correspondientes al tipo de gravamen reducido soportadas durante la promoción de las viviendas.<sup>42</sup>

En resumen, dado el supuesto relativo a la autopromoción de viviendas con destino al alquiler, y al amparo de la figura del autoconsumo prevista por la LIVA, dichas entidades arrendadoras, en cumplimiento de ciertos requisitos, podrían llegar recuperar varios puntos porcentuales del tipo de gravamen reducido de IVA que les repercutiese el constructor. A tal efecto sería necesario, en primer término, que se produzca el referido autoconsumo, esto es, una operación que a los efectos del IVA se asimila a una entrega de bienes. Y, en segundo término, sería necesario que a dicho autoconsumo se le pudiera aplicar un tipo de gravamen superreducido del 4%. Pudiendo verificarse que ambas circunstancias coinciden en la autopromoción de viviendas con destino al alquiler, el arrendador -a su vez promotor- podría deducirse íntegramente el IVA soportado por la promoción -normalmente el reducido que en la actualidad es del 10%- e ingresar a continuación, como consecuencia del autoconsumo, un gravamen final del 4%.

Concretamente, tratándose de un supuesto de promoción de viviendas para la venta que, de forma sobrevenida, se destinasen al alquiler, se produciría la existencia de dos sectores diferenciados (“411, Promoción Inmobiliaria” y “682, Alquiler de bienes inmobiliarios por cuenta propia”), originándose en consecuencia el autoconsumo regulado en el art. 9.1.c) de la Ley 37/1992. Así las cosas la entidad habría de calcular el IVA devengado con motivo del autoconsumo, que no sería deducible en ninguna proporción al destinarse las viviendas al arrendamiento, actividad exenta que limita el derecho a deducir. No obstante, y a tenor de lo establecido en el segundo párrafo del art. 102 de la Ley, todo el IVA que se hubiera soportado durante la promoción de las viviendas podría deducirse en su totalidad, en el caso de que no se hubiera hecho entonces. El coste fiscal vendría finalmente motivado por el IVA devengado con el autoconsumo.

Y, tratándose de un supuesto de promoción de viviendas cuyo destino inicial ya fuese el alquiler, lo que se originaría sería un único sector diferenciado (sector “682, Alquiler de bienes inmobiliarios por cuenta propia”). En este segundo caso no sería de aplicación el autoconsumo del art. 9.1.c) de la LIVA. Y, al desarrollarse una actividad exenta, el IVA soportado durante la promoción de las viviendas no sería deducible en ninguna proporción. En efecto, dada la existencia de un único sector no resultaría de aplicación el autoconsumo del art. 9.1.c) de la Ley 37/1992.

---

dos, construidos, extraídos, transformados, adquiridos o importados en el ejercicio de la actividad empresarial o profesional del sujeto pasivo para su utilización como bienes de inversión”. A mayor abundamiento cabría añadir que en el presente caso no existió ningún cambio de afectación de las viviendas, ya que su destino no se modificó respecto del inicialmente previsto, que se mantuvo en el tiempo: la explotación en régimen de alquiler. Y, a pesar de ello, resolvió la DGT que resultaba de aplicación el supuesto de autoconsumo previsto en la letra d) del art. 9.1 LIVA, no en atención al hecho de que se hubiese producido un cambio de afectación, sino con motivo de la mera afectación del inmueble promovido para su utilización como bien de inversión.

<sup>42</sup> Y si a ello se le sumase la eventual aplicación del tipo superreducido de IVA del 4% al producirse el autoconsumo, se obtendría un coste fiscal en el citado Impuesto del 4%, que se corresponde con el tipo de IVA superreducido devengado con el autoconsumo y que no es objeto de deducción.

Cabe no obstante preguntarse si no sería de aplicación en este último supuesto lo dispuesto en la letra d) del art. 9.1 de la Ley de manera que, dentro del propio sector de alquiler, se generase la modalidad de autoconsumo interno prevista en dicho precepto. Téngase presente además que, al amparo de lo establecido en el segundo párrafo del art. 102 de la LIVA, resultaría admisible la deducibilidad íntegra del IVA soportado durante la promoción de las viviendas si bien, con ocasión del autoconsumo generado, se debería calcular e ingresar el IVA devengado resultante del autoconsumo, que no sería deducible en ninguna proporción.

Hemos de reconocer no obstante que no es este el criterio adoptado por la DGT tratándose de estos supuestos de promoción con destino inicial al alquiler. De cualquier manera el resultado final sí que sería idéntico: la empresa soportaría finalmente un coste fiscal coincidente con el IVA soportado durante la promoción.

Ahora bien, en el supuesto de que las viviendas promovidas pudieran haber disfrutado del tipo superreducido del 4% con ocasión de su transmisión el criterio defendido por la Administración y el expuesto con anterioridad sí que conducirían a resultados distintos. Porque, mientras que a resultas del primero el IVA soportado con ocasión de la promoción (generalmente del 10%) se convertiría en un coste efectivo, al no ser deducible en ninguna proporción, de conformidad con el segundo habría de aplicarse el autoconsumo previsto en el art. 9.1.d) de la Ley, siendo entonces el coste fiscal efectivo del 4%.

En todo caso, cuando una entidad promueve la construcción de unas viviendas para destinarlas al alquiler (ya sea de forma sobrevenida o con la intención inicial de hacerlo) se generan las dos modalidades de autoconsumo interno previstas en el art. 9.1, letras c) y d) respectivamente, de la Ley 37/1992. En ambos supuestos el autoconsumo generado en conjunción con la posible aplicación del tipo de gravamen superreducido conduciría a un coste fiscal en el IVA del 4%, el cual se correspondería con el IVA del 4% autorrepercutido con el autoconsumo, mientras que el IVA soportado del 10% correspondiente a las ejecuciones de obra facturadas por el constructor, a tenor de lo señalado en el párrafo segundo del art. 102 de la Ley, podría deducirse en su totalidad. Ello posibilitaría garantizar la neutralidad fiscal del Impuesto, al equiparar el coste fiscal de la adquisición y de la autopromoción de viviendas, destinadas en ambos casos al alquiler.

Acerca de esta cuestión relativa al cambio de destino de unas viviendas construidas por una inmobiliaria puede consultarse igualmente la contestación de la DGT a Consulta de 20 de enero de 2012, relativa a una entidad (promotora inmobiliaria) que, de manera sobrevenida, decide destinar las edificaciones construidas (viviendas) al arrendamiento con y sin opción de compra.

De acuerdo con lo señalado por el citado Centro Directivo la promoción de viviendas para destinarlas a la venta, adjudicación o cesión, a través de contratos de arrendamiento con opción de compra en los que se deduzca con claridad que la intención del promotor es llevar a cabo en última instancia dicha venta, adjudicación o cesión, resulta generadora íntegramente del derecho a la deducción. Con motivo de la realización de esta clase de operaciones no hay lugar al gravamen por autoconsumo a que se refieren las letras c) ni d) del art. 9.1º de la Ley 37/1992. Los arrendamientos con opción de compra posteriores se hayan pues, en estos casos, sujetos y no

exentos del Impuesto. Siendo las cuotas arrendaticias exigidas desde el día 28 de octubre de 2009 en adelante, el tipo de gravamen aplicable era, por aquel entonces, el reducido del 7% (que posteriormente pasó a ser del 8% a partir del 1 de julio de 2010) o del 4% según corresponda a su régimen de calificación. Las exigidas hasta el día 27 de octubre de 2009, incluido, determinaban en cambio el devengo del Impuesto al tipo general de gravamen.

Y, en el supuesto de que se hubiese soportado el Impuesto al tipo general del Impuesto en el arrendamiento previo y en el contrato se hubiera pactado expresamente que una parte de las cuotas arrendaticias debieran considerarse precio de la compraventa una vez ejercitada la opción de compra, habría de procederse a la rectificación de las cuotas del Impuesto que fueron inicialmente calculadas al tipo de gravamen general a fin de que corregir su gravamen a los tipos reducido o superreducido, según corresponda con la calificación de la vivienda que fuese a ser objeto de entrega.

Por lo que respecta a la promoción de viviendas para destinarlas a su arrendamiento sin opción de compra, ello determinará para su promotor la imposibilidad de deducir el Impuesto. No obstante, si la decisión de arrendar sin opción de compra fuera sobrevenida y posterior a la construcción, habría lugar al gravamen por autoconsumo de acuerdo con el art. 9.1º.c) de la Ley del Impuesto. Para cualquiera de los dos supuestos anteriores, el arrendamiento posterior estaría sujeto pero exento del Impuesto. Y el uso de una vivienda en virtud de contratos de arrendamiento con opción de compra no agotaría la primera entrega de una edificación.

¿Cómo debe ser puesto en conexión el concepto de primera entrega contenido en el art. 20.uno.22º de la LIVA con la exclusión de la exención en los arrendamientos con opción de compra contenida en la letra d´) del art. 20.uno.23º de la citada Ley? *A priori*, al objeto de poder determinar si la entrega de una edificación está exenta del Impuesto, hay que acudir a lo dispuesto en el art. 20.uno.22º de la LIVA. Del tenor literal de lo dispuesto en el último párrafo del citado precepto se desprende que la finalidad perseguida por el legislador ha sido la de que el uso de la vivienda durante un plazo prudencial (por lo menos, dos años) agote la primera entrega, introduciéndose al mismo tiempo la cautela de que dicho uso no se compute (y, por tanto, no agote la primera entrega) cuando se realice por quien será su propietario en última instancia, con el objetivo claro de evitar posibles esquemas de minoración artificial de la base imponible aprovechando indebidamente la exención del arrendamiento.

Repárese en el hecho de que el citado precepto está aludiendo de forma expresa al uso, entre otros, en virtud de contratos sin opción de compra. Significa ello que el uso efectuado en virtud de contratos con opción de compra, por muy dilatados o sucesivos en el tiempo que sean, no pueden agotar nunca la primera entrega. De este modo, por más contratos que se sucedan de arrendamiento con opción de compra, seguirá siendo de aplicación la exclusión de la letra d´) del art. 20.uno.23º de la Ley 37/1992, y, en consecuencia, dichos arrendamientos seguirán estando sujetos y no exentos del Impuesto como vía de traslado al consumo final del valor añadido de la promoción inicial.

Pues bien, en la medida en que la entrega de la vivienda efectuada por el promotor al arrendatario que la viene ocupando, en virtud de un contrato de arrendamiento con opción de compra, tiene la consideración siempre de primera entrega conforme a lo establecido anteriormente, el arrendamiento con opción de compra será una operación no exenta. Y no se habrá producido una entrega anterior por el hecho de que el promotor haya afectado al arrendamiento con opción de compra las viviendas inicialmente destinadas a la venta, ya que estas operaciones no tienen la consideración de autoconsumo.

En cuanto al tipo impositivo aplicable, a tenor de lo dispuesto en los arts. 90, apartado uno, número 7º del art. 91.uno.1 y número 6º del 91.dos.1, a la hora de determinar el tipo impositivo aplicable a los arrendamientos de viviendas con opción de compra que no se encuentren exentos habrá que considerar la fecha en que resulten exigibles las cuotas arrendaticias. Y, a tal efecto, se ha de acudir a lo establecido en los apartados tres y cuatro de la Disposición Final Tercera de la Ley 11/2009, de 26 de octubre, por la que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario (SOCIMI), a través de los cuales se modificaron los arts. 91.uno.2.17º y 91.dos.2º de la Ley 37/1992, respectivamente, con el fin de alinear los tipos de gravamen aplicables a este tipo de arrendamientos a los que resultan de aplicación a la entrega de las viviendas de acuerdo con su régimen de calificación. Se matiza en la letra c) de la Disposición Final Undécima de la citada Ley 11/2009 que la entrada en vigor de dichas previsiones y, por tanto, la aplicación de los tipos reducidos, afectará

“a las rentas correspondientes a contratos de arrendamiento con opción de compra de viviendas que resulten exigibles desde la entrada en vigor de la presente Ley siempre que no se haya ejercitado dicha opción de compra”.

De este modo, y como ya sabemos, aquellas cuotas arrendaticias que hubiesen resultado exigibles hasta el día 27 de octubre de 2009 tributaron al tipo general del Impuesto, mientras que las exigidas con posterioridad a dicha fecha (es decir, desde el día 28 de octubre de 2009 en adelante) tributaron a los tipos reducido o superreducido según corresponda a su régimen de calificación.

Por otra parte, de acuerdo con lo establecido por el art. 91.dos.2.2º de la LIVA la base imponible en la primera entrega de las viviendas estará formada por la total contraprestación satisfecha por el adquirente, esto es, por la cantidad que deba satisfacer el inquilino en el momento en que se produce la compraventa de la vivienda más las cantidades que hubiesen venido pagando mensualmente, a lo largo del periodo de arrendamiento, y para las que se hubiera pactado expresamente que se realizaban en concepto de precio de la vivienda caso de ejercitarse la opción correspondiente. Téngase presente que el tipo impositivo aplicable a las entregas de viviendas sería el reducido o el superreducido, según procediese, siendo este tipo impositivo el aplicable a la totalidad de la base imponible.

Sin embargo, por lo que respecta a aquellas cuotas exigidas hasta el día 27 de octubre de 2009, las mismas debieron tributar al tipo general del Impuesto. En estos casos, una vez ejercitada la opción de compra, habría procederse a la rectificación de las cuotas del Impuesto que fueron

inicialmente calculadas al citado tipo general a fin de corregir su gravamen a los tipos reducido o superreducido, según correspondiera con la calificación de la vivienda que fuese a ser objeto de entrega, siempre que el contrato incluyera la referida previsión. Así se encargó de precisarlo ya en su día la propia DGT en su Resolución de 28 de diciembre de 2007. Téngase presente que lo que sucede es que el precio del arrendamiento que se ha venido pagando se altera en el momento en que se ejerce la opción de compra, de manera que una parte del importe satisfecho en concepto de arrendamiento pasa a convertirse en precio de la vivienda. De este modo, las cuotas repercutidas por este concepto al tipo impositivo general debieron ser rectificadas para que la tributación se produjese al tipo reducido correspondiente.

En resumen, la promoción de viviendas para destinarlas a la venta, adjudicación o cesión, a través de contratos de arrendamiento con opción de compra en los que se deduzca con claridad que la intención del promotor es llevar a cabo en última instancia dicha venta, adjudicación o cesión, se considera como una actividad generadora íntegramente del derecho a la deducción, no habiendo lugar en consecuencia al gravamen por autoconsumo a que se refieren las letras c) ni d) del art. 9.1º de la Ley 37/1992. Ahora bien los arrendamientos con opción de compra posteriores quedarían, en estos casos, sujetos y no exentos del Impuesto.

Exigiéndose las cuotas arrendaticias desde el día 28 de octubre de 2009 en adelante, el tipo de gravamen aplicable sería el reducido o el superreducido según correspondiese a su régimen de calificación. En cambio, las exigidas hasta el día 27 de octubre de 2009, incluido, determinaron el devengo del Impuesto al tipo general del Impuesto.

Habiéndose soportado el Impuesto al tipo general en el arrendamiento previo y habiéndose pactado además en el contrato expresamente que una parte de las cuotas arrendaticias debían considerarse precio de la compraventa una vez ejercitada la opción de compra, debe procederse a la rectificación de las cuotas del Impuesto que fueron inicialmente calculadas al tipo general a fin de que corregir su gravamen a los tipos reducido o superreducido, según correspondiese con la calificación de la vivienda que fuese a ser objeto de entrega.

Por lo que respecta a aquellas operaciones de promoción de viviendas para destinarlas a su arrendamiento sin opción de compra, las mismas determinan para su promotor la imposibilidad de deducir el Impuesto. Ahora bien si la decisión de arrendar sin opción de compra resultase sobrevenida y posterior a la construcción, habría lugar al gravamen por autoconsumo de acuerdo con el art. 9.1º.c) de la Ley del Impuesto. En todo caso, respecto de cualquiera de los dos supuestos anteriores, el arrendamiento posterior estará sujeto pero exento del Impuesto.

En el supuesto de que, transcurridos dos años a contar desde la formalización del contrato con opción de compra, el arrendatario no ejerciese la misma, el arrendamiento pasaría a tener la consideración de arrendamiento sin opción de compra, es decir, exento, determinando dicha circunstancia el devengo del autoconsumo. Y el uso de una vivienda en virtud de contratos de arrendamiento con opción de compra no agota la primera entrega de una edificación.

### 3.1.2. Análisis específico de los contratos de lease-back.

Un supuesto especial es el de los denominados contratos de *lease-back*, también conocidos como *retroleasing* o *sale and lease back*. En líneas generales, se trata de un contrato por el que una empresa, propietaria de un bien, lo transmite a una sociedad de *leasing* y ésta, a su vez, lo cede a la primera en arrendamiento financiero. A través de este contrato el cesionario mantiene la disponibilidad del elemento que vende, si bien disfruta del mismo en régimen de arrendamiento financiero, recibiendo además un flujo de tesorería derivado de la enajenación. En otras palabras, el cesionario obtiene una inyección de liquidez y, adicionalmente, continúa utilizando el bien en cuestión.

Dentro de esta clase de contratos pueden llegar a darse hasta tres operaciones distintas a efectos de IVA. En primer lugar, la entrega de bienes realizada en favor de la compañía de *leasing*, que estaría sujeta al citado Impuesto ya que, normalmente, estas operaciones las realizan los empresarios utilizando activos de su patrimonio empresarial. En segundo término, una prestación de servicios efectuada por la compañía de *leasing* en favor del usuario mientras éste no se comprometa o no ejercite la opción de compra. Y, finalmente, se originaría una entrega de bienes desde el momento en que el usuario se comprometiese a ejercitar la opción de compra o la ejercitase efectivamente.

Como seguramente se recordará esta clase de contratos de *lease-back* originó en su día una problemática importante en el ámbito del IVA como consecuencia de su utilización para obtener mayores gastos deducibles en el IS, bajo la anterior normativa reguladora de este último tributo. Pensemos, por ejemplo, en el caso de una sociedad que transmite a una compañía de *leasing*, por un precio muy superior al normal de mercado, un determinado bien. Dicho elemento resulta cedido por ésta a la primera, mediante un contrato de arrendamiento financiero. La carga financiera pactada en dicho contrato resulta insignificante en relación al importe total de la operación. Como consecuencia de todo lo anterior, la sociedad trasmisora-usuario consigue deducir la totalidad de las cuotas satisfechas a la compañía de *leasing*, notablemente superiores al precio normal de mercado del bien. Adicionalmente no integraría en su base imponible renta alguna derivada de la transmisión ya que, de conformidad con aquello que disponía el art. 15.8 de la antigua Ley del Impuesto sobre Sociedades de 1978, la operación estaría exenta por reinversión.

Dada esta clase de operaciones, tanto la doctrina administrativa como la jurisprudencia estimaron que nos encontramos ante un negocio indirecto, no admitiendo, por tanto, la deducción en IS de las cuotas del contrato. Simultáneamente se estimó que dicha calificación debía producir efectos en el ámbito del IVA, sosteniéndose que no nos hallamos ante un verdadero contrato de *leasing*, sino ante un simple préstamo, exento del Impuesto. En consecuencia no serían deducibles las cuotas de IVA soportadas por el usuario.

Inicialmente el TEAC, en su Resolución de 24 de julio de 1997, negó el carácter financiero a una operación de *lease-back*, a pesar de haber obtenido dicha calificación a efectos del IS, declarando que

“Es evidente que (...) el contrato de arrendamiento financiero fue suscrito al amparo de la Disposición Adicional Séptima de la Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, y se trata de una operación sujeta y no exenta del IVA, por lo cual la repercusión es procedente”.

Con posterioridad, sin embargo, en su Resolución de 4 de noviembre de 1999, el TEAC modificó su criterio, al estimar que la existencia de una diferencia significativa entre el valor de mercado del bien y el satisfecho en la venta previa a la compañía de *leasing* desnaturaliza la operación, de manera que se pasa de un contrato con una finalidad estrictamente financiera y caracterizado por estar garantizado por unos bienes concretos a un simple contrato de préstamo<sup>43</sup>. La principal consecuencia derivada de lo anterior no es otra que la imposibilidad de aplicar la deducción de las cuotas soportadas.

### 3.2. La determinación del lugar de realización de los contratos de *leasing*

#### 3.2.1 *Supuestos en los que la operación tiene la consideración de entrega de bienes.*

Como regla general, tratándose de un *leasing* inmobiliario la entrega se localizará en España siempre que el inmueble radique en nuestro territorio. Así lo establece el art. 68.Dos.3º de la Ley 37/1992.

#### 3.2.2. *Supuestos en los que la operación tiene la consideración de prestación de servicios.*

Tal y como ya hemos puesto de manifiesto, el servicio se entenderá prestado en el territorio de aplicación del Impuesto siempre que radiquen en él los bienes inmuebles.

### 3.3. Concreción del devengo del impuesto

#### 3.3.1. *Período en el que el contrato tiene la consideración de prestación de servicios*

En tanto en cuanto el usuario no se haya comprometido a ejercitar la opción de compra y, por ende, la operación sea considerada como prestación de servicios, resultará de aplicación la regla contenida en el art. 75.Uno.7º de la LIVA, ya examinada. En consecuencia el devengo se producirá parcialmente por cada una de las cuotas de arrendamiento que resulten exigibles al usuario.

Así, por ejemplo, afirma el TEAC en su Resolución de 23 de marzo de 2010, relativa a la determinación del devengo a efectos del IVA en relación con un contrato de opción de compra en el que el concedente se comprometió a celebrar el contrato, pudiendo el optante o beneficiario ejercitar o no esa opción, con la consecuencia de perder los pagos realizados, que la sujeción a gravamen de la operación como prestación de servicios resulta procedente. Y, por lo que respecta a su devengo, dada su consideración como un contrato de tracto sucesivo en el que la prestación consiste en la renuncia del dueño a la facultad de disponer, el devengo tendrá lugar en el instante en

---

<sup>43</sup> Véase, en este mismo sentido, la Resolución del TEAC de 25 de abril de 2001.



el que se produzca la prestación del servicio, que tendrá lugar con el otorgamiento de la escritura pública, con independencia de que se hayan pactado unos plazos para el pago de la prima acordada. Así las cosas en la concesión de la citada opción de compra el devengo se producirá al concederla, no aplicándose la regla de tracto sucesivo que se refiere a varias prestaciones iguales.

### 3.3.2. *Período en el que el contrato tiene la consideración de entrega de bienes*

En el presente caso la norma aplicable será la prevista en el párrafo segundo del art. 75.Uno.1º de la LIVA, a tenor de la cual en las entregas efectuadas en virtud de contratos de arrendamiento de bienes con cláusula de transferencia de la propiedad vinculante para ambas partes se devengará el Impuesto cuando los bienes que constituyan su objeto sean puestos en posesión del adquirente.

Así las cosas dos son las posibles situaciones que podrían llegar a plantearse. En primer lugar podría suceder que, desde el instante de la celebración del contrato, el usuario se hubiese comprometido al ejercicio futuro de la opción de compra. Dada esta primera situación, el Impuesto se devengaría por la totalidad de la contraprestación en el momento en que los bienes fuesen puestos a disposición del usuario.

Ahora bien también cabría la posibilidad de que inicialmente no existiera el compromiso al que nos hemos referido, quedando éste formalizado con posterioridad o terminando ejercitándose la opción. Pues bien, en este segundo caso el usuario ya estaría en posesión de los bienes en el instante en que se constituyese la cláusula de transferencia de la propiedad vinculante para ambas partes, de manera que el devengo de la entrega derivada del contrato se produciría en el momento en que se formalizase el compromiso de ejercicio de la opción o ésta se ejercitara efectivamente.

Mediante Sentencia de 15 de noviembre de 2004 el Tribunal Supremo se encargó de resolver un recurso de casación interpuesto por una entidad contra Sentencia de fecha 21 de mayo de 1999 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en virtud de la cual se desestimaba un recurso contencioso-administrativo interpuesto por la citada entidad contra un Acuerdo de 29 de mayo de 1996 dictado por el Tribunal Económico-Administrativo Central. A través de dicho Acuerdo del TEAC se desestimaba, a su vez, el derecho de la recurrente a la deducción de un IVA soportado como consecuencia de una operación de arrendamiento financiero con opción de compra, ordenándose en consecuencia su devolución con los correspondientes intereses.

Se fundamentó el recurso en un único motivo formulado al amparo del art. 88.1.d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, como es el de la interpretación errónea del art. 6.2.7º de la antigua Ley 30/1985, reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Como es de sobra conocido, el devengo determina la realización del hecho imponible del tributo, haciendo surgir la obligación tributaria. Siendo el IVA un impuesto de devengo instantáneo, este se producirá operación por operación cada vez que se realice una de ellas.<sup>44</sup>

En dicho momento surgirá la obligación del deudor para con el Tesoro Público, lo que no significa sin embargo que sea ese el instante en el que el sujeto pasivo deba efectuar el pago del impuesto en la Hacienda Pública, ya que éste se realiza en los pagos trimestrales o mensuales determinados por la norma en los que se agrupan el total de las cuotas devengadas y soportadas en el período.

La regla general del devengo en las entregas de bienes está relacionada básicamente con la puesta a disposición. Este término ha de ser conectado, de una parte, con el propio concepto de entrega, que ya en la antigua Sexta Directiva en materia de IVA quedaba referido a la puesta a disposición. Y de otra, con el concepto de compraventa, muy arraigado en nuestra normativa mercantil.<sup>45</sup>

En cambio, en los servicios el devengo se vincula a una diversidad de operaciones que suponen su realización efectiva. En este caso, el hecho de que exista una gran pluralidad de servicios, hace difícil concretar en una sola regla los diversos criterios susceptibles de ser aplicados. De hecho, el propio enunciado del art. 11 de la Ley del IVA es suficientemente significativo, al aludir a la circunstancia de que los sujetos pasivos “presten, ejecuten o efectúen los servicios prestados”.

---

<sup>44</sup> El devengo en el IVA queda regulado en el art. 75 de la Ley 37/1992, adaptado al art. 10 de la antigua Sexta Directiva en materia de IVA. En dicho precepto se establece una regla general para las entregas de bienes y otra para las prestaciones de servicios, así como varias reglas especiales para determinadas operaciones. Dicho precepto es objeto de modificación en el número 2º de su apartado uno (relativo al devengo de las prestaciones de servicios) por la Ley 2/2010, de 1 de marzo, por la que se trasponen determinadas Directivas en el ámbito de la imposición indirecta y se modifica la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes para adaptarla a la normativa comunitaria, otorgándose la siguiente redacción:

"2.º En las prestaciones de servicios, cuando se presten, ejecuten o efectúen las operaciones gravadas. No obstante, en las prestaciones de servicios en las que el destinatario sea el sujeto pasivo del Impuesto conforme a lo previsto en los números 2º y 3º del apartado uno del artículo 84 de esta Ley, que se lleven a cabo de forma continuada durante un plazo superior a un año y que no den lugar a pagos anticipados durante dicho período, el devengo del Impuesto se producirá a 31 de diciembre de cada año por la parte proporcional correspondiente al período transcurrido desde el inicio de la operación o desde el anterior devengo hasta la citada fecha, en tanto no se ponga fin a dichas prestaciones de servicios. Por excepción de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando se trate de ejecuciones de obra con aportación de materiales, en el momento en que los bienes a que se refieran se pongan a disposición del dueño de la obra."

La razón de ser de esta modificación vino motivada por la modificación que el art. 1.1) de la Directiva 2008/117/CE del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, introdujo en el art. 64.2 de la Directiva 2006/112/CE, dado que su contenido no aparecía cubierto en todos los casos con el existente art. 75.uno.7º de la LIVA. Como es sabido el citado art. 64 de la Directiva excluye de la regla de devengo de las operaciones de tracto sucesivo a aquellas que tengan por objeto un arrendamiento de bienes durante un cierto período o la venta a plazos de bienes a que se refiere la letra b) del apartado 2 del art. 14.

<sup>45</sup> Esta puesta a disposición se desliga además de los criterios formales que resultan exigibles en el ámbito civil, así como de la tradición o transmisión formal del dominio como requisito de aplicación. La simple puesta a disposición del adquirente de los bienes transmitidos origina el devengo, lo que resulta lógico si consideramos que es la compraventa mercantil el título o negocio que con mayor frecuencia va a ser empleado en estas transacciones.

En todo caso debe advertirse que, aunque una cierta creencia así lo admita, el devengo en los servicios no tiene lugar con la facturación, sino con la terminación material de la actividad en que consistan. Y ello aún cuando la facturación se produzca un tiempo después. El propio texto legal contiene un conjunto de reglas especiales para determinadas operaciones, entre ellas los arrendamientos.<sup>46</sup>

Pues bien, a los efectos de poder precisar las consecuencias derivadas de la asunción por el arrendatario del compromiso de ejercitar la opción de compra en los contratos de arrendamiento financiero y su consideración como entrega de bienes, disponía el citado art. 6.2.7º de la antigua Ley 30/1985, de 2 de agosto, reguladora del Impuesto, aplicable al supuesto de autos, que en los arrendamientos con opción de compra se entiende producido el devengo del IVA desde el momento en que el arrendatario se compromete a ejercitar la opción de compra, lo cual no significa que el arrendatario tenga que ejercitar, obligatoriamente y en el mismo momento que adquiere el compromiso, dicha opción de compra.

Señalaba el art. 14.1.1º de la antigua Ley 30/1985 que

“El impuesto se devengará, en las entregas de bienes, cuando tenga lugar la puesta a disposición o, en su caso, cuando se efectúen conforme a la legislación que les resulte aplicable”.

Por su parte el citado art. 6.2.7º de la antigua Ley precisaba que

“(…) 2. Tienen la consideración de entregas de bienes: (...) 7º) Las cesiones de bienes en virtud de contratos de venta a plazos con pacto de reserva de dominio y de arrendamientos-ventas. A efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior se asimilarán a los arrendamientos-venta los arrendamientos con opción de compra desde el momento en que el arrendatario se compromete a ejercitar la opción de compra y, en general, los arrendamientos de bienes con cláusula de transferencia de propiedad, vinculante para ambas partes”.

Este mismo criterio se mantuvo posteriormente en la Ley 37/1992, de 28 de diciembre (art. 8.Dos), como hemos tenido ocasión de precisar. Dentro de esta previsión habría que incluir, en primer lugar, a los arrendamientos-venta por los que se entrega un bien en alquiler con la cláusula de que, abonadas un cierto número de anualidades, el arrendatario adquiere la propiedad de los bienes. Es esta una figura muy próxima a la venta con pacto de reserva de dominio y que, como ésta, queda sujeta al IVA como entrega de bienes.<sup>47</sup>

Los arrendamientos de bienes con cláusula de transferencia vinculante para las partes comprenden principalmente los denominados arrendamientos financieros, regulados por la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito en su Disp. Adic. 7ª.

---

<sup>46</sup> Para determinar la efectiva realización de estas operaciones deberán utilizarse los medios de prueba admitidos en derecho. Así, por ejemplo, la terminación de un transporte o la entrega material de un informe constituyen circunstancias que acreditan la realización del servicio o, en último caso, la fecha de expedición de la factura. En todo caso, el devengo se producirá cuando se realice el servicio, aunque en ese momento no se conozca el importe definitivo de la contraprestación. El Impuesto se liquidará entonces sobre la base de la contraprestación fijada provisionalmente, aplicando criterios fundados, y sin perjuicio de la posterior regularización que corresponda.

<sup>47</sup> En efecto, en los arrendamientos-venta se simula una auténtica venta con un contrato de arrendamiento, de forma que se paga como arriendo lo que en realidad constituye el pago de la venta.

A través de estos arrendamientos se cede al arrendatario el uso del bien, adquirido según sus propias especificaciones, a cambio del pago periódico de unas cuotas, e incluyéndose además de manera necesaria una opción de compra a favor de dicho arrendatario. La opción de compra se puede ejercitar o comprometerse a ejercerla en el momento de la firma del contrato, durante su vigencia o a la terminación del mismo.

Puesto que en relación con esta clase de contratos la jurisprudencia podría llegar a apreciar la existencia de una compraventa a plazos con pacto de reserva de dominio encubierta bajo la apariencia de un contrato, el legislador del IVA, haciendo abstracción de su naturaleza jurídica, opta por su sujeción al impuesto asimilándolos a las mencionadas ventas con pacto de reserva de dominio o condición suspensiva.<sup>48</sup>

Quedan asimismo incluidos en la citada previsión los arrendamientos con opción de compra con compromiso de ejercerla, así como los arrendamientos con cláusula de transferencia de la propiedad vinculante para las partes. Como es de sobra conocido, estas operaciones nacen como contratos de arrendamiento financiero en los que el ejercicio de la opción de compra por el valor residual del bien al finalizar el plazo de arrendamiento estipulado no se suele producir de forma anticipada.

Una primera alteración de la naturaleza de estos contratos tuvo lugar cuando la norma tributaria reguladora de la deducción por inversiones en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades otorgó el carácter fiscal de inversión a la realizada a través de contratos de *leasing*, siempre que constara ante la Administración el compromiso de ejercer la opción de compra al finalizar el contrato.

Ahora bien, puesto que no se exigía en la citada normativa que el compromiso se realizara ante el vendedor sino ante la Administración, dicha situación no terminaba de producir efectos contractuales entre las partes, no considerándose realizada una entrega de bienes a efectos del IVA mientras no se ejercitara, de forma efectiva, la opción de compra pactada en el contrato.

Tuvo que ser el Real Decreto 1667/1985, de 11 de septiembre el que, al desarrollar reglamentariamente el Decreto Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica, declaró aplicable la libertad de amortización a los contratos de arrendamiento financiero siempre que existiera el compromiso, formalizado ante el vendedor, de ejercer la opción de compra incluida en tales contratos.

De este modo la naturaleza de estos contratos, que inicialmente era de arrendamiento financiero, quedaba transformada en la propia de una compraventa con pago aplazado sometido a término y constitutiva de una entrega de bienes sujeta al IVA desde la misma fecha en que resulte formalizado el compromiso.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> Estas ventas con reserva de dominio comprenden principalmente las ventas a plazos, en las que el vendedor garantiza el cobro total con dicha cláusula, de forma que el comprador no adquiere la propiedad del bien hasta que no se produce el pago del último plazo.

<sup>49</sup> Y ello sin perjuicio de que, a efectos de otros impuestos, dichos contratos continuaran disfrutando de ciertas ventajas siempre que fuesen realizados con entidades autorizadas para la realización de operaciones de arrendamiento financiero.

Los contratos de arrendamiento con opción de compra se asimilan a los de arrendamiento-venta, esto es, a entregas de bienes, desde el momento en que el arrendatario se compromete a ejercer dicha opción. Antes del compromiso citado, la operación tiene la consideración de servicio de arrendamiento, devengándose el impuesto a medida que resulta exigible cada percepción. Y, una vez que se efectúa el compromiso de opción de compra, es cuando se devenga el impuesto restante.<sup>50</sup>

Pues bien, si no existe compromiso por parte del arrendatario de ejercer la opción de compra, el arrendamiento financiero o *leasing* debe calificarse en el IVA como prestación de servicios que se devenga en cada vencimiento de la cuota. Y si, por el contrario, se formaliza el compromiso o se ejercita efectivamente la opción de compra por el arrendatario, se producirá el devengo por el importe de la totalidad de las cuotas pendientes de vencimiento y por el valor residual, pasando así a considerarse como una entrega de bienes.<sup>51</sup>

Queda claro por tanto que aquellas operaciones derivadas de un arrendamiento financiero en el que no existe compromiso por parte del arrendatario de ejercer la opción de compra al finalizar el mismo debe calificarse como una “prestación de servicios”, originándose un devengo de tracto sucesivo a medida que se produzcan los vencimientos de las cuotas arrendaticias.<sup>52</sup>

Y, en el supuesto de que se formalizase tal compromiso, tendría lugar el devengo anticipado del IVA por todas las cuotas del arrendamiento pendientes de vencimiento así como por el importe del valor residual, estimándose producida la entrega por el solo hecho de formalizarse tal compromiso.

La interpretación adecuada del art. 6.2.7º de la antigua Ley reguladora del IVA o del art. 8.dos de la vigente Ley 37/1992 es por tanto aquella en base a la cual, el devengo del IVA por entrega de bienes en el arrendamiento financiero o con opción de compra se produce desde que se asume el compromiso u obligación de ejercer dicha opción. Sucede no obstante en el presente caso que, tal y como puso de manifiesto el Abogado del Estado, la devolución interesada se pretende relacionar con una cantidad de la que previamente no ha existido ingreso alguno por el sujeto pasivo. Y es que en el supuesto de autos la recurrente no llegó a asumir el citado compromiso u obligación de ejercer la opción.

---

<sup>50</sup> Tal y como señala la DGT en su contestación a Consulta de 22 de junio de 2001,

“En el arrendamiento con opción de compra, cuando no existe el compromiso de ejercer dicha opción, se produce una prestación de servicios, teniendo lugar el devengo en el momento en que resultan exigibles las distintas cuotas de arrendamiento”.

<sup>51</sup> Tiene declarado a este respecto la doctrina administrativa que el compromiso de ejercer la opción de compra puede consistir en la aceptación de letras de cambio por cada una de las cuotas arrendaticias, lo que determinará la calificación de la operación como entrega de bienes, con la consiguiente aplicación de la norma de devengo propia de estas. Véase en este sentido la contestación de la DGT a Consulta de 2 de febrero de 1995.

<sup>52</sup> En definitiva, es el ejercicio de esta opción de compra o el compromiso de su ejercicio lo que convierte al arrendamiento financiero (prestación de servicios) en una entrega de bienes. El arrendamiento financiero es una prestación de servicios hasta el momento de ejercer la opción o comprometerse a ejercerla, y una entrega de bienes desde el ejercicio o compromiso indicados. En estas condiciones, en el arrendamiento de servicios se aplicará la regla de devengo de los servicios y en el arrendamiento entrega la regla especial que ahora se contempla.

¿Cabría la posibilidad de escindir el negocio jurídico en cuestión en dos partes, una a efectos fiscales acordándose el ejercicio exclusivamente nominativo de la opción de compra respecto del IVA, y otra exclusivamente a efectos jurídico-privados, en el que se excluiría toda trascendencia jurídica? Parece claro que la respuesta a la citada cuestión ha de ser negativa, tal y como subrayó el propio Tribunal en la presente Sentencia. El compromiso de ejercitar la opción de compra, que al amparo de lo establecido en la Ley del IVA confiere virtualidad a la entrega en los arrendamientos con opción de compra, no constituye en ningún caso una expresión de carácter meramente formulario desprovista de efectos jurídicos o carente de trascendencia entre las partes. Por el contrario, es la formalización del compromiso vinculante para las partes la que, a efectos del IVA, transforma la naturaleza del contrato convirtiendo la del arrendamiento financiero en la caracterizadora de una compraventa con pago aplazado sometido a término.

A la luz de todas estas consideraciones terminó el Tribunal por desestimar el recurso de casación interpuesto al efecto, no sin antes subrayar que la exclusión de trascendencia jurídica privada del compromiso a la que nos referíamos con anterioridad no puede obviarse en ningún caso. En palabras del Tribunal,

“ha de entenderse como la expresión de la voluntad en su día formulada y que no resulta desvirtuada por la circunstancia de que se terminara ejercitando la opción de compra. Sobre la base de dicha manifestación de voluntad representa más que el cumplimiento de una obligación, el ejercicio de una facultad derivada de la formulación originaria del contrato”.

Como es sabido, en las operaciones de tracto sucesivo, a las que se refiere el art. 75.Uno.7 de la LIVA, tiene lugar el desarrollo de una prestación que se alarga en el tiempo o que presenta una pluralidad de manifestaciones, motivo por el que se busca dotarla de una propia especificidad que evite indeterminaciones en la fijación del devengo.

Es por ello por lo que en los arrendamientos puros y simples, así como en los suministros de energía, de gas, de servicios telefónicos y demás operaciones de tracto sucesivo o continuado (caso por ejemplo de cesiones de derechos de autor, propiedad intelectual, etc.), el devengo resulta ligado a la exigibilidad de la parte del precio que comprenda cada percepción. Se trata, en definitiva, de una regla sencilla que posibilita una fácil aplicación del impuesto, ya que sería más complicado encontrar otro punto de referencia que resolviese con total claridad los distintos supuestos posibles.

Ahora bien debe quedar claro que dicho criterio no es de aplicación a los arrendamientos financieros, cuando estos se consideren a su vez entregas al comprometerse el arrendatario a ejercitar la opción de compra. Por el contrario, sí que resultaría aplicable tratándose de prestaciones de servicios.<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> Téngase presente además que la norma se está refiriendo en estos casos a exigibilidad, no a cobro. Así por ejemplo, si en un arrendamiento se ha pactado el pago del canon por períodos mensuales exigibles el primero de cada mes, el devengo se producirá en ese día. Y en los contratos de suministro eléctricos, de agua o en los servicios telefónicos, el devengo se producirá cuando sea exigible el pago de la factura expedida por la compañía suministradora o prestadora de los servicios. Pero obsérvese que hablamos de cuando resulte exigible, no de cuando se pague. Por ello, si no se

### 3.4. Conceptos incluidos y excluidos de la base imponible. especial referencia a la carga financiera

Al amparo de la regla general contenida en el art. 78.Uno de la LIVA, la base imponible estará constituida por el importe total de la contraprestación de las operaciones sujetas al citado Impuesto procedentes del destinatario o de terceras personas. De este modo, todas aquellas cantidades que el usuario entregue a la compañía de *leasing* y que reúnan las condiciones anteriormente indicadas formarán parte de la base imponible.

Una mención particular merece, sin embargo, el tratamiento de la carga financiera. ¿Deben formar parte de la base imponible del Impuesto los intereses cobrados por la compañía de *leasing*? Con carácter general el art. 78.Dos.1º de la LIVA, tras referirse a la incorporación a la base del citado Impuesto de lo que podríamos denominar “gastos accesorios”, señala que

“No se incluirán en la contraprestación los intereses por el aplazamiento en el pago del precio en la parte en que dicho aplazamiento corresponda a un período posterior a la entrega de los bienes o la prestación de los servicios”.

Desde nuestro punto de vista la aplicación de esta regla a los contratos de *leasing* requiere diferenciar varias posibilidades. Así, por ejemplo, si el usuario no se compromete al ejercicio de la opción de compra pero, una vez llegado el momento, la ejercitase de manera efectiva, habría que estimar que hasta que el usuario no adquiere la propiedad del bien la operación constituye una prestación de servicios, debiendo incluirse en la base imponible la parte de carga financiera que forma parte de cada uno de los cánones satisfechos.

Y ello debido a que el devengo del tributo se produce en el momento en que resultan exigibles las cuotas de arrendamiento adeudadas por el usuario, extendiéndose además el devengo de los intereses de cada cuota al período comprendido entre la celebración del contrato y el pago de aquélla. Tal y como precisa el art. 78.Dos.1º de la LIVA, se trata de los intereses derivados de un aplazamiento en el pago del precio, en la parte en que dicho aplazamiento corresponde a un período anterior a la prestación del servicio.

Por lo que respecta a la determinación de la base imponible correspondiente a la entrega del bien, no creemos que deba plantearse cuestión alguna. Téngase presente que el valor de la opción de compra no incorpora carga financiera alguna, sino que la totalidad de lo pagado lo es en concepto de recuperación del coste del bien.

Mayores problemas plantean, en cambio, aquellos supuestos en los que el usuario, durante la vida del contrato, se compromete al ejercicio de la opción de compra. A nuestro juicio la parte de la operación que tenga la consideración de prestación de servicios se resolverá con arreglo al criterio ya expresado. Sin embargo la determinación de la base imponible de la entrega de bienes

---

paga, nada empece tal situación a que haya obligación de ingreso de la cuota por parte del sujeto pasivo, sin que pueda acudir además a los supuestos de modificación de la base imponible contemplados en el art. 80 de la Ley, ya que la operación no se ha resuelto. Habrá un impagado, pero el servicio se entenderá prestado o la entrega se estimará realizada, debiendo ingresarse el impuesto correspondiente a tal consumo.

exige pronunciarse acerca de la inclusión de los intereses. A tal efecto estimamos que la base quedará integrada por la parte de las cuotas correspondientes a la recuperación del coste del bien, debiendo excluirse la carga financiera. En otras palabras, la base se formará tomando exclusivamente el importe del valor al contado del bien que quede pendiente de pago en el momento en que se formalice el compromiso. Y ello salvo que exista alguna otra partida, diferente de los intereses, que deba igualmente incluirse en la base (caso, por ejemplo, de las comisiones o de las primas de seguros).

En cuanto al devengo de esta entrega, el mismo se producirá en el instante en el que el usuario formalice su compromiso de ejercitar la opción de compra. Por tanto, aquellos intereses que el usuario satisfaga a partir de dicho instante corresponderán a un período posterior a la entrega de los bienes.<sup>54</sup>

Al amparo de las anteriores consideraciones cabe concluir que, en caso de que el usuario lo sea un sujeto que carezca del derecho a la deducción de las cuotas soportadas, desde un punto de vista estrictamente tributario lo que interesará a éste será comprometerse cuanto antes en el ejercicio de la opción de compra, dado que dichas cuotas serán inferiores si se calculan sobre una base imponible que no incluye la carga financiera.<sup>55</sup>

Téngase presente, además, que el apartado tercero del art. 78.Dos.1º de la Ley 37/1992 exige, como requisito de la exclusión de los intereses, que esta partida se haga constar separadamente en la factura emitida por el sujeto pasivo. En nuestra opinión se trata de una exigencia que no resulta difícil de cumplir en los contratos de *leasing*, máxime si tenemos en cuenta que el art. 115.3 del TRLIS exige que los contratos diferencien la parte de las cuotas correspondientes a la recuperación del coste del bien y la carga financiera.

---

<sup>54</sup> Véase, en este sentido, la Resolución de la DGT de 15 de diciembre de 1999, ya citada con anterioridad, y en la que se señala que

“La base imponible de esta entrega de bienes está constituida por el importe de las cuotas que quedan por pagar, más el importe de la opción de compra, no incluyéndose en la misma el importe que corresponda a la carga financiera por pago aplazado del precio, que se devengue a partir de ese momento”.

<sup>55</sup> Tal y como se ha señalado con anterioridad, hasta que el usuario no adquiere la propiedad del bien la operación constituye una prestación de servicios, debiendo incluirse en la base imponible la parte de carga financiera que forma parte de cada uno de los cánones satisfechos, al producirse el devengo del IVA en el instante en que resulten exigibles las cuotas de arrendamiento adeudadas por el usuario. Y el devengo de los intereses de cada cuota se extenderá al período comprendido entre la celebración del contrato y el pago de aquélla. Refiriéndose a esta situación afirma RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: “La calificación del arrendamiento financiero en el Impuesto sobre el Valor Añadido (la adopción del criterio contable por parte de la jurisprudencia comunitaria)”, ob. cit., que

“Como puede observarse, el resultado no se compadece bien con la naturaleza de los contratos de *leasing*, que tienen un marcado carácter financiero. A pesar de ello y como consecuencia de la calificación de la operación, la carga financiera se incluye en la base imponible, frente a lo que sucede en otras operaciones de financiación, como el préstamo. Esta situación no se daría si la calificación de la operación como entrega de bienes, en los contratos más usuales, se produjera en un momento anterior, señaladamente a su celebración. En tales casos, la base estaría constituida por la parte de las cuotas correspondientes a la recuperación del coste del bien, pero excluyéndose la carga financiera, ya que se trataría de intereses posteriores al devengo de la entrega”.



Señala, para finalizar, el apartado cuarto del citado precepto que

“En ningún caso se considerará interés la parte de la contraprestación que exceda del usualmente aplicado en el mercado para similares operaciones”.

Mediante Sentencia de 15 de septiembre de 2009 se refirió el TSJ. de Extremadura a la determinación de la base imponible en el ejercicio de una opción de compra, analizando el Tribunal un contrato de arrendamiento financiero inmobiliario por un término de diez años en el que se concedía un derecho de opción de compra, con efectos al término del contrato de arrendamiento financiero. La sociedad ejerció el derecho de opción de compra, adquiriendo el bien inmueble que había sido objeto del arrendamiento financiero, procediéndose a presentar autoliquidación por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Modalidad Actos Jurídicos Documentados, y declarando como base imponible el valor residual del bien. Por su parte la Administración Tributaria practicó comprobación de valores por el valor de la finca adquirida.

Tal y como se encarga de precisar el Tribunal no resulta posible tributar por un arrendamiento más una compraventa, sino de considerar que visto el carácter unitario del contrato y la naturaleza de las cuotas de contraprestación dineraria fraccionada correspondiente al precio de adquisición, el impuesto por el ejercicio del derecho de opción, y por tanto de adquisición de la propiedad ya habría sido satisfecho en la parte correspondiente. Lo que sucede en el contrato de arrendamiento financiero es que la transmisión de la propiedad se puede vislumbrar en la primera escritura que formaliza el contrato, estimándose que el ejercicio de la opción de compra sería la culminación de dicho proceso jurídico en forma de pago del último plazo (valor residual del bien), sin que pueda analizarse la tributación de dicho proceso de transmisión de la propiedad sin observar que en la escritura de arrendamiento financiero se ha tributado sobre una determinada base imponible a efectos de Actos Jurídicos Documentados (el importe total del contrato de arrendamiento financiero) y que en el ejercicio de la opción de compra se debe tributar sobre una base imponible distinta, ya que en dicho acto jurídico se manifiesta una capacidad económica distinta. Y sostener una postura como la defendida por la Administración Tributaria conduciría a un supuesto de doble tributación.

En su contestación a Consulta de 1 de febrero de 2011 la DGT analizó una consulta planteada por una entidad que se disponía a transmitir una instalación de energía solar fotovoltaica adquirida mediante contrato de *leasing* en vigor y en el que la entidad adquirente, además de la contraprestación que debía satisfacer a la transmitente, habría de subrogarse en la posición de arrendatario financiero y asumir el capital pendiente de pago en el contrato de leasing.

Suscitándose la cuestión relativa a la inclusión o no de la deuda subrogada correspondiente al capital pendiente del leasing en la base imponible de la operación descrita la DGT, tras recordar el contenido de los arts. 4.Uno y Dos.b), 5.Uno.a) y .Dos, todos ellos de la LIVA, señaló que la cesión de dicho contrato suponía la realización de una operación sujeta al Impuesto, al realizarse por un empresario o profesional en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional.

Y, tras analizar el contenido de los arts. 8 y 11 de la Ley 37/1992, precisó la DGT que el arrendamiento financiero de un bien puede tener la consideración de “entrega de bienes” o de “prestación de servicios”. En este sentido, tendrá la consideración de prestación de servicios, de acuerdo con lo establecido en el art. 11.Dos.2º de la Ley, antes referido, hasta el momento en que el arrendatario se compromete frente al arrendador a ejercitar la opción de compra sobre el citado bien. Desde dicho momento la operación indicada se considera una entrega de bienes, a tenor de lo establecido en el art. 8.Dos.5º de la Ley, con todos los efectos que conlleva dicha calificación.

En el concreto supuesto planteado del texto de la consulta no podía deducirse si el titular de los contratos de arrendamiento financiero se había comprometido o no a ejercitar la opción de compra. No obstante, en el presente caso lo que se transmitía era la posición como arrendatario financiero en los contratos, lo que constituye, en todo caso, una prestación de servicios a efectos del IVA, independiente de los propios contratos de arrendamiento financiero objeto de cesión.

Por lo que respecta a la determinación de la base imponible de dicha operación, teniendo presente aquello que dispone el Apartado uno del art. 78 de la Ley 37/1992, la base imponible de la cesión de la posición como arrendatario financiero en los contratos objeto de consulta vendrá determinada, tal y como precisa la DGT, por el importe total de la contraprestación pactada entre cedente y cesionario, con independencia de que los propios contratos objeto de cesión constituyan operaciones sujetas al IVA, y al margen de que sus cuotas representen también la contraprestación de una operación sujeta al Impuesto. Esta última operación sería distinta de la cesión que constituye el objeto de la consulta, y por lo tanto no afecta a la base imponible de la misma.

Por último, el sujeto pasivo del Impuesto por esta operación (y, por tanto, obligado a repercutir en factura el citado tributo) sería el empresario cedente que presta el servicio al consultante, según se establece en el art. 84.Uno.1º de la Ley, que dispone que serán sujetos pasivos del Impuesto las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de empresarios o profesionales y que realicen las entregas de bienes o presten los servicios sujetos al Impuesto.

Tal y como señala la DGT mediante Resolución de 17 de enero de 2012, relativa a una entidad mercantil que había suscrito un contrato de opción de compra sobre un inmueble de su propiedad, acordando además que el precio por la concesión de la opción fuese descontado, en caso de ejercer dicha opción las cantidades satisfechas con motivo del otorgamiento de la opción de compra del inmueble referido no forman parte de la base imponible de la entrega del mismo, sino que forman parte de la base imponible de la propia concesión del derecho de opción. El hecho de que estas cantidades se utilicen en el método de cálculo de la base imponible de la entrega no afecta a la configuración de dicha base imponible. Debido a ello la base imponible de la compraventa estará constituida por la contraprestación total pactada, magnitud que en el presente caso vendrá determinada por el resultado de minorar el precio total de la compraventa en el importe abonado en su día por la constitución de la opción de compra por haberlo pactado así expresamente las partes.

### 3.5. Tipo impositivo aplicable

Tradicionalmente, dada la clase de bienes que suele constituir el objeto de este contrato el tipo aplicable ha venido siendo, en la mayoría de supuestos, el tipo general del Impuesto (art. 90.Uno de la LIVA). Ahora bien con independencia de lo anterior también podía tener lugar la aplicación de los tipos reducidos y superreducidos previstos en el art. 91.Uno y Dos de la Ley 37/1992, respectivamente.

A este respecto estimamos necesario efectuar la siguiente precisión. Como es sabido el art. 91 de la LIVA, en cada uno de los apartados anteriormente indicados, contiene dos enumeraciones. La primera de ellas hace referencia a la entregas de bienes, mientras que la segunda contiene una lista de prestaciones de servicios. Pues bien, en el supuesto de que el contrato de *leasing* tuviese por objeto un bien comprendido en la enumeración relativa a las entregas de bienes, el tipo reducido sólo podía aplicarse desde el instante en el que el usuario ejercitase o se comprometiese a ejercitar la opción de compra.<sup>56</sup>

Un supuesto de posible aplicación del tipo reducido era, por ejemplo, aquel en el que tuviese lugar la constitución de un *leasing* operativo sobre una vivienda celebrado por el propio promotor de la misma. En estos casos, tal y como ya hemos analizado, tanto el arrendamiento como la posterior entrega quedaban sujetas y no exentas de IVA. Ahora bien, mientras la entrega estaba sometida al tipo de gravamen reducido (de conformidad con lo dispuesto por el art. 91.Uno.1.7º de la Ley), el arrendamiento previo tributaba al tipo de gravamen general, ya que dicha operación no se encontraba incluida dentro de la relación de servicios que, al amparo de lo establecido en el art. 91.Uno.2 de la Ley 37/1992, han de quedar sometidos a la aplicación del tipo reducido.

A resultas de la citada situación el Ejecutivo estuvo trabajando en la mejora de las condiciones fiscales del arrendamiento de viviendas con opción de compra a efectos del IVA, dado que su actual tributación resulta poco atractiva. Y es que, mientras el alquiler de viviendas se encontraba exento de IVA y la compra tributaba al tipo reducido (por aquel entonces del 7%), en los arrendamientos con opción de compra se venía aplicando un tipo de gravamen general (en aquel momento del 16%) sobre el precio mensual del alquiler.

Como es sabido en estos arrendamientos con opción de compra el inquilino satisface un alquiler y, al cabo de unos años (normalmente en un plazo de entre dos y cinco años), puede ejecutar la opción de compra. Al hacerlo una parte del alquiler mensual, previamente acordado por las partes, se considera como un anticipo por la adquisición de la vivienda. Pues bien, dada esta operación la fiscalidad que asumía el inquilino a efectos del IVA convertía la operación en poco atractiva. Y ello debido a que el arrendatario que goza de una opción de compra debía satisfacer

---

<sup>56</sup> Véase, en este sentido, la Resolución del TEAC de 25 de marzo de 1998, relativa a la tributación a efectos del IVA de un contrato de *leasing* sobre aparatos médicos cuya entrega, *a priori*, daba lugar a la aplicación del tipo reducido del 7 por 100 (art. 91.Uno.6º de la LIVA), concluyendo sin embargo el Tribunal que debía aplicarse el tipo general, al no haber aportado el sujeto pasivo documentación alguna que acreditase la existencia de un compromiso de ejercicio de la opción de compra.

un 16% de IVA sobre el alquiler mensual. En el supuesto de que finalmente el inquilino ejecutase la opción de compra el precio de la vivienda tributaría al 7%. Sin embargo, una parte del alquiler satisfecho por el arrendatario y que sirve de anticipo para la adquisición de la vivienda habría estado tributando al tipo del 16%. Y, a pesar de que Hacienda habría de devolver entonces dicha diferencia si no se ejecuta la opción de compra, el inquilino no recuperaría ni un euro del IVA soportado.

En definitiva terminaba originándose una situación en virtud de la cual, cuando un sujeto iba a pedir dinero al banco para comprar una vivienda, el interés se encontraría exento, satisfaciendo un 7 o incluso un 4% de IVA. En cambio, si la financiación la prestase el promotor de la vivienda, surgiría la obligación de satisfacer el IVA sobre dicha financiación y, además, al 16%. Ahora bien conviene precisar que esta tributación al tipo de gravamen general vigente por aquel entonces sólo se aplicaba en el alquiler con opción de compra de viviendas nuevas. Tratándose de pisos de segunda mano este tipo de operaciones se encontraban exentas de IVA, si bien el arrendador no tenía derecho a deducción.<sup>57</sup>

Dada esta situación no parecía que el Gobierno, al proceder a revisar la normativa, optase por dejar igualmente exento el IVA de los alquileres con opción de compra de viviendas nuevas, ya que ello implicaría que el promotor no podría deducirse el IVA soportado. En cambio podría resultar más beneficioso rebajar del tipo de gravamen general al reducido el IVA que se aplica al alquiler de vivienda con opción de compra, equiparándolo así a la compra de viviendas nuevas.

Pues bien, esto último fue lo que se hizo. La Ley 11/2009, de 26 de octubre, por la que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario, añadió un nuevo número 17.º al apartado uno.2 del art. 91 de la LIVA, relativo a aquellas prestaciones de servicios que tributaban al tipo reducido incluyendo la relativa a los arrendamientos con opción de compra de edificios o parte de los mismos destinados exclusivamente a viviendas, incluidas las plazas de garaje, con un máximo de dos unidades, y anexos en ellos situados que se arrienden conjuntamente.

Y, por lo que respecta a aquellas operaciones a las que les resultara de aplicación el tipo del 4% (reguladas en el art. 91.Dos de la LIVA), se incluyeron los arrendamientos con opción de compra de edificios o partes de los mismos destinados exclusivamente a viviendas calificadas administrativamente como de protección oficial de régimen especial o de promoción pública, incluidas las plazas de garaje, con un máximo de dos unidades, y anexos en ellos situados que se arrienden conjuntamente”.

---

<sup>57</sup> En efecto, recuérdese a este respecto que el arrendamiento de viviendas constituye una actividad exenta de IVA que limita el derecho a la deducción del Impuesto. Por tanto, cuando se adquiere una vivienda para destinarla al arrendamiento, el IVA soportado se convierte en un coste efectivo, ya que no es recuperable de la Hacienda Pública a través del mecanismo de la deducción. Ahora bien, bajo determinadas circunstancias, las entidades arrendadoras pueden adquirir las viviendas al tipo de gravamen superreducido del 4%, reduciendo al máximo su coste fiscal en este Impuesto. El problema surge cuando las entidades arrendadoras, en lugar de adquirir las viviendas, son las que directamente efectúan su autopromoción para destinarlas al alquiler, ya que la norma no prevé la aplicación de dicho tipo superreducido. El constructor, en consecuencia, debe repercutir un tipo de gravamen (que en la actualidad sería del 10%) por las ejecuciones de obra realizadas, que para los arrendadores (a su vez promotores) se convertiría, en principio, en un coste efectivo al no poder ser deducido.

De este modo la citada Ley 11/2009 modificó este art. 91 de la LIVA tanto en su apartado uno.2 (a través del nuevo número 17º) como en su apartado dos.2, con la finalidad de establecer la aplicación de los tipos reducidos a los arrendamientos con opción de compra de edificios o partes de los mismos destinados exclusivamente a viviendas. Recuérdese que estos arrendamientos no resultan exentos ex art. 20.uno.23º y que, con anterioridad, como hemos indicado, venían tributando al tipo general de gravamen, a pesar de que la ulterior entrega de la vivienda tributase a un tipo reducido. Pues bien, a raíz de esta modificación el arrendamiento pasó a tributar en aquel entonces al 7% (8% con efectos desde el 1 de julio de 2010 y 10% en la actualidad) o al 4% en atención al tipo de vivienda de que se tratase. Y el citado precepto extendió esta norma a las plazas de garaje, con un máximo de dos unidades, y a los anexos que se arrienden conjuntamente con la vivienda. Dichas modificaciones entraron en vigor el 28 de octubre de 2009 (las dos primeras), siendo de aplicación, por lo que se refiere a la citada en tercer lugar, respecto de las rentas de los arrendamientos anteriormente mencionados que resulten exigibles desde esa fecha.

Por tanto, a la luz de la reforma operada en los arrendamientos de viviendas con opción de compra se alinean los tipos de gravamen aplicables a los de las entregas intracomunitarias de bienes en relación con las cuotas arrendaticias exigibles desde el 28 de octubre de 2009. La modificación de ambos preceptos fue de aplicación a las rentas correspondientes a contratos de arrendamiento con opción de compra de viviendas que fuesen exigibles desde la entrada en vigor de la Ley 11/2009 (el 28 de octubre de 2009), siempre que no se hubiese ejercitado dicha opción de compra.

En resumen, respecto de los arrendamientos con opción de compra, concurriendo la intencionalidad del promotor, cabe estimar que nos hallamos ante una venta en todo caso. De este modo, si el sujeto promoviese para arrendar con opción de compra, el IVA soportado resultará deducible<sup>58</sup>. No habría autoconsumo y el arrendamiento estaría sujeto y no exento. Y, tratándose de viviendas no vendidas que el sujeto decidiese arrendar con opción de compra, el tratamiento será el mismo, sin incidencia para promotor, y quedando el arrendamiento no exento de IVA. Concretamente, tratándose de aquellos supuestos de vivienda nueva o usada adquirida para arrendamiento con opción de compra no habría posibilidad de renuncia a la exención del IVA y, existiendo gravamen por dicho Impuesto, el IVA no sería deducible. No existiría autoconsumo y el arrendamiento estaría exento, como también lo estaría la entrega del bien en el ejercicio de la opción de compra, no siendo de aplicación el tipo reducido para el arrendamiento.

En cambio, tratándose de un arrendamiento operativo sin opción de compra resultaría de aplicación el tipo ordinario, pudiendo no obstante aplicarse la exención contenida en el art. 20.uno.23º LIVA. Declara además la DGT en su Resolución de 28 de octubre de 2008 que en estos arrendamientos operativos existe autoconsumo por paso de sector compraventa a sector arrendamiento. Y, tratándose de una promoción directa para arrendamiento, el IVA soportado no resultaría deducible, tal y como declaró el citado Centro Directivo en su contestación a Consulta de 6 de noviembre de 2006.

---

<sup>58</sup> Véase, en este sentido, la contestación de la DGT a Consulta de 2 de diciembre de 2009, en la que se señala que genera el derecho a la deducción del IVA la promoción de viviendas para su destino a la venta, adjudicación o cesión, a través de estos contratos de arrendamiento con opción de compra.

Recuérdese que la aplicación de tipos reducidos respecto de los arrendamientos financieros fue exigible desde el 28 de octubre de 2009. En relación con esta cuestión, si hubiese habido cuotas pagadas al 16 por ciento, estimó la DGT que procedería su rectificación si el contrato lo previese cuando se ejercitó la opción de compra.

Téngase presente para finalizar que, cuando un empresario adquiere viviendas con la finalidad de destinarlas a su arrendamiento, ya sea con o sin opción de compra, a resultas de su adquisición, y como mínimo, tiene lugar el agotamiento del concepto de primera entrega de la edificación, de manera que en todo caso el arrendamiento posterior que, en su caso, se produzca, estará sujeto pero exento de IVA, no pudiendo en consecuencia ser objeto de deducción el Impuesto soportado, en su caso, por la realización de dicha compra. Dicha situación será la que, en la mayoría de supuestos, termine dando lugar al surgimiento de contratos de arrendamiento de viviendas con opción de compra exentos de IVA. Ahora bien, es necesario que la opción de compra se encuentre a disposición del arrendatario durante la totalidad del plazo de duración del contrato ya que, siendo otra la situación existente, existiría autoconsumo en el supuesto de que el arrendamiento pasase a ser operativo o no llevase el ejercicio de la opción asociada.

Tal y como afirma la DGT en su contestación a Consulta de 16 de junio de 2011, en el supuesto de arrendamiento de viviendas con opción de compra la aplicación del tipo reducido presenta un carácter eminentemente finalista que hace depender del uso de la edificación su posible aplicación, siendo por tanto preceptivo que el destino efectivo del objeto del contrato de arrendamiento con opción de compra sea el de vivienda, y no en otro caso. Ahora bien el uso efectivo del edificio o de parte del mismo como vivienda, aun siendo un requisito necesario para la aplicación del tipo reducido al arrendamiento con opción, no es en cambio un requisito suficiente ya que, de acuerdo con la normativa aplicable, debe entenderse que el uso como vivienda de la edificación ha de realizarse necesaria y directamente por el arrendatario, consumidor final a los efectos del IVA, y no por terceras personas.

Por lo que respecta al devengo, como ya hemos tenido ocasión de analizar, éste se producirá cuando se transfiera o conceda el derecho de opción a su adquirente, al margen de que el mismo pueda abonarse, por ejemplo, mediante pagarés con vencimiento posterior a la realización del hecho imponible, ya que no se trata de una operación de tracto sucesivo o continuado, a diferencia de lo que sucede con el arrendamiento. En todo caso, si el vencimiento del pagare fuese anterior a la realización del hecho imponible, entonces se produciría un devengo anticipado del Impuesto.

Por otra parte, y dentro del ámbito de la jurisprudencia comunitaria, mediante Sentencia de 2 de julio de 2015 (As. C-209/14) el TJUE procedió a resolver una cuestión prejudicial planteada relativa a la interpretación que habría de otorgarse a los arts. 2.1, 14, 24 y 90.1 de la Directiva 2006/112/CE en el marco de un litigio suscitado entre una empresa y la Administración eslovena por la negativa a regularizar el importe del IVA abonado tras la celebración de dos contratos de arrendamiento financiero<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> Concretamente los hechos enjuiciados por el Tribunal se remontan al año 2009, cuando dos sociedades eslovenas, *NLB* y *Domino*, celebraron dos series de contratos que en su conjunto podían considerarse una operación de venta con

Teniendo lugar la restitución al arrendador de un bien inmueble objeto del contrato y en relación con la cuestión relativa a la determinación de las condiciones que han de concurrir para que un contrato de arrendamiento financiero cuyo objeto sea un bien inmueble pueda asimilarse a una operación de adquisición de un bien de inversión afirmó el Tribunal que el art. 90.1 de la Directiva IVA (relativo a los casos de anulación y de rescisión, junto con otros supuestos, en los que los Estados deben permitir la modificación de la base imponible en las condiciones determinados por ellos<sup>60</sup>) ha de interpretarse en el sentido de que no se permite a un sujeto pasivo reducir su

---

arrendamiento posterior (*sale and lease back*). De una parte, mediante dos contratos de compraventa, *NLB* adquirió la propiedad de unos inmuebles que anteriormente había obtenido *Domino* de terceros. Y, de otra, mediante dos contratos de arrendamiento financiero, *NLB* se comprometió a arrendar los bienes por algunos meses a *Domino*, estableciéndose, además, que antes del vencimiento de los contratos, esta última sociedad debía prorrogar la duración de los contratos, devolver los inmuebles a *NLB* o ejercer la opción de comprar. En el momento de celebrar los contratos de arrendamiento financiero *NLB* abonó ya el IVA correspondiente a las cuotas mensuales y a la opción de compra. Y, al vencimiento de los referidos contratos *Domino* no había pagado la totalidad de los plazos convenidos, motivo por el cual *NLB* recuperó la posesión de los inmuebles y los vendió a un tercero, declarando el IVA correspondiente a esas ventas. *NLB* y *Domino* realizaron una liquidación final en cuya virtud *NLB* reembolsó a *Domino* la plusvalía obtenida con la venta, pero deduciendo las cantidades no abonadas por *Domino* (plazos mensuales y opciones de compra), así como el IVA que había abonado durante la cesión. Con carácter adicional la Sociedad *NLB* solicitó a las autoridades tributarias eslovenas la reducción del IVA abonado con ocasión de la celebración de los contratos de arrendamiento financiero. Dicha solicitud fue denegada ya que, según constaba en la resolución administrativa, los contratos no fueron rescindidos, no concurriendo además un supuesto de restitución que permitiera, con arreglo a la ley eslovena que trasponía la Directiva IVA, una reducción de la base imponible. *NLB* recurrió esta resolución, primero, en vía administrativa, y luego, en sede judicial, hasta llegar al Tribunal Supremo de Eslovenia, quien planteó las oportunas cuestiones prejudiciales al TJUE. De acuerdo con el art. 14. 2.b) de la Directiva IVA el arrendamiento financiero entre *NLB* y *Domino* se consideró entrega de bienes a efectos del IVA, al estimarse que en el curso normal de los hechos, *Domino* terminaría por adquirir la propiedad del terreno. Debido a ello *NLB* abonó al Tesoro el IVA debido sobre todas las cuotas arrendaticias pendientes, aun cuando dichas cuotas serían pagadas por *Domino* de forma periódica a lo largo del plazo de duración del contrato. Con posterioridad, y debido al impago de *Domino*, *NLB* recuperó la posesión del inmueble, procediendo a reducir la base imponible del IVA correspondiente al arrendamiento en el importe de las cuotas arrendaticias no pagadas al considerar que este había quedado rescindido, vendiendo el terreno a un tercero y repercutiendo e ingresando el IVA sobre dicha venta. Sin embargo, las autoridades tributarias nacionales consideraron que no había lugar a la modificación de la base imponible, debido a que en términos jurídicos el contrato de arrendamiento no había sido rescindido. Concretamente mediante resolución de 2012 la Administración eslovena denegó la solicitud de *NLB* de disminuir el importe del IVA abonado por dicha sociedad con ocasión de la celebración de los contratos de arrendamiento al considerar que las dos notas de adeudo relativas a las opciones de compra no constituían un fundamento válido para dar lugar a disminuir la base imponible de *NLB Leasing* en tanto en cuanto dichos contratos no habían sido “rescindidos”, de manera que la recuperación de los inmuebles por *NLB* no constituía un supuesto de “restitución” en el sentido del art. 39, apartado 2 de la ZDDV- 1, Ley eslovena del IVA, que transpone el art. 90.1 de la Directiva IVA, entendiendo así que el arrendador, en su actuación, asumió la función de un acreedor y vendió los inmuebles por cuenta del arrendatario. *NLB* entonces recurrió ante los tribunales nacionales, considerando que la imposibilidad de reducir la base imponible, unida al gravamen por IVA de la venta del terreno a un tercero, generaban una doble imposición. Pues bien el Tribunal nacional que había de resolver la disputa entre *NLB* y las autoridades nacionales de Eslovenia decidió plantear varias cuestiones prejudiciales al TJUE al objeto de determinar cómo ha de tratarse esta situación a efectos del IVA y más específicamente, si las autoridades eslovenas actuaban correctamente al no permitir la modificación de la base imponible a *NLB*.

<sup>60</sup> En efecto, el citado precepto de la Directiva de IVA regula los supuestos de anulación, rescisión, impago total o parcial o reducción del precio después del momento en que la operación quede formalizada, obligando a los Estados miembros a reducir siempre la base imponible y, en consecuencia, el importe del IVA adeudado por el sujeto pasivo

base imponible cuando haya percibida la totalidad de los pagos en contrapartida de la prestación efectuada o cuando, sin haberse resuelto el contrato, la otra parte ya no le deba el precio convenido<sup>61</sup>.

Las cuestiones prejudiciales planteadas en el presente caso al TJUE se concretaban en las siguientes. En primer lugar, y habida cuenta de las circunstancias del litigio principal, ¿cabría interpretar el art. 90, apartado 1, de la Directiva IVA en el sentido de que la restitución al arrendador de la posesión de un bien inmueble objeto de un arrendamiento financiero como consecuencia del incumplimiento del arrendatario de sus obligaciones de pago, con vistas a su posterior venta y ejecución de las demás obligaciones contractuales estipuladas en dicho contrato a partir de la fecha en que sean exigibles todas las cuotas del arrendamiento financiero, constituye un supuesto de “*anulación, rescisión, impago total o parcial*” tras la operación en cuyo marco la base imponible se reduce en la cuantía correspondiente?

En segundo término, se preguntaba al TJUE si debían interpretarse los arts. 2, apartado 1, 14 y 24, apartado 1, de la Directiva IVA en el sentido de que el importe de dos opciones de compra que constituyesen una parte sustancial del importe total debido en virtud de unos contratos de arrendamiento financiero abonado por el arrendatario al arrendador de manera que, como consecuencia del incumplimiento parcial de las obligaciones de pago, éste recuperara la posesión del objeto del arrendamiento financiero (procediendo además a revenderlo a un tercero y a abonar la plusvalía de dicha venta al arrendatario, deduciendo de ésta, en la liquidación final, el importe de las opciones de compra) hubiera de considerarse un pago en ejecución del contrato y una entrega de bienes (quedando en cuanto tal sujeto al IVA) o si, por el contrario, habría de estimarse como un pago relativo a un servicio de arrendamiento o a la puesta a disposición de un inmueble (estando la contrapartida sujeta al IVA en cuanto tal, a elección de los sujetos pasivos) o como una indemnización por daños y perjuicios por la resolución del contrato, abonada para reparar el perjuicio causado por el incumplimiento del arrendatario, sin guardar relación directa con una prestación de servicios a título oneroso y, en cuanto tal, no sujeta al IVA.

---

cuando, después de haberse convenido una transacción, una parte o la totalidad de la contrapartida no sea percibida por el sujeto pasivo. Dicha disposición constituye así la expresión de un principio fundamental establecido en la Directiva IVA en virtud del cual la base imponible está constituida por la contraprestación realmente recibida y cuyo corolario consiste en que la Administración tributaria no puede percibir en concepto de IVA un importe superior al percibido por el sujeto pasivo.

<sup>61</sup> Como es sabido el citado art. 90 de la Directiva IVA, refiriéndose a la modificación de la base imponible del Impuesto, dispone lo siguiente:

"1. En los casos de anulación, rescisión, impago total o parcial o reducción del precio, después del momento en que la operación quede formalizada, la base imponible se reducirá en la cuantía correspondiente y en las condiciones que los Estados miembros determinen.

2. En los casos de impago total o parcial, los Estados miembros podrán no aplicar lo dispuesto en el apartado 1".

Adviértase por tanto que el apartado segundo del precepto prevé la situación de impago total o parcial, en la que los Estados pueden, si lo estiman conveniente, no aplicar la reducción de la base imponible.



Por último, y si se respondiese a la segunda cuestión en el sentido de que se trata de un pago relativo a una entrega de un bien y a una ejecución contractual, se planteaba al TJUE si se opone el principio de neutralidad del IVA a que el arrendador hubiese abonado dos veces el IVA repercutido, es decir, una primera vez con ocasión de la celebración de los contratos de arrendamiento financiero (incluido el importe de las opciones de compra que constituye la mayor parte del valor contractual) y una segunda vez como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de pago del arrendatario, con ocasión de la reventa del inmueble a un tercero, incluso aunque la carga del IVA derivada de esta segunda entrega recayese sobre el arrendatario en virtud de la liquidación final.

Pues bien, a este respecto procede a entrar el Tribunal directamente en el análisis de la segunda cuestión prejudicial recordando a tal efecto que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 24, apartado 1, de la Directiva IVA, son consideradas “*prestaciones de servicios*” todas las operaciones que no constituyen una entrega de bienes. El citado concepto de “entrega de bienes” exige, con arreglo al art. 14, apartado 1, de la citada Directiva, la transmisión del poder de disposición sobre un bien corporal con las facultades atribuidas a su propietario. Por su parte el art. 14, apartado 2, letra b), de la Directiva IVA considera “entrega de bienes” la entrega material de bienes en virtud de contratos en los que se estipule el arrendamiento del bien durante un cierto período de tiempo, cuando en el curso normal de los hechos se adquiera su plena propiedad en el momento del pago del último vencimiento como máximo.

Tal y como hemos tenido ocasión de analizar tradicionalmente la jurisprudencia del TJUE ha venido estimando al respecto que el contrato de arrendamiento operativo ha de distinguirse del contrato de arrendamiento financiero, caracterizándose este último por que se transmiten al arrendatario la mayoría de los beneficios y riesgos inherentes a la propiedad legal. Y el hecho de que una transmisión de la propiedad esté prevista al finalizar el contrato o que la cantidad actualizada de los vencimientos sea prácticamente idéntica al valor venal del bien constituyen, individual o conjuntamente, criterios que permiten determinar si un contrato puede calificarse de contrato de arrendamiento financiero. Con carácter adicional el concepto de entrega de bienes no se refiere a la transmisión de la propiedad en las formas establecidas por el Derecho nacional aplicable, sino que incluye toda operación de transmisión de un bien corporal efectuada por una parte que faculta a la otra parte a disponer de hecho de él como si fuera la propietaria del bien. En consecuencia en el supuesto de que el contrato de arrendamiento financiero relativo a un inmueble previese la transmisión de la propiedad al arrendatario al término de dicho contrato o si el arrendatario dispusiera de los atributos esenciales de la propiedad de dicho inmueble (y, en particular que se le transmitiese la mayoría de los beneficios y riesgos inherentes a la propiedad legal de éste y que la cantidad actualizada de los vencimientos fuese prácticamente idéntica al valor venal del bien) la operación habría de equipararse a la adquisición de un bien de inversión.

Añade asimismo el TJUE que los arts. 2, apartado 1, 14 y 24, apartado 1, de la Directiva IVA deben interpretarse en el sentido de que, en el supuesto en que un contrato de arrendamiento financiero relativo a un inmueble previese la transmisión de la propiedad al arrendatario al vencimiento de dicho contrato o bien la puesta a disposición del arrendatario de los atributos esenciales de la propiedad del citado inmueble, siendo transmitida a tal arrendatario, en particu-

lar, la mayoría de las ventajas y de los riesgos inherentes a la propiedad legal del citado inmueble y siendo la cantidad actualizada de los plazos prácticamente idéntica al valor venal del bien, la operación que resultara de dicho contrato habría de asimilarse a una operación de adquisición de un bien de inversión.

Entrando ya en el análisis de la primera cuestión prejudicial planteada declara el TJUE que el art. 90, apartado 1, de la Directiva IVA, que contempla los casos de anulación, rescisión, impago total o parcial o reducción del precio, después del momento en que la operación quede formalizada, obliga a los Estados miembros a reducir siempre la base imponible del Impuesto y, por ende, el importe del IVA adeudado por el sujeto pasivo cuando, después de haberse convenido una transacción, una parte o la totalidad de la contrapartida no sea percibida por el sujeto pasivo. Dicha disposición constituye la expresión de un principio fundamental de la Directiva IVA, según el cual la base imponible está constituida por la contraprestación realmente recibida y cuyo corolario consiste en que la administración tributaria no puede percibir en concepto de IVA un importe superior al percibido por el sujeto pasivo. Ahora bien fuera de aquellos supuestos de anulación o de resolución de los contratos, en los que las partes vuelvan a la situación que ocupaban antes de celebrar el contrato y el sujeto pasivo ya no disponga de su crédito, el citado art. 90, apartado 1, de la Directiva IVA contempla únicamente las situaciones en las que la otra parte de un contrato no satisface, o sólo lo hace de modo parcial, un crédito que, no obstante, debe en virtud de dicho contrato. Por tanto la base imponible del sujeto pasivo no puede reducirse cuando, en las condiciones previstas en el contrato, dicho sujeto pasivo ha percibido efectivamente la totalidad de los pagos en contrapartida de la prestación que ha efectuado o cuando, sin que se haya resuelto o anulado el contrato, el beneficiario de dicha prestación ya no es deudor ante el sujeto pasivo del precio convenido.

A resultas de lo anterior subraya el TJUE que el art. 90, apartado 1, de la Directiva IVA debe interpretarse en el sentido de que no permite a un sujeto pasivo reducir su base imponible cuando éste ha percibido efectivamente la totalidad de los pagos en contrapartida de la prestación que ha efectuado o cuando, sin que se haya resuelto o anulado el contrato, la otra parte en el contrato ya no le debe el precio convenido.

Finalmente, y por lo que respecta al alcance de la tercera cuestión prejudicial, a través de la cual se planteaba la cuestión relativa a si el principio de neutralidad fiscal debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un sujeto pasivo abone el IVA una primera vez con ocasión de la celebración de un contrato de arrendamiento financiero que incluye una opción de compra y, una segunda vez, cuando cede el bien objeto de dicho contrato a una sociedad tercera debido a que el arrendatario del contrato de arrendamiento financiero incumple sus obligaciones, recuerda el Tribunal que, al amparo de la jurisprudencia comunitaria elaborada al respecto, el principio de neutralidad fiscal inherente al sistema común del IVA se opone a que la imposición de las actividades profesionales de un sujeto pasivo genere una doble imposición, declarando a tal efecto que del artículo 1, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva IVA se desprende que cada prestación debe normalmente considerarse distinta e independiente a efectos del citado Impuesto, si bien en determinadas circunstancias, varias prestaciones formalmente distintas que podrían realizarse separadamente dando lugar, en cada caso, a gravamen o a exención, deben considerarse como una operación única cuando no son independientes.

En todo caso incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar si las operaciones de que se trataba en el litigio principal deben considerarse una prestación única. Así sucede, por ejemplo, cuando varios elementos o actos realizados por el sujeto pasivo están tan estrechamente relacionados que forman, objetivamente, una única prestación económica indisociable cuya división revestiría un carácter artificial. Habiéndose comprobado que no puede estimarse que las citadas operaciones forman una prestación única el principio de neutralidad fiscal no se opone a que sean objeto de una imposición distinta a efectos del IVA, debiendo interpretarse el citado principio en el sentido de que el mismo no se opone a que una prestación de arrendamiento financiero relativa a bienes inmuebles así como la cesión de esos bienes inmuebles a un tercero (al contrato de arrendamiento financiero) sean objeto de una imposición distinta a efectos del IVA, cuando no pueda considerarse que dichas operaciones forman una prestación única, extremo que debe apreciar el órgano jurisdiccional remitente.

Recapitulando, a través de la citada Sentencia de 2 de julio de 2015 el TJUE, tras clarificar la calificación que ha de otorgarse al contrato de arrendamiento financiero, y a resultados de la aplicación de su jurisprudencia sobre distinción entre entregas de bienes y prestaciones de servicios, señala que la operación debe equipararse a la adquisición de un bien de inversión si el contrato de leasing prevé la transmisión de la propiedad del inmueble a su término o que el arrendatario disponga de los atributos esenciales de la propiedad del inmueble y, en particular, que se le transmita la mayoría de los beneficios y de los riesgos inherentes a la propiedad y que la cantidad actualizada de los vencimientos sea prácticamente idéntica al valor venal del bien.

Facilita además el TJUE un conjunto de líneas orientativas a seguir por el órgano jurisdiccional nacional relativas a si concurre o no un supuesto que permita la reducción de la base imponible, recordando a tal efecto el citado Tribunal que de su jurisprudencia se desprende que el art. 90.1 de la Directiva IVA debe interpretarse en el sentido de que la base imponible del sujeto pasivo no puede reducirse cuando, en las condiciones previstas en el contrato, ese sujeto pasivo ha percibido la totalidad de los pagos que corresponden a la prestación efectuada o cuando, sin que haya resolución o anulación del contrato, el beneficiario de la prestación ya no es deudor ante el sujeto pasivo del precio convenido.

Finalmente, y por lo que respecta a la cuestión referente al posible incumplimiento del principio de neutralidad fiscal, por haber abonado el arrendador dos veces el IVA (con la firma del contrato de *leasing* y por la reventa a un tercero a causa del impago del arrendatario), afirma el TJUE que no se produce tal incumplimiento cuando ambas operaciones son objeto de una imposición distinta en el IVA, salvo que se considere que estas operaciones constituyen, en realidad, una prestación única por estar tan estrechamente vinculadas entre sí que son económicamente indisociables, circunstancia que debe apreciarse por el juez nacional.

A juicio del Tribunal de Justicia de Luxemburgo el contrato de arrendamiento celebrado entre *NLB* y *Domino* daba lugar en efecto a una entrega de bienes a efectos del IVA, ya que su objeto lo constituía la transmisión a *Domino* de los atributos esenciales de la propiedad sobre el terreno, en otras palabras, de la mayoría de las ventajas y de los riesgos inherentes a la propiedad del citado inmueble. De este modo no habría lugar a la modificación de la base imponible del IVA

correspondiente al arrendamiento, al no existir rescisión o anulación en sentido jurídico (Domino continuó siendo deudor de las cuotas arrendaticias no pagadas y sólo dejó de serlo cuando el crédito de *NLB* fue satisfecho), no habiendo recibido además la entidad *NLB*, a través de la venta al tercero, la totalidad de las cuotas arrendaticias pactadas con *Domino*.

Tal y como declara el TJUE el principio de neutralidad fiscal no se opone a que *NLB* pague el IVA dos veces por las entregas sucesivas del mismo terreno, salvo que pueda considerarse que el arrendamiento del terreno a *Domino* y la entrega del mismo terreno al tercero forman una prestación única, cuestión ésta que habrá de decidirse por el órgano jurisdiccional nacional. Como es sabido el principio de neutralidad fiscal, inherente al sistema común del IVA, se opone a que la imposición de las actividades profesionales de un sujeto pasivo genere una doble imposición. Pues bien a tal efecto declara el TJUE que incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar si las operaciones de que se trataba en el litigio principal (de una parte, las prestaciones en favor de *Domino* y, de otra, la cesión de los bienes inmuebles a una sociedad tercera) deben considerarse una "prestación única". Así sucede, en particular, cuando varios elementos o actos realizados por el sujeto pasivo están tan estrechamente relacionados que forman, objetivamente, una única prestación económica indisociable cuya división revestiría un carácter artificial.

En consecuencia, habiéndose comprobado que no puede estimarse que las citadas operaciones formasen una prestación única, el principio de neutralidad fiscal no se opone a que sean objeto de una imposición distinta a efectos del IVA, debiendo interpretarse el citado principio en el sentido de que no se opone a que, de una parte, una prestación de arrendamiento financiero relativa a bienes inmuebles y, de otra, la cesión de esos bienes inmuebles a un tercero (al contrato de arrendamiento financiero) sean objeto de una imposición distinta a efectos del IVA, cuando no pueda considerarse que dichas operaciones forman una prestación única, extremo que debe apreciar el órgano jurisdiccional remitente.

Ciertamente en el concreto supuesto planteado la entidad *NLB*, al transferir la posesión del terreno a *Domino* en virtud del contrato de arrendamiento, mantuvo la propiedad jurídica sobre el mismo, no produciéndose ninguna transmisión del poder de disposición sobre el terreno y no existiendo entrega de bienes a efectos del IVA según la noción general contenida en el art. 14.1 de la Directiva IVA pero sí de acuerdo con lo dispuesto en el art. 14.2.b) de la norma comunitaria. En un instante posterior, y debido a la falta de pago de las cuotas arrendaticias por parte de *Domino*, se produjo una venta de ese mismo terreno. De este modo a efectos del IVA lo que se originó fue, en primer término, una entrega del terreno de *NLB* a *Domino*, sujeta al IVA y, con posterioridad, una entrega ulterior realizada por *Domino* a un tercero, también sujeta al IVA. El importe obtenido se destinó por *Domino* para pagar las cantidades todavía adeudadas a *NLB* por la primera entrega. Y la posterior recuperación de la posesión por parte de *NLB* supone la rescisión de dicha entrega, sólo a efectos del IVA, pudiendo aquella entidad modificar la base imponible de dicha entrega, de manera que el IVA quedaría reducido a las cuotas arrendaticias efectivamente cobradas, y efectuándose por parte de *NLB* la ulterior venta al tercero<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> Véase en este sentido VICTORIA SÁNCHEZ, A.: "Tratamiento a efectos del IVA de los contratos de venta con arrendamiento posterior ('sale and lease back'): posibilidad de reducción de la base imponible por el arrendador en caso de impago de cuotas por el arrendatario", *Carta Tributaria Opinión*, 2016 (consultado en [www.aranzadidigital.es](http://www.aranzadidigital.es)).

Defiende así el Tribunal de Justicia de Luxemburgo a través de la citada Sentencia que el principio de neutralidad fiscal no se opone a que una prestación de arrendamiento financiero relativa a bienes inmuebles y la cesión de esos bienes inmuebles a un tercero (respecto al contrato de arrendamiento financiero) sean objeto de una imposición distinta a efectos del IVA cuando no pueda considerarse que dichas operaciones forman una prestación única, debiendo ser dicho extremo apreciado por el órgano jurisdiccional remitente.

Con carácter general los arts. 2, apartado 1, 14 y 24, apartado 1 de la Directiva 2006/112/CE deben interpretarse en el sentido de que, en el supuesto en que un contrato de arrendamiento financiero relativo a un inmueble prevea la transmisión de propiedad al arrendatario al vencimiento de dicho contrato o bien la puesta a disposición del arrendatario de los atributos esenciales de la propiedad del citado inmueble, siendo transmitida a tal arrendatario (en particular, la mayoría de las ventajas y de los riesgos inherentes a la propiedad legal del citado inmueble) y siendo la cantidad actualizada de los plazos prácticamente idéntica al valor venal del bien, la operación que resulta de dicho contrato debe asimilarse a una operación de adquisición de un bien de inversión.

El art. 90, apartado 1, de la Directiva 2006/112 debe interpretarse en el sentido de que no permite a un sujeto pasivo reducir su base imponible cuando éste ha percibido efectivamente la totalidad de los pagos en contrapartida de la prestación que ha efectuado o cuando, sin que se haya resuelto o anulado el contrato, la otra parte en el contrato ya no le debe el precio convenido. Y el principio de neutralidad fiscal debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que, por un lado, una prestación de arrendamiento financiero relativa a bienes inmuebles y, por otro lado, la cesión de esos bienes inmuebles a un tercero (respecto al contrato de arrendamiento financiero) sean objeto de una imposición distinta a efectos del IVA, cuando no pueda considerarse que dichas operaciones forman una prestación única, extremo este último que debe apreciar el órgano jurisdiccional remitente.

En resumen, la situación de impago se caracteriza por la incertidumbre inherente a su naturaleza no definitiva. En cambio los casos de anulación y rescisión se refieren a situaciones en las que, bien por una anulación con efectos retroactivos, o bien por una resolución, que sólo tiene efectos futuros, la obligación del deudor de pagar su deuda o bien se extingue totalmente o bien deja de existir en un momento determinado con carácter definitivo.

Mediante Sentencia de 12 de octubre de 2017 (As. C-404/16, *Lombard Ingatlan Lízing*) analizó el TJUE un concreto supuesto en el que un acreedor, ante el incumplimiento del deudor, dio por finalizado un contratado de arrendamiento financiero. El arrendador pudo recuperar la posesión de los bienes arrendados, pero no reclamar las cuotas al arrendatario, quien no adquirió la propiedad de los bienes. Por ello estima el TJUE que nos hallamos ante una reducción definitiva de la contraprestación inicialmente adeudada por una parte contractual, por lo que no puede calificarse de “impago” en el sentido del art. 90.2 de la Directiva, sino que constituye una “anulación o una rescisión” en virtud del art. 90.1 de la Directiva. Y, aunque el art. 90.2 reconoce cierto margen de apreciación a los Estados para que adopten las medidas necesarias para determinar el importe de la reducción, este precepto cumple los requisitos para producir efecto directo.

#### 4. REFLEXIONES CRÍTICAS FINALES

La tributación en el Impuesto sobre el Valor Añadido de la actividad de promoción de edificaciones destinadas a su arrendamiento posterior ha sido objeto de análisis por parte de la doctrina administrativa (Dirección General de Tributos) desde las siguientes perspectivas: aquella que aborda la promoción de viviendas que se destinan, cuando su construcción ha finalizado, a la actividad arrendadora sin opción de compra; y aquella otra relativa a los supuestos en los que se promueven viviendas con la intención de destinarlas a la venta, adjudicación o cesión posterior si bien, una vez finalizada la construcción y por las circunstancias del mercado inmobiliario, no resulta posible realizar dicha venta, optando entonces el promotor por el ofrecimiento de las mismas a través de contratos de arrendamiento con opción de compra de cuyo tenor se desprende con claridad el mantenimiento de la intencionalidad de venta, no de su arrendamiento permanente o prolongado en el tiempo.

A la primera posibilidad anteriormente apuntada se refirió la DGT, entre otras, en sus contestaciones a Consultas de 28 de octubre de 2008 y, con anterioridad, de 27 de febrero de 2003. En ambas Resoluciones estimó el citado Centro Directivo que se origina un autoconsumo de bienes de acuerdo con lo dispuesto por el art. 9.1º.c) de la LIVA como consecuencia del cambio de afectación de los inmuebles promovidos en el sector diferenciado “actividades inmobiliarias por cuenta propia” al sector diferenciado “alquiler de bienes inmobiliarios”. Adviértase que, *a priori*, se trata de un conjunto de operaciones en las que, de conformidad con lo declarado por la propia DGT en su contestación a Consulta de 4 de diciembre de 2009, tiene lugar simultáneamente el paso de bienes del ciclo de explotación al inmovilizado, pudiendo pensarse en consecuencia que resultaría de aplicación el supuesto de autoconsumo previsto en la letra d) del citado art. 9.1º de la Ley 37/1992. Sin embargo, tradicionalmente la DGT ha venido defendiendo, debido a su mayor especificidad, la prevalencia en estos casos de la letra c) sobre la letra d) de dicho art. 9.1º.

En todo caso, dada esta primera situación correspondería al sector de la construcción la aplicación de un régimen de deducciones pleno. En cambio, al sector del arrendamiento le correspondería un régimen de deducciones nulo en la medida en que se trate de un arrendamiento exclusivo para vivienda, sujeto pero exento de IVA a tenor de lo establecido en el art. 20.uno.23º de la Ley 37/1992. Así las cosas, la existencia de dicho autoconsumo determinaría que el promotor inmobiliario debiera consignar en la declaración-liquidación correspondiente el Impuesto devengado que no resultaría deducible en cuantía alguna, lográndose así la finalidad esencial perseguida por el autoconsumo de bienes, que no es otra que la plena neutralidad (al menos desde la óptica de la sujeción) de la promoción para arrendar con la procedente cuando se adquiere un inmueble a un tercero para destinarlo al mismo arrendamiento como vivienda.

¿Qué sucedería si en lugar de una afectación sobrevenida lo que existiera fuese una afectación inicial? En este segundo supuesto (el relativo a la promoción inmobiliaria) habría que concluir que desde el comienzo existe la intención por parte del promotor de destinar las viviendas a su arrendamiento sin opción de compra.<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> A este supuesto se refirió, entre otras, la anteriormente citada contestación de la DGT a Consulta de 6 de noviembre de 2006, en la que se concluyó la inexistencia de un supuesto de autoconsumo en una operación de promoción de

Por lo que respecta a aquellas operaciones de promoción inmobiliaria efectuadas con la finalidad de venta, adjudicación o cesión y que, debido a las actuales circunstancias del mercado inmobiliario, no pueden llegar a efectuarse, decidiendo a tal efecto el promotor arrendar las viviendas a través de contratos de arrendamiento con opción de compra manteniendo, sin embargo, la intención inicial de reconducir su venta a través del ejercicio de dicha opción por parte del arrendatario, manifestó la DGT, entre otras, en su contestación a Consulta de 28 de octubre de 2008 que nos hallamos en presencia de contratos de arrendamiento que ponen de manifiesto, de acuerdo con su clausulado y, en particular, en atención a los incentivos que éste contiene (ya sea para el inquilino inicial o, en su caso, para cualquier otro posterior) el mantenimiento de la intención de venta de las viviendas por parte del promotor.

Ahora bien, no pueden calificarse como arrendamientos con opción de compra estas operaciones en aquellos casos en los que, en el curso normal de los hechos, se vaya a adquirir la plena propiedad del inmueble por el arrendatario, ya que en este último supuesto no se origina una prestación de servicios, sino que lo que tiene lugar es una entrega de bienes de acuerdo con lo establecido en el art. 8.dos.5º de la LIVA, a cuyo tenor

“También se considerarán entregas de bienes:

(...)

5º. Las cesiones de bienes en virtud de contratos de arrendamiento-venta y asimilados.

A efectos de este Impuesto, se asimilarán a los contratos de arrendamiento-venta los de arrendamiento con opción de compra desde el momento en que el arrendatario se comprometa a ejercitar dicha opción y, en general, los de arrendamiento de bienes con cláusula de transferencia de la propiedad vinculante para ambas partes”.

Por tanto en dichos supuestos no cabría hablar de la existencia de un autoconsumo de los previstos en el art. 9.1º.c) de la Ley 37/1992, ya que no existen sectores diferenciados de la actividad. Aquellas viviendas destinadas al arrendamiento con opción de compra en relación con las cuales, durante el curso normal de los hechos, se fuese a adquirir la plena propiedad del inmueble por el arrendatario, adquieren la consideración de entregas de bienes, al igual que constituyen entregas de bienes las ventas directas. En otras palabras, no resulta posible hablar en estos casos de la existencia de dos actividades distintas, sino de una misma actividad, esta es, la venta de viviendas, si bien adoptando estructuras distintas en cada caso.

¿Podría afirmarse que en dichos supuestos existe autoconsumo del art. 9.1º.d) de la Ley 37/1992, esto es, el cambio de afectación de bienes producidos, construidos, extraídos, transformados, adquiridos o importados en el ejercicio de la actividad empresarial o profesional del sujeto pasivo para su utilización como bienes de inversión? Tal y como ha puesto de manifiesto la

---

viviendas para su alquiler posterior sin opción de compra, en la medida en que el Impuesto soportado en la construcción no había sido deducible en cuantía alguna. Es decir, en este caso se estimó que no había autoconsumo debido a que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 99.Dos de la LIVA en relación con el art. 94.Uno de la citada Ley, no ha habido existencia de deducibilidad previa de las cuotas soportadas.

DGT en la anteriormente citada Resolución de 4 de diciembre de 2009 la respuesta a dicha cuestión ha de ser negativa. Las viviendas que se dedican al arrendamiento con opción de compra no pierden, desde el punto de vista del Impuesto y con independencia de que contablemente o a efectos de otros tributos así ocurra, su condición de existencias, ya que realmente están destinadas a la venta que se producirá de manera diferida en el tiempo. Dichas viviendas deben ser consideradas pues desde la perspectiva del Impuesto como parte de la rotación de la actividad promotora y no como bienes de inversión, al no tratarse de elementos patrimoniales reflejados en el activo con carácter permanente y que no estén destinados a la venta.

De cualquier manera, con carácter previo al análisis del tratamiento que deba dispensarse al arrendamiento en sí resulta necesario determinar si efectivamente se origina un supuesto de autoconsumo cuando las obras de construcción finalizan y el promotor procede a ofrecer su arrendamiento con opción de compra a los futuros inquilinos. Con carácter general el arrendamiento de viviendas constituye una actividad de prestación de servicios exenta, siendo su porcentaje de deducción cero. Y dado que, sin embargo, la actividad promotora origina el derecho a la deducción total del Impuesto soportado, tiene lugar el surgimiento de dos sectores diferenciados en la actividad del promotor, a saber: venta de viviendas y arrendamiento. Por su parte, y de manera simultánea, aquellas viviendas que se afectan a la actividad de arrendamiento operativo pasan de ser existencias a considerarse bienes de inversión.

Ahora bien, ¿Qué sucede tratándose de viviendas que, a pesar de hallarse en principio destinadas a la venta, terminan afectándose a la actividad de arrendamiento con opción de compra manteniendo el propósito de venta en los términos anteriormente indicados? Téngase presente que en estas circunstancias el arrendamiento tiene la consideración de prestación de servicios no exenta, ya que se debe acudir a la letra d') del art. 20.Uno.23º de la Ley 37/1992, la cual excluye de la exención los arrendamientos con opción de compra de terrenos o viviendas cuya entrega estuviese sujeta y no exenta al Impuesto.

En el presente caso el arrendamiento con opción de compra constituye una prestación de servicios sujeta y no exenta que implica la consiguiente repercusión del Impuesto devengado al arrendatario según tenga lugar la exigibilidad de las cuotas arrendaticias. Pues bien, de conformidad con lo declarado por la DGT igualmente en este supuesto debe descartarse que pueda tener lugar un autoconsumo de acuerdo con lo dispuesto en el art. 9.1º.c) de la Ley, al adquirir el arrendamiento la consideración de actividad no exenta con total derecho a la deducción, igual que sucede con la actividad promotora. No cabe, por tanto, el establecimiento de sectores de actividad, al no cumplirse el requisito relativo a la diferencia de 50 puntos porcentuales en las prorratas de las actividades que se pretende sectorizar. Y, por lo que respecta al autoconsumo regulado en el art. 9.1º.d) de la Ley, tampoco tendría lugar, siendo la motivación la misma que en el supuesto anterior, a saber, que el destino de la vivienda es la venta dado que, en otro caso, no se otorgaría el derecho de opción de compra.

En resumen, con carácter general la transmisión de un inmueble por ejercicio de una opción de compra tiene la consideración de segunda entrega de edificaciones a efectos de lo dispuesto en el art. 20.Uno.22º de la Ley 37/1992, de manera que la operación estará sujeta y exenta de IVA.



Ahora bien este mismo precepto prevé una exclusión a este supuesto de exención en aquellos casos de entregas de edificaciones que sean consecuencia del ejercicio de una opción de compra inherente a un contrato de arrendamiento, cuando dicha entrega se efectúe por parte de empresas dedicadas habitualmente a realizar operaciones de arrendamiento financiero y los contratos tengan una duración mínima de diez años.

La exclusión a la aplicación de la exención por segundas o ulteriores entregas de edificaciones resulta procedente, exclusivamente, cuando el ejercicio de la opción de compra por parte del arrendatario tenga lugar en virtud de un contrato de arrendamiento financiero con una duración mínima de diez años y siempre que dicha opción de compra se ejercite transcurrido ese plazo de diez años. A estos efectos el plazo mínimo de diez años se computará desde el inicio del contrato de arrendamiento financiero con independencia de que, con posterioridad, existan subrogaciones en la posición de cualquiera de las partes intervinientes en el mismo.

En consecuencia, en caso de que dicho ejercicio se efectuara de forma anticipada al término del contrato cuando este tuviera una duración de diez años o cuando, teniendo una duración superior, no haya transcurrido el plazo mínimo exigido, ha de entenderse que tendrá lugar la resolución del contrato de arrendamiento financiero y, por consiguiente, la excepción a la exención no será aplicable a la entrega del inmueble. A estos efectos se asimilará al ejercicio de la opción de compra el compromiso del arrendatario de ejercitar la opción de compra frente al arrendador.

Así las cosas, tratándose de un contrato de arrendamiento financiero con una duración de diez años el ejercicio anticipado de la opción de compra del inmueble constituirá una entrega de bienes sujeta pero exenta de IVA sin perjuicio de que pueda optarse por la renuncia a la exención si se cumplen los requisitos establecidos al efecto por el art. 20.Dos de la Ley 37/1992.

El acto por el que el promotor traslada en bloque viviendas que en principio estaban destinadas a la venta y las dedica a su arrendamiento con opción de compra no implica la realización del hecho imponible entrega de bienes asimilada a operaciones a título oneroso. En cambio, existiría autoconsumo en el supuesto de que no pudiera desprenderse de forma inequívoca la intención de venta, adjudicación o cesión de los inmuebles promovidos.

¿Qué relación debe establecerse entre el concepto de primera entrega contenido en el art. 20.Uno.22º de la LIVA con la exclusión de la exención en los arrendamientos con opción de compra contenida en la letra d´) del art. 20.Uno.23º de la citada Ley? Al objeto de poder determinar si la entrega de una edificación está exenta de IVA hay que acudir a lo dispuesto en el art. 20.Uno.22º de la Ley 37/1992, de conformidad con el cual se encuentran exentas de este Impuesto

“Las segundas y ulteriores entregas de edificaciones, incluidos los terrenos en que se hallen enclavadas, cuando tengan lugar después de terminada su construcción o rehabilitación”.

Añade además el citado precepto que

“(…) A los efectos de lo dispuesto en esta Ley, se considerará primera entrega la realizada por el promotor que tenga por objeto una edificación cuya construcción o rehabilitación esté terminada. No

obstante, no tendrá la consideración de primera entrega la realizada por el promotor después de la utilización ininterrumpida del inmueble por un plazo igual o superior a dos años por su propietario o por titulares de derechos reales de goce o disfrute o en virtud de contratos de arrendamiento sin opción de compra, salvo que el adquirente sea quien utilizó la edificación durante el referido plazo. No se computarán a estos efectos los períodos de utilización de edificaciones por los adquirentes de los mismos en los casos de resolución de las operaciones en cuya virtud se efectuaron las correspondientes transmisiones”.

La razón de ser de lo dispuesto en el citado precepto parece clara: el legislador ha querido que el uso de la vivienda durante un plazo prudencial (dos años) agote la primera entrega. No obstante se introduce al mismo tiempo la cautela de que dicho uso no se compute y, en consecuencia, no agote la primera entrega cuando se realice por quien resulte ser su propietario en última instancia, con el objetivo claro de evitar posibles esquemas de minoración artificial de la base imponible aprovechando indebidamente la exención del arrendamiento.

Adviértase que el citado precepto se está refiriendo de forma expresa a uso, entre otros, en virtud de contratos sin opción de compra. ¿Significa ello que aquel uso que se produzca en virtud de contratos con opción de compra, por muy dilatados o sucesivos en el tiempo que éstos puedan llegar a ser, no podrán agotar nunca la primera entrega? Desde nuestro punto de vista, así es. Y ello resulta esencial ya que, por muchos contratos de arrendamiento con opción de compra que puedan llegar a sucederse, seguirá siendo de aplicación la exclusión de la letra d´) del art. 20.Uno.23º de la Ley y, en consecuencia, estos arrendamientos seguirán estando sujetos y no exentos del Impuesto como vía de traslado al consumo final del valor añadido de la promoción inicial.

Por tanto, en la medida en que la entrega de la vivienda por el promotor al arrendatario que la viniese ocupando, en virtud de un contrato de arrendamiento con opción de compra, tiene la consideración siempre de primera entrega, el arrendamiento con opción de compra constituirá siempre una operación no exenta. Y ello debido a que no puede defenderse la existencia de una entrega anterior por el simple hecho de que el promotor haya afectado al arrendamiento con opción de compra las viviendas inicialmente destinadas a la venta. Recuérdese que dichas operaciones no tienen la consideración de autoconsumo.

Con carácter general, y a los efectos del IVA, el arrendamiento financiero de un bien puede tener la consideración de entrega de bienes o de prestación de servicios. Así, tendrá la consideración de prestación de servicios, de acuerdo con lo establecido en el art. 11.Dos.2º de la Ley 37/1992 hasta el momento en que el arrendatario se compromete frente al arrendador a ejercitar la opción de compra sobre el citado bien. Desde dicho momento la operación indicada se ha de considerar una entrega de bienes, a tenor de lo establecido en el art. 8.Dos.5º de la referida Ley, con todos los efectos que conlleva dicha calificación.

Cuando el contrato de arrendamiento financiero dé lugar a una entrega de bienes el devengo del Impuesto se producirá con arreglo a lo dispuesto en el art. 75.Uno.1º de la LIVA, esto es, en el momento en que se formalice la cláusula vinculante de transferencia de la propiedad o cuando se produzca la puesta del bien en posesión del arrendatario en caso de que la cláusula de trans-

ferencia de la propiedad existiera desde el principio. La base imponible de esta entrega de bienes estará constituida por el importe de las cuotas que queden por pagar más el importe de la opción de compra, no incluyéndose en la misma el importe que corresponda a la carga financiera por pago aplazado del precio devengada a partir de ese momento y que se haga constar separadamente en la factura que emita el sujeto pasivo (art. 78. Dos.1º, segundo párrafo Ley 37/1992).

Por otra parte debe tenerse en cuenta que, durante el tiempo en que la ejecución del contrato de arrendamiento financiero constituya una prestación de servicios, el devengo del Impuesto se producirá, por tratarse de una operación de tracto sucesivo, en el momento en que resulte exigible la parte del precio que comprenda cada percepción, según establece el art. 75, apartado Uno, número 7º, de la Ley 37/1992, mientras que en el caso de amortizaciones o pagos anticipados el devengo se producirá en el momento del pago de acuerdo con lo previsto en el art. 75 apartado Dos del citado texto legal.

Refiriéndose al tipo impositivo aplicable dispone como ya sabemos el art. 90, apartado Uno de la LIVA que “El Impuesto se exigirá al tipo del 21 por ciento, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente”. Por su parte el número 7º del art. 91.Uno.1 de la Ley prevé la aplicación del tipo impositivo reducido a los edificios o partes de los mismos aptos para su utilización como viviendas, incluidas las plazas de garaje, con un máximo de dos unidades, y anexos en ellos situados que se transmitan conjuntamente. Y el apartado Dos.1 del citado art. 91 señala en su número 6º que se aplicará el tipo impositivo del 4% a aquellas entregas de viviendas calificadas administrativamente como de protección oficial de régimen especial o de promoción pública, cuando dichas entregas se efectúen por sus promotores, incluidos los garajes y anexos situados en el mismo edificio que se transmitan conjuntamente. A estos efectos, el número de plazas de garaje no podrá exceder de dos unidades.

Pues bien, como ya hemos tenido ocasión de analizar en relación con los arrendamientos de viviendas con opción de compra que no se encuentren exentos habrá que tomar en consideración a este respecto la fecha en la que resulten exigibles las cuotas arrendaticias. Y, a tal efecto, los apartados tres y cuatro de la Disposición Final Tercera de la Ley 11/2009, de 26 de octubre, por la que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario, procedieron en su día a modificar los arts. 91.Uno.2.17º y 91.dos.2º de la Ley 37/1992, respectivamente, con el fin de alinear los tipos de gravamen aplicables a este tipo de arrendamientos a los que resultan de aplicación a la entrega de las viviendas de acuerdo con su régimen de calificación. Téngase presente no obstante que, de conformidad con lo establecido en la letra c) de la Disposición Final Undécima de la citada Ley 11/2009, la entrada en vigor de dichas previsiones y, por tanto, la aplicación de los tipos reducidos, afectó a las rentas correspondientes a contratos de arrendamiento con opción de compra de viviendas que resultasen exigibles desde la entrada en vigor de la citada Ley siempre y cuando no se hubiese ejercitado dicha opción de compra.

De este modo las cuotas arrendaticias que hubieran resultado exigibles hasta el día 27 de octubre de 2009 quedaron sometidas al tipo general del Impuesto (por aquel entonces, el 16%). En cambio, las exigidas con posterioridad a dicha fecha (es decir, desde el día 28 de octubre de

2009 en adelante) quedaron sujetas a los tipos de gravamen reducido o superreducido según correspondiese a su régimen de calificación.<sup>64</sup>

Por lo que respecta a la base imponible correspondiente a la entrega de las viviendas en el ejercicio de la opción de compra sabido es que, al amparo de lo establecido en el art. 78, apartado Uno de la Ley 37/1992, dicha base imponible está constituida por el importe total de la contraprestación de las operaciones sujetas al mismo procedente del destinatario o de terceras personas. De este modo la base imponible en la primera entrega de las viviendas estaría formada por la total contraprestación satisfecha por el adquirente, esto es, por la cantidad que hubiera de satisfacer el inquilino en el momento en que se produjese la compraventa de la vivienda más las cantidades que hubiese venido pagando mensualmente, a lo largo del periodo de arrendamiento, y para las que se hubiera pactado expresamente que se realizaban en concepto de precio de la vivienda caso de ejercitarse la opción correspondiente.<sup>65</sup>

Ahora bien, tratándose de aquellas cuotas exigidas hasta el día 27 de octubre de 2009 su tributación se habría producido al tipo general (por aquel entonces del 16%). Debido a ello en estos casos, una vez ejercitada la opción de compra, y de conformidad con lo declarado por la DGT en su contestación a Consulta de 28 de diciembre de 2007, habría de procederse a la rectificación de las cuotas del Impuesto que fueron inicialmente calculadas al tipo general del Impuesto al objeto de corregir su gravamen a los tipos de gravamen reducido o superreducido, según correspondiese con la calificación de la vivienda que fuese a ser objeto de entrega, siempre que el contrato incluyera la referida previsión.<sup>66</sup>

<sup>64</sup> Concretamente la redacción de este art. 91.uno.2º.17º de la LIVA, que dispuso la tributación al tipo de gravamen reducido de arrendamientos con opción de compra relativos a viviendas que no gocen de protección o que no sean de protección oficial de régimen especial o de promoción pública, pasó a ser la siguiente:

“17º. Los arrendamientos con opción de compra de edificios o parte de los mismos destinados exclusivamente a viviendas, incluidas las plazas de garaje, con un máximo de dos unidades, y anexos en ellos situados que se arrienden conjuntamente.” Y la redacción del art. 91.dos.2.2º de la Ley, que estableció la tributación al 4% de los arrendamientos con opción de compra relativos a viviendas calificadas como de protección oficial de régimen especial o de promoción pública, quedó recogida en los siguientes términos: “2. Las prestaciones de servicios siguientes:

(...)

2º Los arrendamientos con opción de compra de edificios o partes de los mismos destinados exclusivamente a viviendas calificadas administrativamente como de protección oficial de régimen especial o de promoción pública, incluidas las plazas de garaje, con un máximo de dos unidades, y anexos en ellos situados que se arrienden conjuntamente”.

<sup>65</sup> Téngase presente además que el tipo impositivo aplicable a las entregas de viviendas será el reducido o el superreducido previsto al efecto, según proceda, tal y como se ha señalado con anterioridad. Por tanto este tipo impositivo será el que se aplique a la totalidad de la base imponible.

<sup>66</sup> Recuérdesse que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 89.Uno de la Ley 37/1992

“Uno. Los sujetos pasivos deberán efectuar la rectificación de las cuotas impositivas repercutidas cuando el importe de las mismas se hubiese determinado incorrectamente o se produzcan las circunstancias que, según lo dispuesto en el artículo 80 de esta Ley, dan lugar a la modificación de la base imponible.

La rectificación deberá efectuarse en el momento en que se adviertan las causas de la incorrecta determinación de las cuotas o se produzcan las demás circunstancias a que se refiere el párrafo anterior, siempre que no hubiesen transcurrido cuatro años a partir del momento en que se devengó el Impuesto correspondiente a la operación o, en su caso, se produjeron las circunstancias a que se refiere el citado artículo 80.”

Por su parte, el apartado Dos del art. 80 de dicha señala lo siguiente:

En resumen, la promoción de viviendas para destinarlas a la venta, adjudicación o cesión a través de contratos de arrendamiento con opción de compra en los que se deduce con claridad que la intención del promotor es llevar a cabo en última instancia dicha venta, adjudicación o cesión constituye una operación generadora íntegramente del derecho a la deducción, no habiendo lugar al gravamen por autoconsumo a que se refieren las letras c) ni d) del art. 9.1º de la Ley 37/1992. Por su parte aquellos arrendamientos con opción de compra que posteriormente pudieran llegar a celebrarse se encontrarán, en estos casos, sujetos y no exentos del Impuesto.

Por lo que respecta a aquellas operaciones de promoción de viviendas efectuadas con la finalidad de destinarlas a su arrendamiento sin opción de compra, no cabrá la posibilidad de que su promotor pueda deducirse el Impuesto. Ahora bien, si la decisión de arrendar sin opción de compra resultase ser sobrevenida y posterior a la construcción, habría lugar al gravamen por autoconsumo de acuerdo con lo establecido en el art. 9.1º.c) de la LIVA. En todo caso, para cualquiera de los dos supuestos anteriores el arrendamiento posterior estaría sujeto y exento del Impuesto. Finalmente, el uso de una vivienda en virtud de contratos de arrendamiento con opción de compra no agota la primera entrega de una edificación.

Ciertamente en la actualidad la regulación de esta clase de operaciones dentro de nuestra normativa nacional vulnera lo dispuesto al efecto por la norma comunitaria, al calificarse mayoritariamente los citados contratos como prestaciones de servicios, lo que da lugar al aplazamiento en el devengo del Impuesto, realizándose éste a medida que van siendo exigibles los plazos respectivos, en lugar de devengarse en el instante de la puesta a disposición del usuario. A tal efecto sería necesario acometer una adaptación del art. 8.Dos.5º de la LIVA, con la finalidad de adecuarlo a la norma comunitaria, calificando dichas operaciones de conformidad con su regulación. A resultas de esta modificación la operación constituiría, en la mayor parte de los casos, una entrega de bienes, la cual habría de quedar sujeta y no exenta de IVA si bien garantizando, en relación con las operaciones inmobiliarias que la opción de compra, tanto si se ejercita al término del contrato como si resulta ser anticipada, quede fuera del ámbito de aplicación del IVA.

Por su parte los intereses por aplazamiento habrían de configurarse como la contraprestación derivada de una operación de financiación, siguiendo el régimen propio de esta clase de operaciones y disponiéndose en consecuencia su exención o no en función del régimen de renuncia aplicable, en su caso. El IVA correspondiente a la adquisición del bien arrendado habría de ser deducible en la medida en que la entrega del mismo constituyese una operación sujeta y no exenta. El importe correspondiente a la entrega del bien no habría de computarse en los términos de la prorrata, ya que se trataría de bienes que habrían de tener la condición de bienes de inversión, quedando excluidos de dichos términos de acuerdo con lo establecido en los arts. 104.Tres.3º de la LIVA y 174.2.a) de la Directiva 2006/112/CE. Y, por lo que respecta al importe de los intereses, éste se computaría en función del tratamiento que se otorgase a la operación como exenta o no.

---

“Dos. Cuando por resolución firme, judicial o administrativa o con arreglo a Derecho o a los usos de comercio queden sin efecto total o parcialmente las operaciones gravadas o se altere el precio después del momento en que la operación se haya efectuado, la base imponible se modificará en la cuantía correspondiente.”

A través de su Sentencia de 16 de febrero de 2012 (As. C-118/11, *Eon Aset Menidjmont OOD*) analizó el TJUE la cuestión relativa a la adecuación de la normativa búlgara a las disposiciones de la Directiva relativas a la deducción de las cuotas soportadas por la adquisición de bienes de inversión, suscitándose a tal efecto como cuestión previa la relativa a si la utilización de un vehículo en virtud de un contrato de arrendamiento financiero puede equipararse a la adquisición de un bien de inversión.

Habiéndose suscitado la cuestión relativa a cuándo dicho contrato da lugar a una entrega de bienes o a una prestación de servicios el Tribunal, tras afirmar de entrada que, con carácter general, el arrendamiento financiero da lugar a una prestación de servicios, procede a precisar a continuación que un contrato de arrendamiento financiero puede dar lugar a la adquisición de un bien de inversión de carácter duradero, lo que determina que los costes no sean contabilizados como gastos corrientes, sino amortizados durante varios ejercicios. Se adopta así por parte del Tribunal una vinculación entre la calificación de un elemento como bien de inversión y su registro contable.

Tal y como precisa el TJUE en la citada Sentencia de 16 de febrero de 2012 en los contratos de arrendamiento financiero no tiene por qué producirse necesariamente la adquisición del bien, pudiendo establecerse en dicho contrato que el tomador puede optar por no adquirir el bien al término del período de arrendamiento.

Con carácter general el Tribunal toma como punto de partida el concepto incluido en la NIC 17 (relativa a los contratos de arrendamiento, que fue asumida por el Reglamento n.º 1126/2.008 de la Comisión, de 3 de noviembre de 2008, por el que se adoptan determinadas normas internacionales de contabilidad de conformidad con el Reglamento n.º 1606/2.002), caracterizando el arrendamiento financiero por el hecho de que se transfieran al usuario los beneficios y riesgos inherentes a la propiedad del bien<sup>67</sup>. Asimismo estima el Tribunal que el hecho de que una transmisión de la propiedad esté prevista al finalizar el contrato o que la cantidad actualizada de los vencimientos sea prácticamente idéntica al valor venal del bien constituyen, individual o conjuntamente, criterios que permiten determinar si un contrato puede calificarse de contrato de arrendamiento financiero<sup>68</sup>. Recuerda asimismo el Tribunal que el concepto general de entrega

---

<sup>67</sup> Concretamente tal y como se desprende de la citada Norma el contrato de arrendamiento operativo (*renting*) ha de distinguirse del contrato de arrendamiento financiero, caracterizándose este último por que se transmiten al arrendatario la mayoría de los beneficios y riesgos inherentes a la propiedad legal. Y el hecho de que una transmisión de la propiedad esté prevista al finalizar el contrato o que la cantidad actualizada de los vencimientos sea prácticamente idéntica al valor venal del bien constituyen, individual o conjuntamente, criterios que permiten determinar si un contrato puede calificarse de contrato de arrendamiento financiero.

<sup>68</sup> Esta línea interpretativa es criticada por RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., “La calificación del arrendamiento financiero en el Impuesto sobre el Valor Añadido (la adopción del criterio contable por parte de la jurisprudencia comunitaria)”, ob. cit., para quien

“tanto la NIC 17 como nuestro PGC formulan una serie de meros indicios, que nunca constituyen una regla clara y segura y que, en algunos casos, presentan un componente subjetivo de apreciación muy relevante. Y no parece que la calificación de una operación, su devengo y su base imponible puedan hacerse depender de criterios tan vagos. Esta ambigüedad tiene todo su sentido desde la perspectiva contable –y en los impuestos sobre sociedades construidos sobre el resultado contable-, donde se

de bienes alude a la transmisión de un bien corporal que faculta al adquirente a disponer de dicho bien como si fuera el propietario, debiendo estimarse la concurrencia de una entrega de bienes tanto en aquellos supuestos en los que el contrato prevé la transmisión de la propiedad del bien a la finalización del mismo (aplicándose el criterio recogido en el art. 14.2.b) de la Directiva<sup>69</sup>) como cuando se transmiten al usuario la mayoría de los beneficios y riesgos inherentes a la propiedad legal.<sup>70</sup>

Ahora bien en su delimitación del concepto el Tribunal procede a incluir supuestos en los que no existe una transmisión de las facultades de un propietario ni un poder de disposición similar al de un propietario, concurriendo únicamente un mero poder de uso, no de disposición.

Para el Tribunal no constituyen entregas de bienes de inversión aquellas operaciones que forman parte de la actividad económica habitual. Y ello con la finalidad de introducir distorsiones en la

---

pretende, como dijimos, ofrecer la verdadera situación patrimonial de las empresas. Pero no a efectos de un impuesto indirecto que pretende gravar el consumo de manera armonizada en todos los países de la Unión Europea”.

<sup>69</sup> De acuerdo con dicho criterio se considera que existe una entrega de bienes con la entrega material siempre que, teniendo en cuenta el curso normal de los hechos, se adquiera la plena propiedad con el último de los pagos como máximo.

<sup>70</sup> En esta misma línea se sitúa igualmente la Sentencia del TJUE de 17 de enero de 2013 (As. C-224/11, *BGZ Leasing sp. z o.o.*), a través de la cual se analizaba la cuestión relativa a si cabe otorgar una calificación unitaria a un servicio de arrendamiento financiero y uno de seguro, concluyéndose a tal efecto que el primero podrá constituir, en su caso, una entrega de bienes. Acerca del alcance del citado pronunciamiento, relativo al tratamiento como operación única compleja o como dos prestaciones diferenciadas de una operación de *leasing* y un servicio de seguro sobre el bien objeto de *leasing*, y en el que concluyó el Tribunal que la vinculación cierta no impedía fragmentar dos operaciones a efectos del IVA, véase BARCIELA PÉREZ, J. A.: “Las operaciones de seguro y de leasing en el IVA. El asunto BGZ Leasing”, *Quincena Fiscal*, núm. 3, 2014. En este pronunciamiento del TJUE se señalaba por tanto que correspondía al órgano jurisdiccional nacional determinar si, habida cuenta de las circunstancias particulares del asunto, la prestación de servicios relativa al seguro del bien objeto de un *leasing* y la prestación de servicios relativa al propio *leasing* estaban vinculadas entre sí hasta el punto de que hubiera de considerarse que constituían una prestación única o si, por el contrario, constituían prestaciones independientes, debiendo considerarse dichas prestaciones de servicios distintas y, por tanto, exentas, cuando el propio arrendador financiero asegura el bien objeto del *leasing* y factura el coste exacto del seguro al arrendatario financiero. No obstante este razonamiento sería posteriormente superado por el recogido en la Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017 (As. C-500/16), de acuerdo con el cual los principios de equivalencia y efectividad, a la luz del principio de cooperación leal establecido en el art. 4.3 del TFUE, no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que permitía denegar una solicitud de devolución de cantidades pagadas en exceso del Impuesto si el sujeto pasivo presentó dicha solicitud una vez expirado un plazo de prescripción de cinco años, aun cuando de una sentencia del Tribunal de Justicia pronunciada con posterioridad a la expiración de dicho plazo se derivase que el pago del IVA objeto de la referida solicitud de devolución fue indebido. Y ello en tanto en cuanto el sujeto pasivo (que ingresó ese IVA cuya devolución pretendía después, según justificó, al tener conocimiento de una sentencia del más alto tribunal polaco de lo contencioso-administrativo que le resultaba desfavorable, junto con el anuncio de una inminente inspección tributaria derivado de haber considerado inicialmente que esos costes del seguro estaban exentos de IVA) pudo negarse a pagar las eventuales cuotas atrasadas del Impuesto e impugnar cualquier requerimiento de pago mediante una acción judicial o bien pagar las cuotas atrasadas del Impuesto y acudir a un tribunal nacional para obtener la devolución de las cantidades indebidamente pagadas respetando el referido plazo de prescripción. Para el Tribunal la convicción subjetiva de no poder actuar sino pagando el IVA relativo a los costes del seguro correspondiente a los contratos de leasing no puede asimilarse a una imposibilidad objetiva de actuar de otro modo. En suma, pagar en vez de litigar un IVA que circunstancialmente deviene indebido no garantiza un derecho a la devolución.

aplicación de la regla de prorrata. Así las cosas, tratándose de una compañía de *leasing* que prestase igualmente servicios financieros exentos entiende el Tribunal que habrían de incluirse en el numerador de la prorrata las ventas de bienes que hubiesen sido objeto de un arrendamiento financiero previo, con independencia del carácter duradero de los elementos y de su condición de amortizables.

En definitiva entiende el Tribunal que en el supuesto de un contrato de arrendamiento financiero no existe necesariamente adquisición del bien, ya que puede establecerse en tal contrato que el tomador puede optar por no adquirir el bien al término del período de arrendamiento. El contrato de arrendamiento operativo ha de distinguirse por tanto del contrato de arrendamiento financiero, caracterizándose este último porque se transiten al arrendatario la mayoría de los beneficios y riesgos inherentes a la propiedad legal. El hecho de que una transmisión de la propiedad esté prevista al finalizar el contrato, o que la cantidad actualizada de los vencimientos sea prácticamente idéntica al valor venal del bien, constituyen, individual o conjuntamente, criterios que permiten determinar si un contrato puede calificarse de contrato de arrendamiento financiero. Y, a tal efecto, a través de la citada Sentencia de 16 de febrero de 2012 el TJUE se remitió a la NIC 17 (relativa a los contratos de arrendamiento) recogida en el Reglamento (CE) núm. 1126/2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) núm. 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a las Normas Internacionales de Información Financiera 3 y 13 y a la Norma Internacional de Contabilidad 40.<sup>71</sup>

Por tanto tratándose de aquel supuesto en el que, dado un contrato de arrendamiento financiero relativo a un automóvil, dicho contrato previese, bien la transmisión de la propiedad de dicho vehículo al arrendatario al término de dicho contrato, o bien que el arrendatario dispusiese de los atributos esenciales de la propiedad de dicho vehículo (y, en particular, que se le transmita la mayoría de los beneficios y riesgos inherentes a la propiedad legal de éste y que la cantidad actualizada de los vencimientos sea prácticamente idéntica al valor venal del bien) la operación deberá equipararse a la adquisición de un bien de inversión.

Ahora bien en el caso de un contrato de arrendamiento financiero no existe necesariamente adquisición del bien, ya que puede establecerse en tal contrato que el tomador opte por no adquirir el bien al término del período de arrendamiento. Y, al no constituir el arrendamiento financiero de un automóvil una entrega de bienes, habría de calificarse, en principio, de prestación de servicios.

En suma, aquellas prestaciones de *leasing* que no prevén una transmisión al arrendatario de la propiedad del bien objeto de éstas deben calificarse, en principio, de prestaciones de servicios, si bien tales prestaciones podrán, no obstante, equipararse a la adquisición de un bien de inversión con determinados requisitos.

---

<sup>71</sup> Este Reglamento (CE) núm. 1126/2008 sería posteriormente modificado por el Reglamento (UE) núm. 1361/2014 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2014.



Ciertamente al amparo de este criterio se está otorgando un papel esencial a la función que desempeñen los bienes dentro de la empresa en comparación con aquello que constituye su giro o actividad habitual, lo cual no tiene por qué coincidir con el carácter amortizable o no de los bienes según la normativa contable.

En todo caso parece claro que, con carácter general, se hace necesaria una modificación de la definición del tratamiento de los contratos de arrendamiento financiero en la Directiva 2006/112 que posibilite otorgar a dichos contratos una función esencialmente financiera, permitiendo la disponibilidad inmediata del activo, así como el pago aplazado de su precio más la correspondiente carga financiera, la cual no habría de formar parte de la base imponible de la operación. Y es que, tratándose de contratos de arrendamiento con opción de compra, ninguna duda debe plantear el carácter esencialmente financiero de dichos contratos, debiendo ser considerados como entregas de bienes desde el mismo momento de la puesta a disposición, siempre y cuando dichos contratos incorporen una opción de compra cuyo importe sea inferior al valor neto del activo en el momento en que aquélla deba ejercitarse.

En resumen, la concesión por un empresario o profesional de una opción de compra sobre un bien inmueble afecto a su actividad empresarial o profesional constituye una operación sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido que, de acuerdo con lo establecido en el art. 11 de la Ley 37/1992, se considerará como prestación de servicios, por cuanto la concesión de dicha opción no supone la transmisión del poder de disposición sobre el inmueble objeto de la opción y no tiene la consideración de entrega de bienes, sino la constitución de un mero derecho a favor del beneficiario de la opción, que podrá o no ejercitarla llegado el momento. Únicamente podría conceptuarse como entrega de bienes la concesión de una opción de compra si el beneficiario se comprometiese formalmente al ejercicio de la misma, en cuyo caso, más que ante una verdadera opción de compra, se estaría ante un contrato de promesa bilateral de compraventa, siendo entonces de aplicación todas las normas previstas para las entregas de bienes inmuebles por la normativa reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido (exenciones, devengo, etc.).

De este modo, si la opción puede o no ejercitarse, no comprometiéndose el beneficiario a su ejercicio, su concesión constituirá una prestación de servicios a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido sujeta al mismo. Y ello teniendo presente que la concesión de una opción de compra sobre un bien inmueble y la transmisión posterior, en su caso, del mismo, constituyen dos operaciones distintas. De una parte, se suscribe un derecho de opción de compra a cambio de un precio. Y, de otra, tiene lugar, en su caso, la compraventa, también por un precio determinado. A su vez la concesión de la opción de compra y el arrendamiento del inmueble también constituyen dos prestaciones de servicios diferentes que habrán de ser tomadas en consideración a efectos del Impuesto.

## BIBLIOGRAFÍA

- BARCIELA PÉREZ, J. A. (2014): “Las operaciones de seguro y de leasing en el IVA. El asunto BGŻ Leasing”, *Quincena Fiscal*, núm. 3.
- CALVO VÉRGEZ, J. (2011a): “El leasing inmobiliario en el IVA”, *Carta Tributaria Monografías*, núm. 3.
- CALVO VÉRGEZ, J. (2011b): “La tributación de las operaciones de leasing inmobiliario en el IVA: principales cuestiones conflictivas”, *El Consultor Inmobiliario*, núm. 124.
- CALVO VÉRGEZ, J. (2011c): “¿Constituye el ejercicio anticipado de la opción de compra en el leasing inmobiliario una segunda entrega exenta de IVA y sujeta a TPO? En torno a la STS de 14 de julio de 2010”, *Quincena Fiscal*, núm. 5.
- FALCÓN Y TELLA, R. (2010): “Planificación fiscal, prácticas abusivas en el IVA y negocios “artificiosos o impropios”: las conclusiones del Abogado General Mazák en el asunto *Weald Leasing*”, *Quincena Fiscal*, núm. 20.
- RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J. (2011): “Nuevas aportaciones del TJCE a la doctrina del abuso de derecho en el ámbito del IVA: la sentencia *Weald Leasing*”, *Boletín de Crónica Tributaria*, núm. 2.
- RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J. (2013): “La calificación del arrendamiento financiero en el Impuesto sobre el Valor Añadido (la adopción del criterio contable por parte de la jurisprudencia comunitaria)”, *Boletín Crónica Tributaria*, núm. 5.
- SÁNCHEZ GALLARDO, F. J. (2014): “Las operaciones de arrendamiento financiero y el derecho a la deducción en el IVA (Análisis de la STJUE de 10 de julio de 2014)”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 377-378.
- SESMA SÁNCHEZ, B. (2011): “Delimitación del concepto de ‘prácticas abusivas’ en el IVA referido a operaciones de arrendamiento financiero a través de una sociedad interpuesta: STJUE de 22 de diciembre de 2010 (*Weald Leasing*, As. C-103/09)”, *Diario La Ley*, núm. 7.585, 9 de marzo de 2011.
- VICTORIA SÁNCHEZ, A. (2016): “Tratamiento a efectos del IVA de los contratos de venta con arrendamiento posterior (‘sale and lease back’): posibilidad de reducción de la base imponible por el arrendador en caso de impago de cuotas por el arrendatario”, *Carta Tributaria Opinión*.