

LA TRIBUTACIÓN EN EL IRNR DE LAS RENTAS DERIVADAS DEL ARRENDAMIENTO DE BIENES INMUEBLES SITUADOS EN ESPAÑA: UNA CUESTIÓN DE COMPATIBILIDAD CON EL ARTÍCULO 63 DEL TFUE



IVÁN DOCASAR GARCÍA

Instituto Universitario de Investigación en Economía Social, Cooperativismo y Emprendimiento | Universidad de Valencia

I. Introducción

En un mundo tan globalizado en el que la facilidad de comunicaciones y de desplazamientos entre territorios está al orden del día, las relaciones económicas y los flujos de capital entre territorios es cada vez más frecuente. Es por ello que los sistemas de tributación de cada país paulatinamente han de ser más abiertos y contemplar nuevos escenarios, de forma que las soberanías tributarias internas empiecen, sin perder su esencia, a tener más en cuenta que para el adecuado sostenimiento de las arcas públicas no solamente los residentes han de cumplir adecuadamente con sus obligaciones fiscales; sino que la importancia de los no residentes en el ámbito tributario va a ser cada vez mayor.

Esta importancia, proyectada sobre los tenedores de vivienda en España que no son residentes en nuestro territorio, es aún mayor por motivos tales como la dificultad de acceso a una vivienda en propiedad para los jóvenes por motivos económicos o la escasez de

obra nueva y bajas tasas de construcción de vivienda social. Esta última circunstancia se ve agudizada por el hecho de que un modelo económico como el español basado en el sector servicios, y en concreto en el turismo, hace que muchos propietarios destinen sus apartamentos al alquiler turístico; provocando esto que el número de inmuebles destinados al arrendamiento como vivienda habitual sea todavía inferior.

II. El panorama tributario para los arrendadores residentes en terceros Estados

Conforme al principio general del Derecho tributario internacional de que los bienes inmuebles estarán sometidos a gravamen en el lugar dónde se encuentren ubicados, los rendimientos obtenidos deberán de tributar con carácter general y sobre la renta bruta al tipo del 24 por ciento contemplado en el artículo 25.1 a) de la Ley del IRNR para los residentes en terceros estados. Esta obligación, con motivo del procedimiento de infracción P/08/1553 incoado contra España en el año 2010 sobre la base de que el modelo español de que resultaba contrario a la libre circulación de capitales ya no resulta aplicable a los residentes de territorios comunitarios. Los residentes en estos territorios tributarán al tipo del 19 por ciento, pero sobre la renta neta, esto es, pudiéndose deducir en su declaración trimestral del Modelo 210 del Impuesto sobre la Renta de no Residentes sin establecimiento permanente todos los gastos inherentes al arrendamiento.

En síntesis, el panorama de tributación para los no residentes perceptores de rentas derivadas del arrendamiento de inmuebles es el siguiente:

- En el caso de residentes en Estados miembros de la Unión Europea, tributarán en España por su renta neta (ingresos totales - gastos inherentes al arrendamiento) al tipo del 19 por ciento contemplado en la ley que regula el impuesto sobre la renta de no residentes.
- En el caso de residentes en Estados terceros, tributarán en España por su renta bruta (sin permitirse descontar ningún gasto) al tipo del 24 por ciento contemplado en la ley que regula el impuesto sobre la renta de no residentes.

III. Diferencias de tributación versus libertad de circulación de capitales

La libre circulación de capitales consagrada en el

artículo 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea como una de las cuatro libertades fundamentales goza de la particularidad de que, desde el año 1994, no solamente queda prohibida cualquier restricción a los movimientos de capitales entre Estados miembros, sino que la proyección de esta libertad comunitaria también se extiende a los movimientos entre Estados miembros y terceros Estados. Por tanto, teniendo en cuenta que las rentas derivadas del arrendamiento de inmuebles encajan dentro de esta libertad comunitaria y atendiendo a que sus efectos se extienden más allá de los territorios que componen la Unión Europea, en principio una regulación como la española que discrimina en cuanto al cálculo de la renta objeto de imputación entre residentes y no residentes en Estados miembros podría resultar contraria a esta libertad comunitaria.

No obstante, y desde la perspectiva de la defensa del legislador español, es preciso poner de manifiesto algunas cuestiones antes de poder articular unas conclusiones sólidas.

1. La operatividad de la llamada «cláusula Standstill» en cuanto a las restricciones a la libre circulación de capitales anteriores al 1 de enero de 1994

El artículo 64.1 del TFUE articula la primera limitación a la libre circulación de capitales, ya que permite que los territorios miembros mantengan las restricciones que existían el 31 de diciembre de 1993 de conformidad con el Derecho nacional o con el Derecho de la Unión en materia de movimientos de capitales[1].

Acogiéndose por tanto a esta cláusula el legislador español puede mantener una regla como la impuesta por el artículo 24 de la ley del impuesto siempre que:

- La restricción ya estuviera contemplada el 31 de diciembre de 1993.
- La restricción a la que se hace referencia pudiera quedar subsumida en alguna de las inversiones a las que se aplica según la literalidad del artículo 64.1 del TFUE, esto es, a «inversiones directas, incluidas las inmobiliarias, el establecimiento, la prestación de servicios financieros o la admisión de valores en los mercados de capitales».

En cuanto al primero de los requisitos, la forma de analizar su cumplimiento o incumplimiento no puede venir determinado por la fecha en la que se promulga la normativa en la que se encuentra. De ser así, en el particular caso español y dado que la Ley del Impuesto entra en vigor el 13 de marzo de 2004 la *cláusula Standstill* ya no tendría lugar a aplicarse[2]. A lo que tenemos que atender es a que existiera una norma con una redacción semejante o equivalente a fecha 31 de diciembre de 1993[3] y no a la fecha de entrada en vigor de la norma objeto de debate. De esta manera, en el caso español, la denegación de la deducción de los referidos gastos a los sujetos pasivos no residentes se remonta, como mínimo, a la Ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de enero de 1992[4] mediante la redacción del artículo 18.4 de

dicha ley; precepto que en esencia recogía la tributación del impuesto sin que los sujetos vinculados por obligación real pudieran determinar su rendimiento neto reduciendo sus ingresos íntegros con el importe de los gastos necesarios para la obtención de los rendimientos del capital inmobiliario[5]. Por lo tanto, cabe concluir que la regulación española era anterior al 31 de diciembre de 1993 y que, por ello, en lo que concierne a la primera parte del artículo 64 del TFUE, se respeta.

Corresponde ahora cuestionar si se cumple el segundo de los requisitos, y es el de valorar si el arrendamiento por un particular de una vivienda de la que es propietario en España puede acogerse a alguna de las inversiones previstas por el artículo 64.1 del TFUE; en concreto bajo el paraguas de las inversiones directas inmobiliarias a las que se hace referencia. Este ejercicio de constatar si se encuentran incluidas conlleva inevitablemente un análisis de dicho concepto a la luz de los precedentes normativos y jurisprudenciales.

Acudiendo a lo dispuesto en la Directiva 88/361 en sus notas explicativas se alude a que el concepto de inversión directa debe de interpretarse en su sentido más amplio, entendiendo por estas «*cualquier tipo de inversión efectuada por personas físicas, empresas comerciales industriales o financieras, y que sirva para crear o mantener relaciones duraderas y directas entre el proveedor de fondos y el empresario, o la empresa a la que se destinan dichos fondos para el ejercicio de una actividad económica*». Esta definición debe de vincularse con el concepto de «*inversión inmobiliaria*» definida por la misma Directiva como «*la compra de propiedades edificadas o sin edificar así como la construcción de edificios realizada por particulares con fines lucrativos o personales, comprendiendo esta categoría también los derechos de usufructo, las servidumbres rústicas y los derechos de superficie*»[6]. Interpretando este precepto, el Tribunal de Justicia señala que se excluyen del concepto de inversiones inmobiliarias directas aquellas que tienen un carácter meramente patrimonial, de forma que no tienen relación con ninguna actividad económica[7].

Por tanto, para que un arrendamiento de un bien inmueble pueda ser considerado como una inversión directa inmobiliaria y, por tanto, resultar subsumible bajo el amparo de la *cláusula Standstill*, es necesario



que el arrendamiento sea susceptible de constituir una actividad económica dentro de la renta de la persona que percibe esos ingresos. Y, atendiendo al ordenamiento jurídico vigente aplicable a las personas físicas con rentas derivadas del alquiler de bienes inmuebles, para que pueda ser considerado como una actividad económica se requiere que para su ordenación se utilice al menos una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa[8].

Bajo este prisma las limitaciones a la deducibilidad de gastos de los residentes en terceros estados que perciban rentas derivadas del arrendamiento inmobiliario no podría quedar amparada por la *cláusula Standstill* en cuanto no fuera considerada una inversión inmobiliaria directa, para lo cual sería necesario que el rendimiento tuviera la consideración de actividad económica; consideración que se otorgaría únicamente en los casos en los que el arrendador tuviera contratada a una persona a jornada completa en el ejercicio de la actividad que permitiera la obtención de las rentas inmobiliarias.

En caso contrario, como es, en la mayoría de las ocasiones, una norma, que impida a los no residentes extracomunitarios minorar su base imponible a través de la deducción de los gastos asociados a las inversiones consideradas inmobiliarias sería contraria al Derecho de la UE, y en concreto, a la libertad de movimientos de capitales reconocida a residentes en terceros estados[9].

2. La posibilidad de que las restricciones a la libre circulación de capitales quedasen justificadas: la operatividad del artículo 65 del TFUE

El artículo 65 del Tratado de Funcionamiento señala otra particularidad al respecto de la aplicación del artículo 63, y es que los Estados miembros gozan del derecho a aplicar las disposiciones pertinentes de su Derecho fiscal que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido su capital. Esta excepción, que debe de ser interpretada de manera restrictiva[10], queda limitada asimismo por lo señalado en el apartado tercero del mismo artículo; precepto que prescribe que las disposiciones a las que se refiere este apartado no deben de constituir ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción

encubierta a la libre circulación de capitales y pagos.

En todo caso se hace necesario distinguir entre las diferencias de trato permitidas y no permitidas en virtud del artículo 65 del TFUE, de forma que para que las restricciones puedan ser consideradas compatibles con las disposiciones del Tratado es necesario que las diferencias de trato resultantes afecten a situaciones que no sean objetivamente comparables o que resulten justificadas por razones imperiosas de interés general[11]. Por ello se hace necesario realizar un breve análisis de lo que la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo ha venido considerando como situaciones objetivamente comparables o razones justificadas de interés general.

2.1. Sobre la comparabilidad de situaciones controvertidas

Se desprende del análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la comparabilidad entre situaciones internas y situaciones transfronterizas ha de examinarse teniendo en cuenta el objetivo, objeto y contenido de la normativa nacional controvertida y que por otra parte solamente deben tenerse en cuenta los criterios de distinción pertinentes establecidos por la normativa en cuestión para apreciar si la diferencia de trato que resulta de dicha normativa refleja una diferencia de situaciones objetiva[12]. Así por ejemplo nos encontramos con que de manera muy reciente el Tribunal de Justicia, en un asunto sobre una diferencia en el modo de cálculo del impuesto de sucesiones en Alemania que distinguía entre bienes inmuebles arrendados en Alemania o en un Estado parte del Acuerdo EEE o en un tercer Estado, se pronunció de manera favorable a que se trataba de dos situaciones objetivamente comparables pues, admitir que no lo son, supondría vaciar completamente de contenido el artículo 63.1 del TFUE[13]. Lo mismo ocurre a ojos del Tribunal de Luxemburgo cuando se trata de dos situaciones en las que un sujeto pasivo posee participaciones en una sociedad domiciliada en un tercer país y sometida a baja tributación, contemplada por la normativa en cuestión en el litigio principal con respecto a sujetos pasivos que poseen ese tipo de participaciones en una sociedad domiciliada en Alemania (por ende, en cualquier Estado miembro)[14].

En estas circunstancias parece claro que, según la reiterada línea jurisprudencial seguida por el Tribunal de Justicia en sus manifestaciones, una situación en la que se otorga un tratamiento fiscal diferente a un residente en España o en un Estado miembro y a un residente en un tercer estado supondría una situación objetivamente comparable, pues la ventaja fiscal controvertida no responde a la persecución de ningún objetivo concreto, en cuyo caso la diferenciación podría resultar admisible[15].

2.2. Sobre la existencia de razones imperiosas de interés general

Puede admitirse una restricción a la libre circulación de capitales cuando está justificada por razones imperiosas de interés general, la restricción resulta adecuada para garantizar de forma coherente y sistemática la realización del objetivo que persigue y no va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo[16]. En relación con la política de vivienda, el Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado de manera favorable a considerar que las políticas de vivienda pueden, en principio, constituir razones de interés general[17] siempre que las medidas articuladas tengan como objetivo ofrecer una política social adecuada tal y como se indica en el artículo 151 del TFUE[18].

Por ende, dado que la línea legislativa española penaliza a los arrendadores de vivienda que residan en

un tercer estado, el efecto que se consigue es el contrario, dificultando el acceso a la vivienda al no permitir una deducción de gastos inherentes al arrendamiento a los perceptores de rentas. La consecuencia directa de esta política tributaria es el aumento del precio de los alquileres en orden a compensar los gastos que el legislador no permite descontar sin que los propietarios vean mermadas sus ganancias, asentando una política social de vivienda que de ningún modo se puede amparar en lo dispuesto por el artículo 151 del TFUE o, dicho de otro modo, dentro de una razón de interés general válida que sirva para justificar tal restricción.

3. Compensación en la imposición directa a través de los mecanismos de corrección articulados por los Convenios de doble imposición

El estado español puede alegar que, aunque el tratamiento fiscal de los residentes en terceros Estados sea más gravoso en cuanto al impuesto que satisfacen en nuestro territorio, estos pueden compensar pagando en España con lo que les corresponda pagar en el país en el que vivan habitualmente por el mismo concepto, pero esta vez como residentes. No obstante, y a pesar de que en muchos casos se logre conseguir la neutralidad fiscal al contribuyente, es preciso recordar que el método de eliminación de la doble imposición que se sigue con carácter general es el método de imputación o



deducción ordinaria; de forma que el estado de residencia únicamente va a permitir deducir lo satisfecho en el Estado fuente con el límite de lo que del impuesto correspondiente en el país de residencia. Por consiguiente, dado que el tipo marginal al que tributan los no residentes es un tipo alto (el 24% según el artículo 25.a de la LIRNR) no sería extraño en la práctica que, a pesar de la supuesta neutralidad fiscal que inspira el método de deducción, al no ser una deducción integral el contribuyente del Impuesto sobre la renta de no residentes en España no pueda descontarse en su Estado de residencia todo lo satisfecho a cuenta de su IRNR en territorio español. Es por ello que, en estos casos, que en la práctica pueden resultar frecuentes, debido a que al residente en un tercer estado no se le permite la deducción de los gastos inherentes al arrendamiento y en su estado de origen no va a poder deducirse la totalidad de lo satisfecho en España cuando el tipo marginal español sea superior a lo que le correspondiera pagar en su país, el perjuicio económico que va a sufrir puede verse cuantitativamente incrementado.

III. Conclusiones

A la espera de que se produzca un pronunciamiento por parte de Audiencia Nacional al respecto de la tributación de las rentas de no residentes que se prevé para los primeros meses del año 2024, parece evidente a resultas del análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que un régimen como el español, en la medida en que no cumple con las excepciones previstas para limitar la libre circulación de capitales, podría resultar contrario a lo previsto en el artículo 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Esta conclusión no es baladí, ya que en caso de que la Audiencia declare este hecho o solicite al Tribunal de Luxemburgo que se pronuncie sobre el asunto, en caso de que bajo la línea argumental que hemos expuesto se declarase la vulneración del Derecho Comunitario por parte de la normativa española, el paso siguiente sería hacer frente a la avalancha de reclamaciones por los ingresos que hubieran realizado los contribuyentes del IRNR que pasarían, al amparo de una hipotética resolución desfavorable a España; a tener la consideración de indebidos.

Es por esta razón que las consecuencias de una regulación que consideramos contraria a la libre

circulación de capitales pueden no solamente tener una proyección futura en forma de obligados cambios legislativos, sino que habría que valorar y articular los adecuados mecanismos de compensación de cara a reparar a los obligados tributarios el perjuicio sufrido durante la vigencia de la norma. En caso de que esta situación se llegase a producir, queridos lectores, el panorama que se presentaría y su posible solución podemos asegurar que no resultaría nada sencilla.

Referencias:

- [1] Artículo 64 del TFUE, versión consolidada de 30 de marzo de 2010.
- [2] STJUE de 23 de abril de 2009, asunto C-460/07, Puffer. Según esta resolución puede considerarse compatible con el requisito temporal que predica la norma aquellas leyes aprobadas en un momento posterior cuando es esencialmente idéntica o subsana defectos de la anterior, pero no así cuando la nueva redacción se base en una lógica diferente o establezca procedimientos nuevos; en cuyo caso no podría considerarse su vigencia a 31 de diciembre de 1993.
- [3] Sentencia del TJUE de 5 de mayo de 2011, asunto C-384/09, Prunus Prunus SARL y Polonium SA contra Director de Servicios Fiscales. En un asunto en el que se cuestiona al Tribunal sobre la operatividad de la *cláusula Standstill* en relación con la libre circulación de capitales del artículo 63 del TFUE señala, en relación con la existencia del precepto en cuestión con anterioridad al 31 de diciembre de 1993 que la versión de las disposiciones de la normativa en vigor al 31 de diciembre de 1993 (...) sólo presentan algunas diferencias de redacción, que en nada afectan a la lógica del marco jurídico que ha formado parte del ordenamiento jurídico del Estado miembro interesado de una manera ininterrumpida desde el 31 de diciembre de 1993.

[4] «Denegación de la deducción de los gastos por alquiler en los rendimientos del capital inmobiliario percibidos por no residentes en la UE-EEE: análisis de su compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea» Europea, Grupo de Expertos en Fiscalidad Internacional y Precios de Transferencia, 15 de marzo de 2021, párrafo 13.

[5] En concreto, la redacción del artículo 18.4 remitía de cara a la forma de tributación a lo dispuesto en el artículo 34 de la misma ley, precepto que no recogía la relación de gastos de carácter deducible que se recogían en el artículo 35.

[6] Directiva 88/361/CEE del Consejo de 24 de junio de 1988 para la aplicación del artículo 67 del Tratado.

[7] STJUE de 17 de octubre de 2013, asunto C-181/12, Yvon Welte contra Finanzamt Velbert.

[8] Artículo 27.2 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, BOE núm. 285, de 29/11/2006.

[9] «Denegación de la deducción...», *loc. cit.* p. 26.

[10] STJUE de 12 de octubre de 2023, asunto C-670/21, BA contra Finanzamt X.

[11] STJUE de 30 de junio de 2016, asunto C-123/15, Max-Heinz Feilen contra Finanzamt Fulda. En esta sentencia se valora la compatibilidad con el Derecho comunitario de una normativa de un Estado miembro que prevé una reducción del impuesto sobre sucesiones aplicable a las sucesiones en un patrimonio que ya fue objeto de una transmisión hereditaria que dio lugar a la percepción de ese impuesto en ese Estado miembro. En este caso el Tribunal de Justicia termina declarando que el artículo 63 TFUE, apartado 1, y el artículo 65 TFUE no se oponen a una normativa de un Estado miembro, como la que es objeto del asunto principal, que prevé, en caso de sucesión a favor de personas comprendidas en una determinada clase impositiva, una reducción del impuesto sobre sucesiones cuando la herencia incluye un patrimonio que en los diez años anteriores a esa sucesión ya fue objeto de una transmisión hereditaria, con la condición de que esta última hubiera dado lugar a la percepción del impuesto sobre sucesiones en ese Estado miembro.

[12] STJUE de 12 de octubre de 2023, asunto C-670/21, BA contra Finanzamt X.

[13] STJUE de 12 de octubre de 2023, asunto C-670/21, BA contra Finanzamt X.

[14] STJUE de 26 de febrero de 2019, asunto C-135/17, X GmbH contra Finanzamt Stuttgart - Körperschaften.

[15] STJUE de 18 de diciembre de 2014, asunto C-133/13, Staatssecretaris van Economische Zaken y Staatssecretaris van Financiën contra Q. En el presente asunto se admite una diferenciación de tributación ya que la ventaja fiscal controvertida tenía por objeto preservar la integridad de determinadas fincas rústicas pertenecientes al patrimonio histórico nacional y su ámbito de aplicación (el de las ventajas fiscales) se circunscribía exclusivamente a las donaciones relativas a esos ámbitos específicos.

[16] Entre otras, STJUE de 18 de junio de 2020, asunto C-78/18, Comisión Europea contra Hungría.

[17] STJUE de 1 de octubre de 2009, asunto C-567/07, Minister voor Wonen, Wijken en Integratie contra Woningstichting Sint Servatius.

[18] Artículo 151 del TFUE: «*la Unión y los Estados miembros (...) tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo sociales (...). A tal fin, la Unión y los Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión.*».

«Los sistemas de tributación de cada país paulatinamente han de ser más abiertos y contemplar nuevos escenarios, de forma que las soberanías tributarias internas empiecen, sin perder su esencia, a tener más en cuenta que para el adecuado sostenimiento de las arcas públicas no solamente los residentes han de cumplir adecuadamente con sus obligaciones fiscales; sino que la importancia de los no residentes en el ámbito tributario va a ser cada vez mayor»