

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

15 de marzo de 2021

Antonio Barba (Coordinador)
José Manuel Calderón
David Cañabate
Albert Collado
José Luis Gonzalo
Ramón López de Haro
M^a Teresa Ruiz de Azúa
Víctor Viana

En respuesta a las peticiones recibidas de distintos asociados de la AEDAF, este documento analiza la posible incompatibilidad con el Derecho de la UE de las restricciones a la deducibilidad de gastos por alquiler en los rendimientos del capital inmobiliario percibidos por no residentes en la UE-EEE.

1. La normativa española potencialmente contraria al Derecho de la Unión

1. En caso de que estos rendimientos fueran percibidos por un individuo no residente; ¿podrían los gastos asociados a la inversión inmobiliaria minorar la base imponible del Impuesto? La respuesta es: “depende”. Depende del ejercicio al que nos refiramos y del Estado de residencia en concreto del sujeto pasivo.
2. En términos generales, el 24.1 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes (“IRNR”) prevé que la base imponible correspondiente a los rendimientos obtenidos sin mediación de establecimiento permanente estará constituida por su importe íntegro, en aplicación de las normas de la Ley del IRPF. Esto supone una equiparación de la base imponible al importe bruto del rendimiento percibido por la persona física no residente, excluyéndose, por tanto, la posibilidad de deducir los gastos asociados a la inversión inmobiliaria.

3. La más que evidente discriminación en el trato a los no residentes provocó que, en el año 2010, la Comisión incoara un procedimiento de infracción contra España (IP/08/1553), sobre la base de que, la regulación vigente en aquel momento resultaba contraria a la libre circulación de capitales prevista en el actual artículo 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“**TFUE**”).
4. Como resultado de este procedimiento, el legislador español introdujo un nuevo apartado 6 en el artículo 24 de la Ley del IRNR, en cuya virtud se permite a los residentes en un Estado Miembro de la Unión Europea (“**UE**”) deducir los gastos directamente relacionados con los rendimientos obtenidos en España (incluidos, por supuesto, los “gastos necesarios” derivados de los rendimientos inmobiliarios), tributando de este modo sobre la renta neta. Tras una sucesiva reforma del referido apartado 6, se extendió, a partir de 2015, la tributación sobre rentas netas a los residentes en un país del Espacio Económico Europeo (“**EEE**”).
5. No obstante, esta extensión no incluyó a los residentes en terceros estados, que siguen obligados a integrar en su base imponible del IRNR la renta bruta derivada de la inversión inmobiliaria, sin posibilidad alguna de deducir los gastos asociados a dicha inversión.
6. Esta diferencia de trato debe ser analizada a la luz del Derecho de la UE, y en particular, bajo la óptica de la libertad de circulación de capitales, lo que incluye la interpretación que, de esta a libertad, ha realizado en reiteradas ocasiones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“**TJUE**”).

2. La compatibilidad de la norma española con el Derecho de la Unión

7. El TFUE consagra en su artículo 63 la libertad de circulación de capitales, una de las cuatro libertades fundamentales sobre las que se construye el Derecho de la UE. Esta libertad, no obstante, presenta una particularidad de vital relevancia a los efectos que nos ocupan: no solo queda prohibida toda restricción a los movimientos de capitales entre Estados Miembros de la UE, sino que, desde el año 1994, también se extiende a los movimientos entre Estados Miembros y terceros Estados.
8. Asumiendo que la libertad en juego en el caso de las rentas inmobiliarias es la libre circulación de capitales – lo que resulta coherente con el criterio seguido por la Comisión en el procedimiento de infracción –, *a priori*, los derechos reconocidos a residentes nacionales, europeos y residentes en terceros Estados deberían ser equivalentes, pues debe recordarse que la libre circulación de capitales es la única de las libertades fundamentales que se encuentra “liberalizada”. En este caso, este planteamiento implicaría necesariamente que los últimos tributaran también por sus rentas inmobiliarias netas.
9. No obstante, la libertad de circulación de capitales contiene una importante excepción recogida en el artículo 64 del TFUE, que se conoce como la *grandfathering clause* o la cláusula *standstill*. En virtud de esta cláusula, se permite el mantenimiento de las restricciones vigentes a 31 de diciembre 1993 en materia de movimientos de capitales, con destino a terceros países o procedentes de ellos, que supongan inversiones directas, incluidas las inmobiliarias, el establecimiento, la prestación de servicios financieros o la admisión de valores en los mercados de capitales.
10. La cuestión, por tanto, radica en determinar si la restricción derivada de la aplicación práctica del artículo 24 de la Ley del IRNR y que perjudica exclusivamente sujetos

residentes en terceros estados, supone una vulneración de la libertad de circulación de capitales¹, o, por el contrario, podría quedar amparada por la cláusula *standstill*. Para que ocurra esto último, como se ha indicado, la restricción (esto es, la diferencia de trato contraria a los contribuyentes no residentes) debería existir a 31 de diciembre de 1993.

11. En este sentido, el primer interrogante a resolver debe ser, necesariamente, determinar si la regla de cálculo de la base imponible aplicable a los no residentes extracomunitarios estaba vigente en el ordenamiento español a 31 de diciembre de 1993 o si, en cambio, se introdujo con posterioridad a esta fecha. En primer lugar, cabe reparar que, la norma actual del Impuesto es, desde luego, posterior a esta fecha, en la medida en que su entrada en vigor se produjo el 13 de marzo de 2004. Ello, no obstante, no implica automáticamente que la regla concreta, en cuya virtud nace la discriminación, coincida con la entrada en vigor de la norma actual.
12. Así, si la normativa aprobada con posterioridad a la causante de la restricción es esencialmente idéntica a la anterior o subsana obstáculos previos, puede considerarse compatible con el elemento temporal de la norma; ahora bien, si se basa en una lógica diferente y establece procedimientos nuevos, no puede considerarse vigente a 31 de diciembre de 1993². De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, la norma restrictiva posterior a dicha fecha quedaría amparada por la cláusula *standstill* si, por ejemplo, únicamente supone diferencias de redacción que no afectan a la lógica del marco jurídico relevante³.
13. En el ordenamiento jurídico español, si bien la deducción de gastos ha sido una constatación en el gravamen de las personas residentes, 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. Nótese que este texto aún regulaba, simultáneamente, la sujeción al Impuesto por obligación personal (i.e. sujetos residentes) y por obligación real (i.e. sujetos no residentes).
14. En particular, el artículo 18. Cuatro de dicha Ley establecía que la determinación del rendimiento de los bienes inmuebles percibidos por personas físicas sujetas por obligación real al Impuesto (sin establecimiento permanente), debía obedecer a lo dispuesto en el artículo 34 de dicha norma. Este artículo contenía la relación de rendimientos considerados del capital inmobiliario, pero no los gastos de carácter deducible, que se encontraban regulados en el artículo 35.
15. Esta remisión exclusiva al artículo 34, y no conjuntamente al 34 y 35, puede entenderse como constitutiva de la misma restricción, en esencia, que la establecida por el actual artículo 24 de la Ley del IRNR, al compeler a los no residentes a integrar en su base imponible los rendimientos íntegros derivados de la inversión, obviando así la posibilidad de deducir los gastos incurridos con ocasión de esta.
16. Una vez confirmado que, aparentemente, la restricción se originó con anterioridad a la extensión de la libertad a residentes en terceros estados, deviene necesario analizar el segundo pilar de la cláusula *standstill*; esto es, la naturaleza de la

¹ Este análisis, conforme al criterio del TJUE (sentencia de 17 junio 2010, C-105/08), ha de realizarse considerando la tributación global soportada por cada sujeto, considerando todos los elementos del gravamen. A estos efectos, resulta asimismo esencial que los residentes y no residentes se encuentren en una situación comparable (sentencia del TJUE de 13 de julio de 2016, C-18/15).

² Por todas, sentencia del TJUE de 23 de abril de 2009 (caso C-460/07, Puffer, párrafo 87).

³ Sentencia del TJUE de 5 de mayo de 2011 (caso C-348/09 Prunus, párrafo 36).

restricción. Recordemos que, conforme al artículo 64 del TFUE, serán acordes con el ordenamiento aquellas restricciones en materia de movimientos de capitales anteriores al 31 de diciembre de 1993 “*que supongan inversiones directas, incluidas las inmobiliarias, el establecimiento, la prestación de servicios financieros o la admisión de valores en los mercados de capitales*”. Por el contrario, las restricciones relativas otras inversiones, las denominadas inversiones *portfolio* o de cartera, no pueden en ningún caso quedar amparadas por la cláusula *standstill*.

17. Dado que la restricción objeto de análisis hace referencia a los rendimientos del capital inmobiliario, resulta necesario constatar si ésta se encuentra incluida en el concepto de “*inversiones directas, incluidas las inmobiliarias*”, lo que conlleva inevitablemente un análisis de dicho concepto a la luz de los precedentes normativos y jurisprudenciales.
18. La sentencia del TJUE de 17 de octubre de 2013 (C-181/12, Welte) ya analizó el concepto de inversión inmobiliaria directa en el marco de la sujeción al impuesto sobre sucesiones alemán de un bien inmueble heredado por un extracomunitario. En este aspecto, resulta muy relevante la remisión que el tribunal hace a la derogada Directiva del Consejo de 24 de junio de 1988 para la aplicación del artículo 67 del Tratado (88/361/CEE) (“**Directiva 88/361**”). Esta Directiva contenía en su Anexo I una nomenclatura de aquellos movimientos que quedaban amparados por la libre circulación de capitales, incluyendo, en su epígrafe I, las inversiones directas, y en su epígrafe II, las inversiones inmobiliarias no incluidas en la categoría I. En este sentido, el Tribunal otorga un “valor indicativo” a estas nomenclaturas a falta de la definición en el TFUE del concepto de “movimientos de capital” (párrafo 19).
19. El TJUE, tras declarar que la norma en cuestión suponía una restricción a la libre circulación de capitales a efectos del artículo 56 del tratado de la Comunidad Europea (“**Tratado CE**”) (actual artículo 63 TFUE), procede a analizar si dicha restricción quedaría amparada por la cláusula *standstill* del artículo 57 Tratado CE (actual artículo 64 TFUE). Bajo la premisa de que la cláusula ha de ser interpretada en sentido estricto⁴ por ser una excepción a una libertad fundamental, concluye que la misma, al referirse a “*inversiones directas, incluidas las inmobiliarias*”, únicamente está aludiendo a las inversiones inmobiliarias que constituyen inversiones directas según el epígrafe I del Anexo I de la Directiva 88/361, excluyendo así aquellas inversiones inmobiliarias de carácter “patrimonial” subsumibles en el epígrafe II del Anexo I de dicha directiva que se efectúan con fines privados sin relación con el ejercicio de una actividad económica (párrafo 35).
20. La lectura de la referida sentencia nos lleva a la conclusión de que, aparentemente, cualquier restricción de carácter fiscal sobre las inversiones inmobiliarias que no sean consideradas inversiones directas, según la Directiva 88/361, debe entenderse como contraria a la libertad de movimiento de capitales, independientemente de si su entrada en vigor en el ordenamiento nacional hubiese tenido lugar con anterioridad al 31 de diciembre de 1993. Ahora bien, ¿cómo puede determinarse en la práctica si una inversión inmobiliaria debe considerarse una inversión directa?
21. Para aportar mayor claridad a la definición de dicho concepto, podemos basarnos, en primer lugar, en fuentes normativas y jurisprudenciales europeas. Así, por un lado, el Anexo I de la Directiva 88/361 y, en particular, sus notas explicativas, establecen que las inversiones inmobiliarias se entienden como “las compras de propiedades edificadas o sin edificar, así como la construcción de edificios realizada por particulares con fines lucrativos o personales” (“*purchases of buildings and land*”).

⁴ Sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2008 (Caso C-11/07 Eckelkamp, párrafo 57)

and the construction of buildings by private persons for gain or personal use”). A su vez, respecto a las inversiones directas, el Anexo vincula el concepto con la realización de una actividad económica, concepto que “debe entenderse en su sentido más amplio”.

22. Por otro lado, el TJUE considera, en el caso Welte, que la vivienda perteneciente a los ascendientes de la causante tendría la condición de pura inversión inmobiliaria, sin alcanzar el estatus de inversión directa, al constituir una inversión de carácter patrimonial efectuada con fines privados sin relación con el ejercicio de una actividad económica.
23. Expuesta la relevancia del concepto de actividad económica, el uso y la intensidad con la que se utilice o explote el bien inmueble supone un elemento clave a la hora de considerar si nos encontramos ante una inversión inmobiliaria a efectos de la cláusula *standstill*. Esto es, las inversiones inmobiliarias “afectas al ejercicio de una actividad económica” caerían bajo la cláusula *standstill*, mientras que las “patrimoniales” no lo harían, lo que prohibiría para estas últimas una discriminación de naturaleza tributaria.
24. Más allá de los indicios aportados por la Directiva 88/361 y la jurisprudencia del TJUE, y si bien el concepto de inversión directa es un concepto jurídico comunitario, en vista de que la norma potencialmente contraria al Derecho de la UE pertenece al ordenamiento jurídico español, también podría plantearse el recurso al concepto de actividad económica presente tanto en la ley del IRPF (artículo 27.1) como del IS (artículo 5.1). Estas lo definen como “la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios”. Adicionalmente, ambas realizan una precisión acerca de cuándo el arrendamiento de inmuebles constituirá actividad económica, exigiendo para ello que en la ordenación de la actividad “se utilice, al menos, una persona empleada con contrato laboral y jornada completa⁵”.
25. Llegados a este punto, la duda se resume en la adopción de un concepto amplio de actividad económica (según requiere el Anexo de la Directiva 88/361) que comprenda cualquier bien inmueble explotado en alquiler, o un concepto que, inspirado en la normativa interna⁶ y respetuoso con la interpretación estricta del artículo 64.1 del TFUE, requiera la existencia de unos medios personales cualificados (en concreto, pudiera ser un trabajador contratado a jornada completa).
26. Según se ha expuesto, si se adopta el segundo enfoque, no serían válidas las restricciones que existan en el ordenamiento español (independientemente de si se incluyeron antes o después del 31 de diciembre de 1993) sobre dichas inversiones inmobiliarias gestionadas sin empleados contratados para ello. Bajo esta lógica, una norma, como el artículo 24.1 de la Ley del IRNR, 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 (como las nombradas más

⁵ El arrendamiento de inmuebles puede realizarse de forma exclusiva o junto con otras actividades, pero en cualquier caso es necesario cumplir con el requisito de persona empleada para la gestión de la actividad de arrendamiento (consulta de la Dirección General de Tributos V3744/2015).

⁶ Nótese también que la incidencia de los medios disponibles para la gestión de los alquileres aflora en la interpretación que la Dirección General de Tributos realiza respecto de la existencia de un establecimiento permanente en España dedicado a la actividad de arrendamiento de inmuebles (por todas, consultas V0077-18, V0787-18 y V2085-18) o incluso en el criterio que el TJUE emplea para identificar si la aplicable es la libertad de establecimiento o la libre circulación de capitales (sentencia de 11 de octubre de 2007, caso C-451/05 ELISA, párrafo 65).

arriba), sería contraria al Derecho de la UE, y en concreto, a la libertad de movimientos de capitales reconocida a residentes en terceros estados.

27. En este punto, y sin perjuicio de que, indudablemente, no estemos ante una cuestión pacífica, se plantea inevitablemente un interrogante; ¿por qué motivo la Comisión, conocedora del alcance de esta libertad, no ha denunciado esta situación, como sí lo hizo cuando la vulneración afectaba a los residentes en la Unión Europea?
28. Dado que esta libertad se ha extendido a los residentes en terceros estados en virtud de una norma de Derecho primario (que incluso contempla expresamente los cauces necesarios para un retroceso en dicha liberalización – art. 64.3 del TFUE), lo lógico sería que los organismos europeos se involucraran en preservar su cumplimiento con el mismo interés con el que salvaguardan el respeto a las disposiciones restantes.
29. Desde luego, no sería la primera vez que nos encontramos ante la indiferencia de la Comisión cuando se trata de restricciones aplicables a residentes en terceros estados. Así, esta misma situación nos recuerda peligrosamente a la restricción en materia de deducciones y bonificaciones en el ámbito del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Como es sabido, el procedimiento infractor incoado por la Comisión concluyó con una sentencia del TJUE que provocó la modificación de la norma española, pero únicamente en lo referente a los residentes en estados de la UE. Tuvo que ser el Tribunal Supremo el órgano encargado de extender este derecho a residentes en terceros estados, que lo hizo en virtud de los principios de efecto directo y primacía del Derecho de la UE sin considerar necesario recabar el apoyo interpretativo del TJUE vía cuestión prejudicial.
30. Si dejamos al margen razones de oportunidad política, podríamos pensar que la Comisión limitó sus actuaciones al ámbito del EEE por entender que, en la medida en que la libre circulación de capitales en el caso de extracomunitarios opera en un contexto jurídico diferente, la discriminación pudiera justificarse con base en razones imperiosas de interés general (como puede ser, descartar la existencia de dobles deducciones), con la intención de preservar un sistema tributario coherente.
31. Precisamente, el TJUE se ha pronunciado a este respecto en varias ocasiones, avalando aquellas diferencias de trato que pudieran justificarse por estos motivos imperiosos de interés general⁷, condicionando, por ejemplo, la no discriminación a la existencia de acuerdos de asistencia administrativa mutua entre los Estados, a los efectos de garantizar que las respectivas Administraciones tributarias puedan controlar, en la práctica, los aspectos relevantes en la aplicación de la norma. Pero recordemos: siempre es necesario que la aplicación de dicha restricción sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no exceda de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo⁸.

3. Otras restricciones en materia de rentas inmobiliarias

32. Como apunte final, resulta imprescindible recordar que la deducibilidad de gastos no es la única discriminación potencialmente contraria a Derecho de la Unión Europea en materia de inversiones inmobiliarias.

⁷ En este sentido véase la Sentencia de 26 de febrero de 2019 (caso C-135/17 X GmbH).

⁸ Sentencia de 18 de octubre de 2012, C-498/10, apartado 36.

33. Así, si bien el artículo 23.2 de la Ley del IRPF permite aplicar una reducción del 60% sobre las rentas netas derivadas de inmuebles destinados a viviendas, el artículo 24 de la Ley del IRNR parece olvidarse de esta reducción.
34. En esta ocasión, por tanto, nos encontramos ante una discriminación que no solo afecta a residentes en terceros estados, sino también a residentes Comunitarios. Tal vez este sea el motivo que ha despertado el interés de la Comisión que, en una hoja informativa emitida con fecha 7 de marzo de 2019, invita a España a eliminar: “*un trato fiscal discriminatorio para los no residentes en relación con los ingresos derivados del alquiler de viviendas. A efectos del impuesto sobre la renta, las personas físicas residentes disfrutan de una reducción del 60 % de los ingresos netos obtenidos por el alquiler de bienes inmuebles utilizados por el arrendatario como vivienda. (...) Así pues, los inversores de otros Estados miembros de la UE o del EEE están sujetos a un trato diferente que restringe indebidamente la libre circulación de capitales (artículo 63 del TFUE).*” Si bien la Comisión ha iniciado formalmente el procedimiento de infracción INFR(2018)4085, debe destacarse que el TEAC no se siente vinculado por él, y ha renunciado recientemente a corregir la discriminación⁹.
35. Los argumentos que permitirían extender esta reducción a los contribuyentes extracomunitarios son idénticos a los que hemos planteado en la sección anterior, a los que nos remitimos. Una vez más, la Comisión se fija exclusivamente, en el perjuicio causado en el marco de la Unión Europea, obviando de manera flagrante que, por mandato expreso de la normativa europea, la libre circulación de capitales es un derecho reconocido a terceros estados. Seguiremos de cerca este procedimiento, en el que nos tememos que nuestro legislador se limite a eliminar la restricción en el ámbito comunitario obligando a los contribuyentes a acudir a los tribunales para lograr extender un tratamiento fiscal equivalente a los extracomunitarios.

El Grupo de Expertos en Fiscalidad y Precios de Transferencia agradece expresamente a Laura Barandiarán Garro y Eduardo Sánchez Paz, miembros del grupo de asociados jóvenes de la AEDAF, su colaboración en la preparación de este documento.

La reproducción, copia, uso, distribución, comercialización, comunicación pública o cualquier otra actividad que se pueda realizar con el contenido de este documento, incluida su publicación en redes sociales, queda condicionada a previa autorización de la AEDAF.

⁹ Resolución de 24 de noviembre de 2020 (res. 4795/2019).