

EL IVA EN LOS PROCESOS DE URBANIZACIÓN EN LOS QUE INTERVIENEN PARTICULARES NO EMPRESARIOS

Carmen A. Chaves Galán¹

RESUMEN

En el presente trabajo se pretende analizar la situación fiscal del propietario de un terreno que se encuentra inmerso en un proceso urbanizador, desde la óptica del Impuesto sobre el Valor Añadido, en virtud de cuya legislación puede considerarse empresario a dicho particular por el mero hecho de realizar la urbanización total o parcial de su terreno, siempre que tenga como intención su venta, adjudicación o cesión por cualquier título y aunque realice dicha actividad urbanizadora de forma ocasional, esto es, sin el carácter de habitualidad que preside las actividades económicas.

I.- INTRODUCCIÓN

Es bien sabido que la legislación fiscal está detrás de los actos que se realizan en la práctica totalidad de los demás ámbitos jurídicos, siendo uno de sus aspectos importantes en cuanto a que contribuye a cuantificar el coste económico de la operación. El derecho urbanístico no es una excepción, sino todo lo contrario, es una de las materias jurídicas donde la fiscalidad cobra especial importancia dadas las elevadas cifras que suelen manejarse en la actividad inmobiliaria que tiene aparejada.

Siendo la actividad urbanizadora una actividad económica, lo normal es que sea desarrollada por empresarios o profesionales, sean personas físicas o jurídicas. Y que, como tal actividad económica, suponga la ordenación de factores de producción materiales y/o humanos con la finalidad de intervenir en el tráfico mercantil.

No obstante, en ocasiones los particulares no empresarios se ven inmersos en el tráfico urbanizador por el mero hecho de ser propietarios del suelo sobre el que se desarrolla la actividad urbanística. Y aquí es donde surge la complicación fiscal, dado que estas personas físicas ajenas al negocio de promoción y urbanización y, probablemente ajenas también a cualquier otro negocio empresarial o profesional, en el sentido de actividad económica antes indicado, de golpe se ven convertidas en empresarios en virtud de lo dispuesto en el art. 5 de la Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, LIVA), el cual dispone en su punto Uno.d) lo siguiente: “A los efectos de lo dispuesto en esta Ley, se reputarán empresarios o profesionales...d) Quienes efectúen la urbanización de terrenos o la promoción, construcción o rehabilitación de edificaciones destinadas, en todos los casos, a su venta, adjudicación o cesión por cualquier título,

¹ Universidad de Extremadura, Profesora Ayudante Área del Derecho Financiero y Tributario.

aunque sea ocasionalmente.”

La consideración de los particulares como empresarios no es baladí, sino que determina la tributación de las transmisiones de terrenos que realicen, dado que, siendo empresarios éstas se califican como entregas de bienes sujetas al IVA, mientras que si no se les atribuyera tal carácter de empresarios, la operación citada tributaría por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas (en adelante, TPO). El tipo impositivo es distinto, siendo el 16% en caso de IVA y el 7% con carácter general –sujeto a modificación en cada Comunidad Autónoma, en virtud de sus competencias normativas- en el caso de TPO.

Aunque en principio puede parecer más ventajoso económicamente el tipo impositivo de TPO, no es así en el caso de ser el adquirente de los terrenos otro empresario – normalmente la empresa urbanizadora o la que va a construir los inmuebles-, puesto que TPO siempre es un gasto –hay que pagarlo directamente en la Administración Tributaria-, mientras que el IVA permite, con el mecanismo de las deducciones, que el empresario que lo ha pagado pueda recuperar ese coste a través de las cuotas del mismo impuesto que devenga, es decir, que recauda de sus clientes.

II.- Consideración del particular como empresario urbanizador a efectos del IVA

Ya hemos visto como, en virtud de lo dispuesto en el art. 5 LIVA, se convierte en empresario quien urbaniza terrenos para su venta, adjudicación o cesión por cualquier título. Hasta aquí, nada extraño, habida cuenta de que la actividad urbanizadora está considerada, a todos los efectos fiscales, como una actividad económica susceptible de generar rendimientos de dicha índole. Lo importante está en que, según el citado art. 5LIVA, se adquiere el carácter de empresario, aunque se realice dicha actividad ocasionalmente. Es decir, aunque el particular no sea empresario ni tenga pensado serlo, por el hecho de tener un terreno sobre el que se va a realizar una actividad urbanística se convierte en empresario. Ello, aunque su intención siga siendo no convertirse en empresario y aunque nunca más vuelva a verse en el caso de tener que participar en el proceso urbanizador.

Aunque el objeto de nuestro estudio sea el IVA no podemos dejar pasar la consideración de que, en esta materia (y en otras que no vienen ahora al caso), el tratamiento que realiza el IVA del empresario discrepa enormemente del contenido en otros impuestos, como el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. En este último no es empresario quien no realiza una actividad económica de forma habitual, personal y directa. Hasta el punto de que, el particular que se convierte en urbanizador ocasional de terrenos, cuya figura estamos estudiando, aunque es empresario respecto al IVA no lo será respecto al IRPF.

El IVA es un impuesto estatal, pero muy marcado por su naturaleza de Derecho Comunitario emanado por la Unión Europea con un marcado carácter armonizador del mercado común intracomunitario, de cara a la supresión de las fronteras fiscales.

El fundamento del IVA es gravar el tráfico empresarial en todas sus fases de producción o comercialización -de ahí el nombre de impuesto “sobre el valor añadido” en cada una de estas fases-, hasta que un producto o servicio llega al consumidor final. Es un impuesto indirecto precisamente por el hecho de convertirse el consumidor final en el verdadero contribuyente, esto es, en el que paga la deuda tributaria correspondiente al mismo. En la actividad urbanizadora, como previa a la de construcción, las fases de producción o comercialización son aquellas que están destinadas a poner inmuebles en el mercado. De ahí que se entienda que el particular que se encuentra inmerso en dicha actividad urbanizadora no va a ser, normalmente, el consumidor final de los inmuebles a los que está destinada, sino que dicho particular participará

en dicha “cadena de producción” de los inmuebles citados, aportando el suelo sobre el que se encuentran para que se urbanice.

III.- Concepto de actividad urbanizadora

Llegados a este punto se hace necesario precisar qué se entiende por “urbanizar” para determinar cuando un particular se convierte en urbanizador. Sobre el particular, la Dirección General de Tributos, en su Resolución de 31 de Octubre de 2001, se ha pronunciado en el sentido de que urbanizar sería la actividad que consiste en dotar a un terreno de las infraestructuras necesarias para que se convierta en terreno urbano. En todo caso, estos conceptos están muy ligados a la calificación urbanística del suelo propiedad del particular no empresario y también a las actuaciones que éste realice en el mismo antes de su transmisión.

El art. 20.Uno.20º LIVA establece una distinción entre suelo edificable y no edificable, precisando que “A estos efectos, se consideran edificables los terrenos calificados como solares por la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana y demás normas urbanística, así como los demás terrenos aptos para la edificación por haber sido ésta autorizada por la correspondiente licencia administrativa.”

Es decir, respecto a la calificación fiscal de las operaciones urbanísticas, el legislador tributario se remite a la normativa específica en materia de suelo. Así las cosas, hay que acudir a la Ley del Suelo, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008 y estar a la calificación urbanística que allí se establece. No es algo excepcional que la materia tributaria se rijan por otras leyes sustantivas en determinados aspectos relativos al hecho imponible o a la cuantificación de la base imponible, sino que ocurre con relativa frecuencia –así son bastantes las normas tributarias que se remiten a la legislación catastral o a la laboral, por ejemplo-.

Es decir, el particular que tiene un terreno y realiza en él actuaciones de urbanización con la intención de destinarlo a su transmisión por cualquier título, se habrá convertido en empresario a efectos de IVA y el adquirente del terreno deberá abonar la cuota correspondiente a este impuesto. Si falla alguno de estos requisitos, es decir, el particular no realiza actuaciones de urbanización o las realiza sin intención de transmitir el terreno urbanizado, no se habrá convertido en empresario y el adquirente deberá abonar la cuota correspondiente al otro impuesto antes mencionado, al TPO.

Respecto a las actuaciones de urbanización, surge la duda de que se entiende por tales. Es decir, cuando se considera empresario a un particular propietario de un terreno susceptible de ser urbanizado. En este sentido, para que el transmitente de los terrenos tenga la condición de urbanizador de los mismos, es suficiente con que haya asumido la realización de alguna de las obras a través de las cuales se dota a los mismos de las infraestructuras necesarias para que dichos terrenos alcancen la condición de urbanos, sin que sea preciso que dichos propietarios realicen la totalidad de las obras de urbanización. Así se desprende de la propia Ley del IVA, cuyo art 20, citado, se refiere a “terrenos, urbanizados o en curso de urbanización”.

En todo caso, es evidente el carácter material que han de tener dichas obras, a efectos fiscales para la consideración de un terreno como en curso de urbanización, no siendo admisible, a efectos fiscales, que tenga tal consideración un terreno que solo ha sido recalificado o que ha sido incluido en una unidad de ejecución o polígono de actuación, ya que en ninguna de esas fases se ha iniciado físicamente la transformación del terreno. Así lo ha entendido la Dirección General de Tributos y también el Tribunal Económico-Administrativo, interpretando este último que cuando la Ley del IVA se refiere a terrenos en curso de urbanización, se refiere a las obras y no a las actuaciones jurídico-administrativas correspondientes (resoluciones del TEAC de 22-06-1995 y de 30-01-1997, entre otras).

Sin embargo, en sede judicial hay discrepancia de criterio. Así la Audiencia Nacional de-

fiende que la ejecución material de las obras de urbanización requiere normalmente de actuaciones previas de carácter administrativo sin las cuales no es legalmente posible acometer obra alguna, por lo que debe entenderse que un terreno sobre el que se está desarrollando el correspondiente instrumento de planeamiento urbanístico debe calificarse ya, a efectos fiscales, como en curso de urbanización. No es desatinada esta consideración, más aún cuando, como hemos visto, la norma fiscal se remite a la norma urbanística, de las que puede deducirse que la urbanización se produce, entre otras causas, cuando existe un plan urbanístico en curso de ejecución administrativa. Sin duda, esta es una interpretación de la Ley del IVA mucho más ventajosa para los sujetos pasivos de IVA que adquieren los terrenos a los particulares, puesto que aumenta las posibilidades de que éstos últimos sean empresarios y, en consecuencia, la operación pueda someterse a IVA, en vez de a TPO.

La controversia entre la Administración tributaria y los Tribunales de Justicia se ha resuelto por el Tribunal Supremo (Sentencias de 11 de Octubre y de 8 de Noviembre de 2.004), al entender que solamente merecen la consideración de terrenos urbanizados o en curso de urbanización aquellos en los que existen operaciones materiales de transformación física de los terrenos. Es decir, se ha decantado por la interpretación de la Administración, al declarar que lo determinante es la ejecución material de la obra de urbanización, entendida ésta como aquellas actuaciones que se realizan para dotar a un terreno de los elementos previstos por la legislación urbanística, tales como acceso rodado, acerado y alumbrado público, abastecimiento y evacuación de agua, suministro de energía eléctrica, etc... para servir a la edificación que sobre ellos exista o vaya a existir, ya sean viviendas, locales comerciales o edificaciones de uso terciario o de carácter industrial.

La Dirección General de Tributos (Consulta V01202-05), a su vez, ha precisado aún más, al establecer que los propietarios de terrenos afectados por una unidad de ejecución no se convierten en empresarios hasta que no se les incorporen los costes de urbanización de dichos terrenos. La transmisión de los terrenos que se realice sin incorporar los costes de urbanización, haciéndose cargo el adquirente de tales costes, no permite considerar al transmitente como urbanizador, por lo que la transmisión no está sujeta al IVA. Si por el contrario, la transmisión del terreno se realiza incorporando ya parte de los costes de urbanización, el transmitente es empresario a efectos del IVA y la entrega estará sujeta al impuesto.

IV.- El particular como empresario urbanizador a efectos del IVA

Antes hacíamos mención al interés del empresario adquirente de los terrenos urbanizados de que el transmitente, esto es, nuestro particular, fuese considerado empresario, para así no romper la cadena de las deducciones del IVA. Pero, ¿le interesa al particular convertirse en empresario a efectos del impuesto y, por tanto, en sujeto pasivo de IVA? En principio la respuesta es negativa, por las razones que pasamos a exponer:

En primer lugar, como sujeto pasivo de IVA deberá observar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la normativa del mismo. En particular, las contenidas el art. 164.1 LIVA, entre las que destacamos las siguientes: presentar declaraciones relativas al comienzo, modificación y cese de las actividades que determinen su sujeción al impuesto; presentar periódicamente o a requerimiento de la Administración, información relativa a sus operaciones económicas con terceras personas y Presentar las declaraciones-liquidaciones correspondientes e ingresar el importe del impuesto resultante, además de una declaración-resumen anual.

Respecto a la primera de las obligaciones, como han de formar parte del censo de empresarios, tendrán que realizar la correspondiente declaración censal de alta. En consecuencia, nuestro particular tendrá que realizar dicha declaración de alta en el censo en el momento en que comienza su actividad empresarial, esto es, desde que empiece a asumir los gastos relativos a la ejecución material de la obra. Y, dado que realiza la actividad con carácter ocasional, tendrá que cursar la

correspondiente baja en el censo en el mes siguiente a que se efectúe la transmisión del terreno en curso de urbanización, pues es en ese momento cuando cesa en sus actividades empresariales.

Otra consecuencia importante del carácter de empresario conferido al particular urbanizador es que las parcelas resultantes de la urbanización de los terrenos de los que es propietario pasan a formar parte de su patrimonio empresarial, de modo que cuando las transmita, deberá devengar el IVA correspondiente.

En cuanto a las obligaciones de declaraciones trimestrales y de resumen anual de IVA, tendrán que presentar aquellas incorporando a las mismas las cuotas soportadas por la obra de urbanización y las devengadas por la transmisión del terreno urbanizado, lo cual arrojará una cuota a ingresar o a compensar, pudiendo, en este último caso, pedir la devolución de acuerdo con los trámites previstos al efecto en la Ley del IVA.

En conclusión, parece que al particular no empresario le complica, a priori, convertirse en urbanizador y, por tanto en sujeto pasivo de IVA, por una operación aislada sobre los terrenos de su propiedad, puesto que le conmina a presentar declaraciones fiscales y a cumplir formalidades tributarias a las que, de otro modo, no estaría obligado. Sin embargo, la calificación fiscal no es la que al particular le interesa o no, sino la que viene impuesta por la realidad de los hechos.

Existen diversos elementos de juicio, establecidos por la administración tributaria, que se pueden tomar en consideración para acreditar los elementos objetivos que puedan confirmar la intención de desarrollar una actividad empresarial o profesional a efectos del impuesto y que son comúnmente aceptados por la Dirección General de Tributos (Consulta V 1597-05).

El elemento objetivo más adecuado que se puede tomar en consideración es el de la naturaleza de los terrenos a urbanizar. Si dichos terrenos tienen como finalidad albergar un polígono industrial o se les ha asignado un uso terciario, no residencia, parece admisible la presunción de que el uso que el propietario de los terrenos va a dar a los mismos será, efectivamente, empresarial. En cambio, si el uso asignado a los terrenos va a ser residencial, las conclusiones no son tan claras. El propietario puede ser dueño de una gran área de terreno y, por tanto, de una cantidad de metros edificables que hace presumir que no puedan ser dedicados en su totalidad al consumo final del propietario. Por el contrario, puede tratarse de una cantidad de terreno que sí podría dedicar a su propio consumo, convirtiéndose en promotor de su propia vivienda. Hay que tener en cuenta que la promoción de una vivienda realizada por una persona física que ha de habitarla al margen y con independencia del ejercicio de una actividad empresarial o profesional no está sujeta a IVA. Esto, puesto que al realizar la promoción de la construcción de dicha vivienda con la intención de destinarla a su propio uso, el promotor está actuando como consumidor final, no como empresario.

De lo anterior se extrae una conclusión importante: la condición de empresario del particular que urbaniza o promueve la urbanización de terrenos está vinculada a la intención de venta, cesión o adjudicación por cualquier título, hasta el punto de que si falta este ánimo, la consideración de empresario quebrará y las operaciones de urbanización y posterior transmisión de las parcelas urbanizadas se realizarán al margen del ámbito de aplicación del IVA.

En estos dos casos citados, no bastaría con considerar la naturaleza de los terrenos para aplicar la presunción, sino que se necesitarían otros elementos objetivos que puedan confirmar que el destino de dichos terrenos, una vez urbanizados o en curso de urbanización, es transmitirse a un tercero. Esta acreditación puede efectuarse por cualesquiera de los medios de prueba admitidos en derecho (Dirección General de Tributos, Consulta V1175-05).

V.- Los derechos al aprovechamiento urbanístico de los que es titular el propietario del suelo

En los procesos urbanísticos se suele negociar con un elemento distinto al de los terrenos, el cual viene constituido por el derecho al aprovechamiento urbanístico o edificabilidad.

En relación con el tratamiento fiscal de las operaciones que tienen por objeto derechos de aprovechamiento urbanístico, la Dirección General de Tributos ha considerado que dichas operaciones han de ser calificadas como entregas de bienes, en la medida en que recaen sobre el suelo y no pueden transmitirse por quien no sea propietario del mismo.

Como se ha puesto de manifiesto por la doctrina, esta interpretación es discutible, puesto que en dichas operaciones puede ocurrir que efectivamente se esté completando el derecho de aprovechamiento urbanístico que necesita un propietario para tener derecho a la adjudicación de una determinada parcela que necesariamente va a incorporar una edificabilidad determinada de antemano y para cuya adjudicación precisa de dicho derecho. Hay que tener en cuenta que el derecho de aprovechamiento urbanístico es distinto del derecho de propiedad del suelo, pudiéndose definir como un bien inmaterial de naturaleza inmobiliaria susceptible de intervenir en el tráfico jurídico y que incluso tiene acceso al Registro de la Propiedad.

VI.- Las juntas de compensación o agrupaciones de interés urbanístico

Ocurre habitualmente que la urbanización de terrenos no se realiza por sus propietarios de manera aislada o independiente, lo cual es todavía más frecuente en el caso que contemplados del propietario que es un particular no empresario. En tales casos, los propietarios de los terrenos a urbanizar realizan las obras de urbanización a través de alguno de los sistemas de ejecución existentes, entre los que destacamos el de compensación.

Mediante este sistema, se crea un ente urbanizador denominado Junta de Compensación o Agrupación de Interés Urbanístico, la cual puede o no tener carácter fiduciario.

Si la Junta de Compensación tiene carácter fiduciario, esto es, la incorporación de los propietarios del suelo no supone la transmisión de la propiedad del mismo a dicha Junta, sus miembros –los que siguen siendo propietarios de los terrenos– se convertirán en empresarios desde el momento en que comiencen a serles repercutidos los costes de la urbanización de los terrenos, en forma de derramas que vendrán calculadas según el porcentaje que represente la superficie del suelo propiedad de cada miembro respecto de la superficie total del suelo a urbanizar por la Junta de Compensación.

En este caso de Junta de Compensación de carácter fiduciario, la propia Junta –que también tiene el carácter de empresaria– gestionará y recibirá unos servicios de urbanización que, a su vez, prestará a sus miembros, en su calidad de titulares de los terrenos a urbanizar. Por los servicios recibidos, la Junta de Compensación soportará las cuotas de IVA y a su vez las repercutirá a sus miembros (insistimos, los propietarios de los terrenos). Y, una vez culminada la urbanización de los terrenos, los propietarios tendrán afectas las parcelas resultantes a su patrimonio empresarial, en los mismos términos establecidos anteriormente.

En el caso contrario, si la Junta de Compensación no tiene carácter fiduciario, implica que la incorporación a la Junta por los propietarios de los terrenos supone la transmisión a la misma de su propiedad, de forma que la Junta de Compensación se convierte en la propietaria del suelo a urbanizar y, una vez culminada la urbanización, cuyo resultado serán parcelas aptas para la edificación, transmitirá la propiedad de dichas parcelas a los anteriores propietarios del suelo, de forma que estos volverán a convertirse en propietarios de las mismas. En este caso, las transmisiones realizadas por parte de los propietarios a la Junta de Compensación sólo estarán sujetas a IVA en el caso de que esos propietarios fueran ya empresarios antes de esta operación y con independencia de la misma. No entramos a considerar la exención existente en esta materia por ser un supuesto que se aleja de nuestro tema de estudio.

En conclusión, la transmisión de la propiedad terrenos por parte de particulares no empresarios a la Junta de Compensación no convierte a estos particulares en empresarios a los efectos examinados en el presente trabajo.

VII.- Otros sistemas de ejecución urbanística

En relación con el sistema de cooperación, la realización de obras de urbanización atribuye al propietario de los terrenos que es particular, no empresario, la condición de tal empresario desde que comiencen a serle repercutidos los costes de las obras de urbanización, por lo que la venta posterior de las parcelas resultantes del proceso urbanizador están sujetas a IVA. Es decir, en este caso se llega al mismo tratamiento fiscal para el particular no empresario que en el examinado respecto de las Junta de Compensación de carácter fiduciario.

Por último, respecto de la entrega de terrenos afectados por un expediente expropiatorio, sólo habrá sujeción a IVA en el caso de que el propietario de los terrenos expropiados fuera ya, per se, empresario o profesional; o en el caso de que se hubiera convertido en empresario en virtud de lo dispuesto en el art. 5.d) LIVA, por encontrarse los terrenos urbanizados o en curso de urbanización, en los términos estudiados, antes de llevarse a cabo la expropiación.