



Resolución 2014R-2239-13 del Ararteko, de 5 de mayo de 2014, por la que se recomienda al Ayuntamiento de Zarautz que analice la prueba aportada sobre la residencia habitual en el inmueble (consumos de suministros) y, en su caso, revoque de oficio la liquidación girada al reclamante en concepto de IBI con recargo.

Antecedentes

1. Un ciudadano ha solicitado la intervención del Ararteko, porque el Ayuntamiento de Zarautz ha incluido y gravado con un recargo del 100% sobre la cuota líquida del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI), ejercicio 2013, la vivienda de la que es propietario en ese municipio.
2. Esta vivienda, según acredita el contrato de cesión de uso aportado por el reclamante, se encuentra transmitida en régimen de cesión de uso gratuito desde el día 20 de diciembre de 2011.
3. El afectado presentó alegaciones ante el Ayuntamiento de Zarautz en las que incidía en que la vivienda está siendo ocupada en régimen de cesión de uso gratuito desde diciembre de 2011. Asimismo, con el fin de acreditar la efectiva ocupación del inmueble y que éste constituye la residencia habitual de la cesionaria, aportó copia de los consumos de gas, electricidad, agua y basuras habidos en dicha vivienda durante el ejercicio 2012. Sin embargo, esa entidad local desestimó la reclamación, ya que, *"el contrato presentado no se correspondía con un contrato de arrendamiento"*.
4. El reclamante rechaza la aplicación del mencionado recargo del 100% sobre la cuota líquida del IBI, porque la Norma Foral admite la transmisión del uso de la vivienda a favor de terceras personas no sólo en régimen de arrendamiento sino también en régimen de cesión de uso del inmueble.

Manifiesta, además, que la residencia habitual es una cuestión de hecho, cuya realidad y acreditación no se puede hacer depender de manera única y exclusiva de la inscripción en el padrón municipal.

5. Efectuamos una petición de informe al Ayuntamiento de Zarautz -cuya argumentación no reproducimos en estos antecedentes, para no resultar reiterativa- en la que se solicitaba que se reconsiderase la decisión adoptada.
6. En su respuesta, el Ayuntamiento de Zarautz pone de manifiesto que el Pleno de ese ayuntamiento aprobó, con fecha 31 de octubre de 2012, la Ordenanza Fiscal nº 1 y que ésta no fue objeto de impugnación ni en vía administrativa, ni en vía jurisdiccional. Asimismo, incide en que, aprobada la Norma Foral 4/2012, esa entidad local no puede sino aplicar su contenido, *"limitándose su margen a establecer el porcentaje del recargo, con un límite de hasta el 150 por 100 de la cuota líquida del impuesto"*.



En relación con el recargo, se puntualiza que su aplicación no se ha unido al concepto de vivienda vacía sino al de vivienda que no constituye residencia habitual.

Se precisa, además, que *“No se han tenido en cuenta otros medios de prueba para acreditar que la vivienda estaba ocupada de manera permanente, al aplicarse el recargo, al concepto de vivienda habitual y no al de vivienda vacía, y que en base a la Norma Foral 12/1989 “un inmueble de uso residencial es residencia habitual cuando a fecha de devengo del impuesto, en el padrón del municipio donde radique la vivienda conste que constituye la residencia habitual de su o sus ocupantes”.*

Y se incide en que el afectado *“no ha aportado documentación que acredite que a dicha vivienda le es de aplicación alguno de los supuestos recogidos en el apartado de EXENCIONES al recargo regulado en el Anexo de la Ordenanza Fiscal nº 1, en este caso contrato de arrendamiento alguno, ya que como hemos señalado en el supuesto de constituir la residencia habitual de un tercero, debe de aportarse contrato de arrendamiento, o certificado de empadronamiento a 1 de enero del ejercicio fiscal correspondiente.”*

A la vista de estos antecedentes, hemos estimado oportuno elaborar esta resolución, en conformidad con las siguientes:

Consideraciones

1. Nuestra intervención se ha de ceñir al concreto caso planteado, para ello, debemos abordar el planteamiento de la queja, de acuerdo con las previsiones que recoge la ordenanza fiscal aprobada por el Ayuntamiento de Arauz, pero sobre la base de la regulación que, a este respecto, establecen la norma foral que da cobertura y soporte a dicha ordenanza municipal. En consecuencia, se ha de partir de la nueva redacción que la Norma Foral 4/2012 da al artículo 14.5 de la Norma Foral 12/1989, de 5 de julio, del Impuesto sobre Bienes Inmuebles en el Territorio Histórico de Gipuzkoa. Este artículo señala que:

“Tratándose de bienes inmuebles de uso residencial que no constituyan la residencia habitual del sujeto pasivo o de terceros por arrendamiento o cesión de su uso, los Ayuntamientos podrán exigir un recargo de hasta el 150 por 100 de la cuota líquida del Impuesto. Dicho recargo, que se exigirá a los sujetos pasivos de este tributo, se devengará en el mismo momento que el impuesto sobre el que se aplica y se liquidará anualmente, conjuntamente con la cuota.



A efectos de la aplicación del presente recargo, se entenderá por inmuebles de uso residencial los locales que estén recogidos como de uso o destino de vivienda en el Catastro. Se incluirán los anexos a la vivienda siempre que formen una finca registral única. A los mismos efectos, se presumirá que un inmueble de uso residencial es residencia habitual cuando a fecha de devengo del impuesto, en el padrón del municipio donde radique la vivienda conste que constituye la residencia habitual de su o sus ocupantes.

No obstante lo anterior, los Ayuntamientos podrán establecer en sus Ordenanzas Fiscales supuestos a los que no resulte de aplicación el recargo previsto en el presente apartado."

2. La Ordenanza municipal del Ayuntamiento de Zarautz, que regula el Impuesto sobre Bienes Inmuebles para el año 2013, fue publicada en el BOG nº 245, de 26 de diciembre de 2012 y en su apartado tercero del Anexo indica:

"III. RECARGOS

Tratándose de bienes inmuebles de uso residencial que no constituyan la residencia habitual del sujeto pasivo o de terceros por arrendamiento o cesión de su uso, el Ayuntamiento de Zarautz exigirá un recargo del 100 por 100 de la cuota líquida del Impuesto. Dicho recargo, que se exigirá a los sujetos pasivos de este tributo, se devengará en el mismo momento que el impuesto sobre el que se aplica y se liquidará anualmente, conjuntamente con la cuota.

A efectos de la aplicación del presente recargo, se entenderá por inmuebles de uso residencial los locales que estén recogidos como de uso o destino de vivienda en el Catastro. Se incluirán los anexos a la vivienda siempre que formen una finca registral única. A los mismos efectos, se presumirá que un inmueble de uso residencial es residencia habitual cuando a fecha de devengo del impuesto, en el padrón del municipio donde radique la vivienda conste que constituye la residencia habitual de su o sus ocupantes.

Exenciones al recargo:

1. *Los que gocen de alguna bonificación tributaria en el impuesto.*
2. *Los afectos a actividades dados de alta en la matrícula del Impuesto sobre Actividades Económicas del Ayuntamiento.*
3. *Las viviendas que han estado arrendadas más de 10 meses en el ejercicio. Se deberá presentar la solicitud y documentación para su aplicación."*



3. Alega el Ayuntamiento de Zarautz que la ordenanza fiscal reguladora del IBI no ha sido objeto de impugnación ni en vía administrativa ni en vía jurisdiccional. Asimismo, esa entidad local expone que el Ayuntamiento de Zarautz no puede sino recoger en su ordenanza el contenido del art. 14.5 de la Norma Foral 12/1989, reguladora del Impuesto sobre Bienes Inmuebles *“limitándose su margen a establecer el porcentaje del recargo, con un límite de hasta el 150 por 100 de la cuota líquida del impuesto”*.

En relación con esta argumentación entendemos oportuno precisar que nada obsta para que las y los ciudadanos puedan cuestionar la aplicación del recargo, a pesar de que no hayan cuestionado el texto de la ordenanza ni durante el procedimiento de su tramitación, ni una vez publicada su aprobación con carácter definitivo.

Por lo que afecta a la obligación de cumplir el texto de la Norma Foral, efectivamente, el Ayuntamiento de Zarautz, por expresa previsión del art. 7 de la Norma Foral 11/1989, de 5 de julio, reguladora de las Haciendas Locales de Gipuzkoa, no puede a través de sus ordenanzas fiscales contravenir el contenido material de una norma foral.

Sin embargo, en este caso concreto, al aplicarse el recargo a un supuesto de cesión de uso de una vivienda, porque, según indica el Ayuntamiento de Zarautz, *“no ha aportado documentación que acredite que a dicha vivienda le es de aplicación alguno de los supuestos recogidos en el apartado de EXENCIONES al recargo regulado en el Anexo de la Ordenanza Fiscal nº 1, en este caso contrato de arrendamiento alguno, ya que como hemos señalado en el supuesto de constituir la residencia habitual de un tercero, debe de aportarse contrato de arrendamiento, o certificado de empadronamiento a 1 de enero del ejercicio fiscal correspondiente.”*; ese ayuntamiento está obviando no sólo el propio tenor literal de su ordenanza, al definir el *hecho imponible* del recargo, sino también el contenido material de la Norma Foral reguladora del IBI, a pesar de que, por expresa previsión normativa, se encuentra vinculado por él.

Esto es, la Norma Foral, delimita el ámbito de aplicación del recargo, un ámbito de aplicación que, en todo caso, ha de ser respetado por las entidades locales.

Como se ha avanzado, el tenor literal del art. 14.5 de la Norma Foral contempla tres supuestos en relación con la residencia habitual de bienes inmuebles de uso residencial, la residencia habitual que realiza el propio sujeto pasivo del impuesto, la residencia habitual de un tercero en virtud de un contrato de arrendamiento y la residencia habitual de ese tercero en virtud de una cesión de uso.

De hecho, este artículo comienza así: *“Tratándose de bienes inmuebles de uso residencial que no constituyan la residencia habitual del sujeto pasivo o de terceros por arrendamiento o cesión de su uso, los Ayuntamientos podrán exigir un recargo de hasta el 150 por 100 de la cuota líquida del Impuesto.”*



Esto es, *a contrario sensu*, los ayuntamientos no podrán exigir un recargo en relación con los bienes inmuebles de uso residencial que constituyan la residencia habitual del sujeto pasivo o de terceros por arrendamiento o cesión de su uso.

Luego, ineludiblemente, los municipios de Gipuzkoa han de recoger, incorporar y tomar en consideración los supuestos de cesión de uso de las viviendas. No hacerlo supone una extralimitación en las facultades de las entidades locales que no encuentra cobertura en la norma foral.

La norma foral, en el último inciso del art. 14.5, habilita a las entidades locales para establecer en sus ordenanzas fiscales supuestos a los que no resulte de aplicación el recargo definido en ella. Es decir, la norma foral permite a los ayuntamientos, vía ordenanza, excepcionar del recargo supuestos concretos de no residencia habitual a los que sí sería de aplicación el recargo tal y como está configurado en la norma foral, pero no faculta a las entidades locales a ampliar el ámbito de aplicación del recargo, incorporando dentro de él, situaciones expresamente exoneradas del recargo por la Norma Foral. Como se ha indicado, la residencia habitual en virtud de cesión de uso es un supuesto expresamente excluido del recargo por la Norma Foral.

4. Defiende el Ayuntamiento de Zarautz que no ha tomado en consideración otros medios de prueba diferentes de los datos del padrón de habitantes del municipio, para acreditar que la vivienda estaba ocupada de manera permanente y se ampara para ello en las, a su juicio, previsiones que recoge el art. 14.5 de la Norma Foral 12/1989.

Sin embargo, al realizar esta afirmación esa entidad local prescinde de nuevo de una parte del tenor literal del art. 14.5 de la Norma Foral 12/1989, pues la propia norma foral reconoce expresamente que los datos de padrón sólo aportan una presunción de que la vivienda constituye la residencia habitual de su o sus ocupantes. En concreto, el inciso, en el que sustenta su aseveración esa entidad local, si se reproduce íntegramente señala que. *“A los mismos efectos, se presumirá que un inmueble de uso residencial es residencia habitual cuando a fecha de devengo del impuesto, en el padrón del municipio donde radique la vivienda conste que constituye la residencia habitual de su o sus ocupantes.”*

Esto es, los datos que arroje el padrón a fecha de devengo del impuesto, el 1 de enero, no recogen más que una presunción favorable a los moradores de las viviendas en las que se encuentren empadronados, respecto de quienes se va a aceptar que dicho inmueble constituye su residencia habitual.

La presunción de residencia habitual a favor del inmueble en el que la persona está empadronada, que recoge el artículo 14.5 de la Norma Foral 12/1989 se justifica en las previsiones del art. 16 de la Ley de Bases de Régimen Local.



Ahora bien, se trata de una presunción de residencia *"iuris tantum"* y por tanto, admite prueba en contrario.

El art. 16 de la Ley de Bases de Régimen Local, en su párrafo 1 reconoce que: *"El Padrón municipal es el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio. Sus datos constituyen prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo. Las certificaciones que de dichos datos se expidan tendrán carácter de documento público y fehaciente para todos los efectos administrativos."*

Sin embargo, como ha reconocido la jurisprudencia de los tribunales, el art. 16 de la Ley de Bases de Régimen Local no contiene una presunción incontrovertible, por lo que es posible la prueba en contrario. Una prueba de residencia en un determinado inmueble que podrá aportarse, en consecuencia, por cualquier medio admitido y válido en derecho. Un medio válido puede ser la acreditación de los consumos de suministros habidos en la vivienda.

5. La cesión de uso es un negocio jurídico válido que la Norma Foral reguladora de este impuesto admite como medio adecuado de puesta a disposición de una tercera persona del uso de un inmueble.

El cedente de un bien inmueble al igual que la persona arrendadora de una vivienda no disponen de facultades atribuidas por el ordenamiento jurídico, para forzar a quien realmente ocupa y reside en la vivienda a empadronarse en ella, por lo que no se les pueden imputar las consecuencias que, en su caso, se pudiesen derivar de las eventuales irregularidades cometidas con sus omisiones o actuaciones las personas cesionarias o arrendatarias y menos aún, sancionarles por ello, con un gravamen adicional.

6. Por otro lado, se ha de tener presente que la finalidad que inspira la imposición de un recargo sobre la vivienda no es otra que desincentivar la tenencia de patrimonios inmuebles ociosos y de esta manera, se busca aportar al mercado un parque de viviendas, que en estos momentos se encuentran desocupadas, para que puedan ser utilizadas por otras personas en régimen de alquiler o de cesión de uso.

En este sentido, el propio preámbulo de la norma foral resulta ilustrativo, pues reconoce que: *"Así, el artículo 1 modifica la Norma Foral 12/1989, de 5 de julio, del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, con el objeto de regular la aplicación del recargo de viviendas vacías..."*

En consecuencia, no podemos aceptar que encuentre cobertura en la Norma Foral la decisión adoptada por el Ayuntamiento de Zarautz en este caso concreto, porque si bien es cierto que no nos encontramos ante un contrato de arrendamiento, la cesión de uso es un negocio jurídico que la propia Norma Foral 12/1989 admite como medio de entrega y de puesta a disposición a favor de un tercero de un bien inmueble por parte de su propietario.



Por todo ello, en conformidad con lo preceptuado en el artículo 11 b) de la Ley 3/1985, de 27 de febrero, por la que se crea y regula esta institución, se eleva la siguiente

RECOMENDACIÓN

Que el Ayuntamiento de Zarautz analice la prueba aportada sobre la residencia habitual en el inmueble (consumos de suministros) y, en su caso, revoque de oficio la liquidación, en concepto de IBI con recargo, girada al reclamante, ya que el afectado ha acreditado que la utilización de la vivienda se ha reconocido a otra persona en régimen de cesión de uso desde diciembre de 2011.