

LA TRIBUTACIÓN DE HERENCIAS, EN ESPECIAL LA APARTACIÓN.

SU APLICACIÓN EN SUPUESTO PRÁCTICO.

Alumno: Rubén Ouro Val

Tutora: Dra. Pilar Álvarez Barbeito

Año académico: 2016/2017

Curso: 4º Grao en Dereito

*A mis padres por darme la
oportunidad y a los amigos que me apoyan.*

INDICE

ABREVIATURAS	5
CUESTIÓN 1ª: Inclusión o no de la finca donada a D. Teodoro en el inventario de la comunidad hereditaria de D. Carlos Daniel.	6
<i>¿Podría llegar a ser esta donación inoficiosa por infracción de legítima?</i>	6
<i>¿Podrá aplicarse la figura de la colación recogida en el Art. 1.035 CC?</i>	7
<i>¿Ha de ser la finca incluida en la comunidad hereditaria? ¿De qué modo?</i>	8
<i>Conclusión</i>	10
CUESTIÓN 2ª: ¿Ha de incluir D. Carlos Daniel en su Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas una ganancia patrimonial por la donación de la finca a D. Teodoro?	11
<i>¿Las donaciones tributan en concepto de ganancia patrimonial en el IRPF del donante?</i>	12
<i>¿Se ha de tener en cuenta algún otro tributo?</i>	13
<i>Conclusión</i>	16
CUESTIÓN 3ª: La presunción de desafectación tácita para el caso de cese de actividad.	17
<i>Los sucesores en relación con la declaración del IRPF</i>	17
<i>La presunción de desafectación tácita para el caso de cese de actividad.</i>	19
<i>Conclusión</i>	21
CUESTIÓN 4ª: La calificación de la venta de terrenos en el IRPF y la vinculación del contribuyente con mercantiles dedicadas a la urbanización.	21
<i>La venta de inmuebles: ¿Rendimiento de actividad económica o ganancia patrimonial?</i>	21
<i>Conclusión</i>	25
CUESTIÓN 5ª: Los coeficientes reductores o de abatimiento.	26
<i>¿Que son y cómo se aplican los coeficientes de abatimiento?</i>	26
<i>Otros datos a tener en cuenta para la aplicación de los coeficientes de abatimiento.</i>	27
<i>Conclusión</i>	28
CUESTIÓN 6ª: La apartación y su tributación.	28
<i>La sucesión paccionada en la Ley de Derecho Civil de Galicia 2/2006. En concreto la apartación.</i>	29
<i>La tributación en los supuestos de sucesión paccionada. En concreto sobre la apartación.</i>	31
<i>Conclusión</i>	36
CUESTIÓN 7ª: Situación de los apartados con respecto a la herencia de su causante.	37
<i>Los conceptos de herederos forzosos y herederos universales</i>	38
<i>La apartación gallega</i>	39
<i>Los efectos de la apartación: La colación</i>	40
<i>Conclusión</i>	41
CUESTIÓN 8ª: Los fondos en cuentas corrientes y la Teoría de los Actos Propios.	42
<i>Los contratos de cuentas corrientes</i>	42
<i>La Doctrina de los Actos Propios: "venire contra factum proprium non valet"</i>	44
<i>Conclusión</i>	46
BIBLIOGRAFIA	47
REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA	48

ABREVIATURAS

BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
C de C	Código de Comercio
CE	Constitución Española
DGT	Dirección General de Tributos
D.	Don
Dña.	Doña
FJ	Fundamento Jurídico
IAE	Impuesto sobre actividades económicas
IIVTNU	Impuesto sobre el incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana
IPC	Índice de Precio al Consumidor
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
ISD	Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
LDCG	Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
LIRPF	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
LISD	Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
núm.	número
pag.	página
RD	Real Decreto
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SS	Seguridad Social
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TFG	Trabajo Fin de Grado
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

CUESTIÓN 1ª: Inclusión o no de la finca donada a D. Teodoro en el inventario de la comunidad hereditaria de D. Carlos Daniel.

Existe comunidad hereditaria cuando varias personas son llamadas, por cualquier título, a una parte alícuota de la herencia, de manera que su derecho no se concreta sobre unos bienes determinados, sino que recae sobre el conjunto de bienes hereditarios no atribuidos a un sucesor particular. Por tanto, para que exista una comunidad hereditaria es preciso que haya varios llamados a heredar, que el llamamiento sea universal, y la herencia esté integrada por diversos bienes no asignados específicamente a ningún sucesor en particular. Por su parte, la asignación de bienes concretos a los herederos supondrá que no nazca la comunidad hereditaria (si se hace en el testamento), o en su caso, extinción de la misma (cuando se realice la partición).

La situación de comunidad hereditaria es la reflejada en el caso objeto de resolución, pues el propio D. Carlos Daniel nombra en testamento herederos universales a sus cuatro hijos sobre una pluralidad de bienes.

Dicha comunidad, por tanto, está formada por D. Teodoro, Dña. Victoria, Dña. Carolina y Dña. Dulce, pero se da la situación de que uno de los sucesores a título universal, D. Teodoro, ha recibido por medio de donación en vida de D. Carlos Daniel una finca hasta ese momento propiedad de D. Carlos, que tras la donación sufrió una revalorización y en la que D. Teodoro ha empezado a construir un chalet.

Así las cosas, la pregunta formulada por las tres hermanas tendrá que ser enfocada siguiendo las dos posibles situaciones que pueden producirse:

¿Podría llegar a ser esta donación inoficiosa por infracción de legítima?

Para resolver esta cuestión hemos de centrarnos en la figura de las donaciones inoficiosas. Hasta que no tenga lugar la apertura de la sucesión, existiendo entonces *herederos forzosos* del causante, nada limita la facultad de éste de disponer *inter vivos* a título gratuito. A esto atiende el artículo 636 CC, según el cual, las donaciones hechas en vida son inoficiosas en cuanto excedan de lo que el donante puede dar y el donatario recibir por testamento, lo cual es referible a las donaciones que no formen parte del haber hereditario, y excluye, por considerarlas la ley integradas en éste, a las que sean colacionables.

Para que las donaciones puedan ser inoficiosas han de tener como objeto una cosa específica y determinada del causante, constituyendo un modo de adquirir su propiedad o un derecho real de goce, que no es inicialmente ineficaz, pero que pasa a serlo por infringir –al abrirse la sucesión del donante– la prohibición de disponer que le impone el artículo 636 CC.

Pues bien, a partir de aquí, para determinar si una donación es inoficiosa, se requiere que el valor líquido que al morir el donante tuvieron los bienes donados supere el que entonces tuvieron los integrados en su haber hereditario, pues solo entonces habrá infringido el causante la norma de que nadie puede dar, por vía de la donación, más de lo que puede dar por testamento.

La consecuencia de que una donación sea inoficiosa es la reducción de tal donación en cuanto al exceso como señala el artículo 654 CC al indicar que: “ *Las donaciones que,*

con arreglo a lo dispuesto en el artículo 636, sean inoficiosas computado el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán ser reducidas en cuanto al exceso; pero esta reducción no obstará para que tengan efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos. "

No parece ser esta la situación contemplada en el caso, pues si bien los datos aportados no son todo lo exactos que sería necesario para calcular la oficiosidad de esta donación, sí parece –tras una lectura completa del mismo– que esta donación no reduce lo suficiente el valor del haber hereditario como para ser inferior al valor de lo donado, ajustándose más la situación expuesta al problema de la colación que paso a explicar a continuación.

¿Podrá aplicarse la figura de la colación recogida en el Art. 1.035 CC?

El segundo de los puntos que hemos de analizar para responder a la cuestión formulada por las tres hermanas, es la figura de la colación recogida en el artículo 1.035 CC *"El heredero forzoso que concurra, con otros que también lo sean, a una sucesión deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición. "*

Algunos ordenamientos aceptan la presunción legal de que lo donado en vida por el causante a un *heredero forzoso* lo ha sido como anticipo o a cuenta de su futura cuota hereditaria. Con ese fundamento, se impone al *heredero forzoso* que concurre con otros a la herencia, la obligación de aportar simbólicamente a la masa hereditaria el valor de lo que le dio el causante en vida –colacionar– de manera que el donatario reciba de menos en la masa hereditaria tanto como hubiese recibido en vida del causante. Esta operación recibe el nombre de colación. El artículo 1.036 CC establece que la colación no tiene lugar cuando el donante así lo hubiera dispuesto expresamente.

Para la aplicación del artículo 1.035 CC y que la colación sea procedente, es preciso:

- a) Que exista comunidad hereditaria: varios llamados a un parte alícuota de la herencia.
- b) Que sean partícipes de esa comunidad dos o más legitimarios a título de herencia –no de legado-¹.
- c) Que hayan recibido del causante en vida bienes a título lucrativo.

Serán colacionables según el artículo 1.035 CC, cualquier bien o valor recibido del causante, por tanto, cualquier atribución recibida del causante a título lucrativo, incluso una compraventa simulada que encubra una donación². Como excepción a esto, el artículo 1.041 CC expone que *" No estarán sujetos a colación los gastos de alimentos, educación,*

¹ Espejo Lerdo de Tejada ha sostenido que lo relevante es ser llamado a una cuota de la herencia, aunque no sea a título de heredero. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La sucesión contractual en el Código Civil*, Universidad, Secretariado de Publicaciones, Sevilla, 1999, p.70.

Así lo recoge también la STS, de 22 de enero de 1963 (RJ 1963\447) entre otras.

² STS, de 19 de mayo de 2011 (RJ 2011\3979).

curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, equipo ordinario, ni los regalos de costumbre.

Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad”.

Y el 1.042 CC “ No se traerán a colación, sino cuando el padre lo disponga o perjudiquen a la legítima, los gastos que éste hubiere hecho para dar a sus hijos una carrera profesional o artística; pero cuando proceda colacionarlos, se rebajará de ellos lo que el hijo habría gastado viviendo en la casa y compañía de sus padres.”

Parece por tanto que el supuesto a resolver se adapta completamente a los parámetros de la colación, pues: existe comunidad hereditaria (como hemos venido mencionado desde el principio de este punto); todos los miembros de la comunidad hereditaria son legitimarios a título de herencia; y D. Teodoro ha recibido de su padre un bien a título lucrativo.

¿Ha de ser la finca incluida en la comunidad hereditaria? ¿De qué modo?

Una vez enmarcado el supuesto en la figura de la colación y descartada, a falta de mejores datos, la inoficiosidad de la donación, la respuesta a la pregunta de las tres hermanas parece más clara. Su hermano Teodoro no tendrá obligación de traer la finca *stricto sensu*, pero si de colacionarla.

D. Carlos Daniel no ha eliminado la colación en todo o en parte en su testamento (1.036 CC), por ello, todas las *herederas forzosas*³ pueden obligar a D. Teodoro a colacionar la finca, pero en orden al modo de realizar la colación se sigue el sistema de imputación o deducción, que consiste en traer a la comunidad hereditaria el valor de lo donado. El Código Civil acepta el sistema de imputación por medio del artículo 1.045 “ *No han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios.*

*El aumento o deterioro físico posterior a la donación y aun su pérdida total, casual o culpable, será a cargo y riesgo o beneficio del donatario”.*⁴

La cuestión más importante que plantea la colación es la valoración de las atribuciones colacionables a efectos de sumarla al valor de los bienes hereditarios. A este respecto hemos de volver al artículo 1.045 CC, en donde se incluyen dos reglas complementarias:

1. La primera, ordena valorar las cosas donadas “*al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios*”.⁵

³ Como es obvio, para solicitar la colación hay que ser legitimario del causante y la posibilidad de colacionar solamente opera con respecto de la herencia del causante inmediato. STS, de 28 de mayo de 2004 (RJ 2004\3332)

⁴ Por aplicación de la doctrina de los actos propios, no puede pedir la colación el legitimario que acepta la herencia y el inventario en el que no se encuentra el bien donado. STS, de 17 de marzo de 2006 (RJ 2006\5241).

⁵ Dado el carácter dispositivo de las normas sobre colación, el testador puede disponer que la valoración se realice en relación con otro momento distinto. STS, de 10 de diciembre de 2009 (RJ 2010\279).

2. La segunda, corrige parcialmente la primera al establecer que *“el aumento o deterioro físico posterior a la donación y aun su pérdida total, causal o culpable, será a cargo y riesgo o beneficio del donatario”*.

Por ello, como regla general, el valor que hay que atribuir a las cosas donadas o a las atribuciones realizadas, es el que les corresponda en el momento en que se valoran los bienes hereditarios en el marco de las operaciones particionales. Sin embargo, si la cosa ha aumentado o disminuido de valor se tendrá que contemplar:

1. Si el aumento o disminución de valor se debe a alteraciones físicas: no se tiene en cuenta, de manera que se valora la cosa donada tal y como estaba en el momento en que se realizó la donación, pero actualizado el valor que resulte a la fecha de valoración de los demás bienes.
2. Si el aumento o disminución del valor obedece a otras causas que no sean alteraciones físicas, entonces sí se toma en consideración, por lo que se colacionará el valor de mercado, o lo que es lo mismo, se valorará lo mismo que se donó con el valor actual.

Hasta aquí queda clara la regulación que el Código Civil realiza para el avalúo de las donaciones que se han de colacionar, pero como se expone en el caso, D. Carlos Daniel tiene vecindad civil gallega, y aunque la Ley de Derecho Civil Gallega 2/2006, de 14 de junio, no tiene regulación sobre cómo se ha de valorar las donaciones colacionables, sí establece en sus artículos 244 y 245 cómo se han de evaluar las disposiciones a título lucrativo hechas por el causante para fijar la legítima:

Artículo 244 LDCG: *“ Para fijar la legítima, el haber hereditario del causante se determinará conforme a las reglas siguientes:*

1.ª Se computarán todos los bienes y derechos del capital relicto por el valor que tuvieran en el momento de la muerte del causante, con deducción de sus deudas. Dicho valor se actualizará monetariamente en el momento en que se haga el pago de la legítima.

2.ª Se añadirá el valor de los bienes transmitidos por el causante a título lucrativo, incluidos los dados en apartación, considerado en el momento de la transmisión y actualizado monetariamente en el momento de efectuarse el pago de la legítima. Como excepción, no se computarán las liberalidades de uso”.

Artículo 245 LDCG: *“ Salvo disposición en contrario del causante, se imputará al pago de la legítima de los descendientes:*

1.º Cualquiera atribución a título de herencia o legado, aunque el legitimario renuncie a ella.

2.º Las donaciones hechas a los legitimarios, así como las mejoras pactadas con ellos.

3.º Las donaciones hechas a los hijos premuertos que fueran padres o ascendientes de un legitimario.

La imputación de donaciones se realizará por el valor que tuvieran los bienes en el momento de la donación, actualizado monetariamente en el tiempo del pago de la legítima”.

Como vemos, la LDCG habla de la valoración que tuvieran los bienes en el momento de la donación, actualizado monetariamente - en contraposición al "valor actual" - cuando el aumento de valor se produce por otras causas que no sean físicas, como recoge el ya expuesto 1.045 CC. Algunos autores creen que estos artículos (244 y 245 LDCG) pueden ser aplicados también cuando se trate el avalúo de donaciones colacionables⁶, pero existe jurisprudencia en contrario, donde se diferencia el contenido de los artículos 244 y 245 de la LDCG del 1.045CC.

Así la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña⁷ remarca la idea de que la donación efectuada en vida por el causante debe ser valorada de forma distinta, dependiendo de si tal avalúo se realiza para proceder al cálculo de las legítimas o para computarla en la cuenta de la partición. En el primer caso, se trata de las denominadas operaciones de computación o "reunión ficticia" e imputación, las cuales se regulan expresamente en los arts. 244 y 245 LDCG y atienden al valor que tuviesen los bienes donados en el momento de su transmisión, actualizados monetariamente en el tiempo del pago de la legítima. En el segundo caso, se encuentra la llamada colación como operación particional típica, la cual, ante la ausencia de regulación específica en la LDCG, atiende al valor que tuviesen las cosas donadas al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, por aplicación supletoria del art. 1045 CC. La misma sentencia rechaza la aplicación del 245 LDCG para el caso de colación: *"Sin embargo, resulta indubitado que el citado art. 245 se encuentra ubicado en la Sección 2ª del Capítulo V de la LDCG, en donde se recoge la regulación de la legítima de los descendientes, y no en sede de partición hereditaria, a cuya disciplina se dedica el Capítulo VII de este mismo cuerpo legal (arts. 270 y ss.). A ello cabe añadir que el propio art. 245 LDCG menciona literalmente la operación de "imputación de donaciones" cuando en su último párrafo fija como criterio de avalúo el valor que tuviesen los bienes donados en el instante de su donación. El art. 245 LDCG no dice que el valor de los bienes donados deba ser tenido en cuenta a efectos de computarlo en la cuenta de la partición, sino que reconoce de modo expreso que ha de atenderse a dicho valor en orden a imputar lo que hubiera recibido cada legitimario en vida del causante para saber si su legítima ha sido ya satisfecha, si ha lugar a su complemento, o si lo donado debe ser reducido por inoficioso"*.

En definitiva, el art. 245 LDCG nada tiene que ver con la colación de las donaciones en cuanto operación estrictamente particional que sirve para fijar lo que el legitimario debe percibir no sólo por legítima, sino en la totalidad de la herencia por su condición de heredero. Consiguientemente, procede rechazar la aplicación del art. 245 LDCG, porque el problema que se plantea no resulta subsumible en el supuesto de hecho contemplado por esta norma.

Conclusión

Estamos pues, como venimos mencionando, ante un supuesto de comunidad hereditaria, donde las hermanas pueden pedir a D. Teodoro la colación de la finca, que éste ha de

⁶ Como es el ejemplo del profesor Miguel Ángel Pérez Álvarez. PÉREZ ÁLVAREZ, M-A/ DE PABLO CONTRERAS, P/ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C/CÁMARA LAPUENTE, S., *Curso de Derecho Civil (V) Derecho de Sucesiones*, Constitución y Leyes S.A, Madrid, 2013, p. 487

⁷ SAP de A Coruña, de 24 de abril de 2014 (JUR 2014\217433).

realizar por el sistema de imputación recogido en el artículo 1.045 CC, no trayendo la propia cosa –la finca- sino su valor.

El valor de lo colacionado, por tratarse de un aumento de valor por motivos diferentes a los físicos y por inaplicabilidad del 244 y 245 LDCG, será el valor actual de mercado de la finca (234.569 €).

La colación ha de llevar aparejada los efectos que disponen los artículos 1.047, 1.048 y 1.049 CC, por lo que él donatario recibirá de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiese recibido, percibiendo sus coherederos, si ello fuese posible, el equivalente en bienes de la misma especie, naturaleza y calidad. Si lo anterior no fuese posible, los coherederos tendrán derecho a ser igualados en metálico o valores mobiliarios al tipo de cotización; y, no habiendo dinero ni valores cotizables en la herencia, se venderán bienes en pública subasta en la cantidad necesaria. Con respecto a los frutos si los hubiere, solo se deberán a la masa hereditaria desde el día en que se abra la sucesión.

Para finalizar este apartado, nos gustaría resaltar la gran diferencia que supone en el supuesto aplicar o no los artículos 244 y 245 de la LDCG:

- En caso de aplicación, D. Teodoro se vería obligado a colacionar el valor de la finca en el momento de la transmisión actualizado monetariamente: 64.556,64 €⁸.
- En caso de su inaplicación, se ve obligado a colacionar 234.564 €.

CUESTIÓN 2ª: ¿Ha de incluir D. Carlos Daniel en su Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas una ganancia patrimonial por la donación de la finca a D. Teodoro?

D. Carlos Daniel ha donado una finca a su hijo no imputándose ninguna renta en su IRPF por esta donación. Para saber si D. Carlos Daniel ha actuado de forma correcta y poder responder la segunda cuestión del caso sujeto de análisis, se plantean dos cuestiones:

La primera: ¿Las donaciones tributan en concepto de ganancia patrimonial en el IRPF del donante?

La segunda: ¿Se ha de tener en cuenta algún otro tributo?

Lo cierto es que por más lógico que pueda parecer que un padre preste capital a sus hijos a coste cero, o que les ceda un terreno, vivienda o cualquier otro bien, este tipo de actos tienen consecuencias fiscales. Las donaciones de inmuebles no son gratuitas, se ha de tener en cuenta varias figuras impositivas y no solo las ganancias o pérdidas patrimoniales en el IRPF, sino también del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, y del Impuesto Sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

⁸ Renta actualizada con el IPC General entre diciembre de 2014 y diciembre de 2016, con una Tasa de Valoración de 1,6%.

¿Las donaciones tributan en concepto de ganancia patrimonial en el IRPF del donante?

Procede analizar con carácter previo esta cuestión, toda vez que su resolución facilitará una respuesta a la pregunta planteada en el caso sometido a consideración.

Hemos de examinar, por tanto, si la donación realizada por D. Carlos Daniel a su hijo y beneficiario D. Teodoro, tiene que ser recogida como ganancia o pérdida patrimonial en el IRPF del primero.

El artículo 33.1 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, define las ganancias y pérdidas patrimoniales como: “ [...] *las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél, salvo que por esta Ley se califiquen como rendimientos.* ”

De tal definición legal se desprende que han de concurrir tres requisitos para computar una ganancia o pérdida patrimonial:

- 1) Que se produzca una alteración en la composición del patrimonio del contribuyente.
La alteración puede producirse:
 - a. Por transmisiones onerosas de bienes y derechos.
 - b. Por transmisiones lucrativas de bienes o derechos, bien a través de actos *inter vivos* o *mortis causa*. En estos tipos de transmisiones no existe una contraprestación, así, en la donación, el donante realiza una transmisión lucrativa, pudiendo obtener una ganancia patrimonial gravable en el IRPF por diferencia entre el valor de adquisición del elemento que dona y el valor de la transmisión lucrativa, siendo este el valor fijado a efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.
 - c. Por la incorporación de bienes, dinero o derechos al patrimonio del contribuyente. En estos casos no existe una transmisión previa que dé origen a la alteración patrimonial, por ejemplo, la obtención de un premio en metálico.
- 2) Que se produzca una variación en el valor del patrimonio del contribuyente.
- 3) Que la renta obtenida no esté sujeta al impuesto por otro concepto.

Se trata pues de una categoría genérica, cajón de sastre, en tanto que toda renta (positiva o negativa) que no sea calificada como rendimiento, será una ganancia o pérdida patrimonial.

La mayor parte de las ganancias y pérdidas patrimoniales se producirán por las transmisiones de elementos del patrimonio del contribuyente, siendo esta la diferencia fundamental con los rendimientos (mientras en los rendimientos el elemento permanece dentro del patrimonio de contribuyente, en el caso de ganancias o pérdidas patrimoniales sale del patrimonio de contribuyente).

El artículo 33.3 de la Ley 35/2006 refiere casos de pérdidas reales que no serán tenidas en cuenta por la norma fiscal, como el “ b) *Con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente*”, que no se adapta al caso pues, está pensado para la sucesión y el acto objeto de análisis es una donación *inter vivos*. El apartado “c) *Las debidas a transmisiones lucrativas por actos inter vivos o a liberalidades*” del mismo

artículo sí que describe que la situación reflejada en nuestro caso no puede ser objeto de una pérdida patrimonial (pero sí tributará por ganancia patrimonial), excluyéndose del cómputo tanto la pérdida económica derivada de la salida de dinero o bienes del patrimonio del donante, como la pérdida patrimonial que pudiera manifestarse en las transmisiones lucrativas *inter vivos* de elementos patrimoniales por diferencia entre el valor de adquisición y el valor a efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que la donación realizada por D. Carlos Daniel habrá de tributar por existir una ganancia patrimonial⁹, cuyo importe, como señala el artículo 34. 1. a) de la Ley 35/2006, será calculado por la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión de los elementos patrimoniales, siendo el valor de transmisión aquel que resulte de la aplicación de las normas del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, sin que pueda exceder del valor de mercado.¹⁰

¿Se ha de tener en cuenta algún otro tributo?

Como ya se ha señalado, D. Carlos Daniel erró al no imputarse ganancias patrimoniales en su declaración del IRPF del ejercicio 2014. Pero las donaciones están sometidas a más cargas fiscales que conviene tener en cuenta y analizar en esta parte del trabajo.

El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Una donación será objeto del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, un tributo de naturaleza directa y subjetiva que grava los incrementos patrimoniales obtenidos a título lucrativo por personas físicas¹¹. Es un tributo cedido a las Comunidades Autónomas.

El objetivo de este impuesto es gravar los incrementos de patrimonio que se producen, normalmente, como consecuencia de herencias y donaciones, así como los derivados de la percepción de cantidades por los beneficiarios de seguros de vida en los que el contratante sea persona distinta del beneficiario¹². Es un impuesto incompatible con el Impuesto Sobre la Renta de las Personas Físicas¹³ por lo que la renta gravada por el impuesto de sucesiones no se someterá al IRPF.

⁹ En este sentido, consultar la Resolución de la DGT V1550/10, de 12 de julio (JT2010\1175) *“La donación de cualquier bien o derecho generará en el donante una ganancia o pérdida patrimonial por producirse una variación en el valor de su patrimonio que se pone de manifiesto con ocasión de una alteración en su composición, de acuerdo con lo previsto en el artículo 33.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre (RCL 2006, 2123 y RCL 2007, 458) , 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 de 29 de noviembre).”*

¹⁰ Artículo 34 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.

¹¹ Artículo 1 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

¹² Artículo 3 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

¹³ Así lo establece el artículo 6.4 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF *“No estará sujeta a este impuesto la renta que se encuentre sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones”* y el artículo 4 del Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del ISD *“En ningún caso*

El artículo 5 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, serán sujetos pasivos del mismo al indicar:

“Estarán obligados al pago del Impuesto a título de contribuyentes, cuando sean personas físicas:

a) En las adquisiciones «mortis causa», los causahabientes.

b) En las donaciones y demás transmisiones lucrativas «inter vivos» equiparables, el donatario o el favorecido por ellas.

c) En los seguros sobre la vida, los beneficiarios”.

Por lo tanto, D. Teodoro actuó de la forma correcta al acudir a los 17 días¹⁴ de haber recibido la donación a la Delegación de la Agencia Tributaria de Galicia para presentar la declaración del Impuesto de Sucesiones y Donaciones. Debido a la incompatibilidad de este tributo con el IRPF, D. Teodoro no ha de pagar ningún otro tributo por la donación recibida. Como vemos, D. Carlos Daniel no es sujeto pasivo del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

El Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana

D. Teodoro actuó de forma correcta al presentar autoliquidación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, pero existe otro impuesto que ha de ser objeto de análisis por dos motivos: el primero, porque recientemente se ha venido discutiendo su constitucionalidad en los casos en los que la transmisión no origina una plusvalía, sino una pérdida patrimonial, y el segundo, porque puede llegar a afectar a este tipo de donaciones gravando aún más su carga fiscal. Nos referimos, en concreto, al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU), un impuesto local, conocido coloquialmente como “plusvalía municipal”.

Se regula en los artículos de 104 a 110 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

Conforme al Art 104.1 *“El Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana es un tributo directo que grava el incremento de valor que experimenten dichos terrenos y se ponga de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los terrenos por cualquier título o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos”.*

Será sujeto pasivo de este impuesto, siguiendo las indicaciones del artículo 106. 1. a), en las transmisiones de terrenos a título lucrativo, la persona física o jurídica que adquiera el terreno.

un mismo incremento de patrimonio podrá quedar gravado por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”.

¹⁴ El plazo para presentar la declaración del impuesto es de 30 días en virtud de lo dispuesto en el artículo 67 del Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Así, D. Teodoro, en el supuesto de que el terreno recibido por donación fuese un terreno de naturaleza urbana, será también sujeto pasivo del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

Tal y como avanzamos, algunas cuestiones relativas a esta figura impositiva están ahora de máxima actualidad, como consecuencia de recientes y novedosas Sentencias del Tribunal Constitucional y que tiene estrecha relación con el caso analizado en este TFG (no solo en esta cuestión segunda, sino también de cara a las cuestiones venideras y a la venta de unos terrenos que D. Carlos Daniel realiza en el año 2015).

El tema objeto de controversia sobre el que se manifiesta el Alto Tribunal guarda relación con el artículo 106 .1. del RD 2/2004 donde se señala que será sujeto pasivo del IIVTNU la persona que transmita terrenos urbanos a título oneroso o lucrativo, por ello, siendo el objeto del IIVTNU un componente de la renta de las personas, las plusvalías de origen inmobiliario, es evidente que se trata de un gravamen añadido al de esas mismas plusvalías en el IRPF. Esto plantea una situación de doble imposición. Pero tal doble imposición no tiene nada que temer desde el punto de vista del juicio de constitucionalidad. El Tribunal Constitucional mantiene que la prohibición de doble imposición en materia tributaria únicamente garantiza que sobre los ciudadanos no pueda recaer la obligación material de pagar doblemente por un mismo hecho imponible, y con este fundamento ha concluido que no puede afirmarse que exista esa duplicidad de tributación sobre el mismo hecho imponible en el IRPF y en el IIVTNU¹⁵.

Con relación a la mitigación de la carga fiscal, el Tribunal Constitucional, reacciona por medio de la Sentencia 26/2017, de 16 de febrero de 2017 (JUR\2017\36067)¹⁶ ante el problema de que la regulación del impuesto atribuye, en todo caso, una plusvalía, sin admitir la posibilidad de impedir el gravamen de minusvalías reales ni de acreditar la existencia de esa minusvalía, lo que conduce al gravamen de un inexistente incremento del valor de los terrenos y por tanto un gravamen de una inexistente capacidad económica, pudiendo llegar incluso a ser confiscatorio. En dicha Sentencia, el Tribunal Constitucional declara: *"[...] carece de toda justificación razonable en la medida en que, al imponer a los sujetos pasivos del impuesto la obligación de soportar la misma carga tributaria que corresponde a las situaciones de incrementos derivados del paso del tiempo, se están sometiendo a tributación situaciones de hecho inexpresivas de capacidad económica, lo que contradice frontalmente el principio de capacidad económica que la Constitución garantiza en el art. 31.1. De esta manera, los preceptos enjuiciados deben ser declarados inconstitucionales, aunque exclusivamente en la*

¹⁵ En el supuesto que nos ocupa, no puede afirmarse que exista esa duplicidad de tributación sobre el mismo hecho imponible, pues, mientras que el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas es un tributo de carácter personal y directo que grava la renta disponible de las personas físicas de acuerdo con sus circunstancias personales y familiares (arts. 1 y 15 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre), el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana es un tributo directo de carácter real que grava el incremento del valor que experimenten los terrenos que se ponga de manifiesto con ocasión de la transmisión de la propiedad de los mismos por cualquier título o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, también sobre los mismos (art. 105 LHL). Esta es la doctrina del Tribunal Constitucional, afianzada en la Sentencia 37/1987, de 26 de marzo de 1987 (RTC 1987/37) donde, conforme a la presunta doble imposición que se produciría en relación con el Impuesto sobre Patrimonio, de un lado, y con la Contribución Territorial Rústica y Pecuaria, de otro.

¹⁶ La Sentencia se refiere a la inconstitucionalidad de varios artículos de la Norma Foral de Guipúzcoa 16/1989, de 5 de julio, del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

medida que no han previsto excluir del tributo a las situaciones inexpresivas de capacidad económica por inexistencia de incrementos de valor. "

Posteriormente, el Alto Tribunal, en la Sentencia 37/2017 de 1 de marzo (RTC 2017\37)¹⁷ vuelve a ratificar la doctrina expuesta en la Sentencia de 16 de febrero declarando la inconstitucionalidad de diferentes artículos de la Norma Foral 46/1989 de Álava por imponer la tributación a través del IIVTNU a quien trasmite un terreno por importe inferior a su adquisición, considerando que de nuevo se atenta contra el principio de capacidad económica.

En la más reciente e importante Sentencia del Tribunal Constitucional sobre este asunto (STC de 11 de mayo de 2017 JUR2017\1133103) , el Tribunal Constitucional decreta la inconstitucionalidad de los arts. 107.1 y 107.2 a) del Real Decreto Legislativo 2/2004 de la Ley de Haciendas Locales únicamente en la medida en que se someten a tributación situaciones inexpresivas de capacidad económica. Es este el primer pronunciamiento del TC sobre la Ley estatal, que venía siendo esperado por numerosos juristas que habían observado la doctrina marcada en las anteriores Sentencias que afectaban a Normas Forales.

Considera, por tanto, el Tribunal Constitucional que los obligados tributarios que han transmitido, con un precio inferior al de adquisición, y por tanto con minusvalía real y acreditada bienes inmuebles de naturaleza urbana, han de quedar exentos de tributar por IIVTNU por contradecir en toda regla el principio de capacidad económica que la Constitución recoge en el 31.1. Si bien es cierto, que todos los casos analizados hasta este momento por el TC proceden de transmisiones onerosas, excepto el recogido en la Sentencia de 11 de mayo que corresponde a una transmisión producida por ejecución hipotecaria, se deja en el limbo lo que ha de suceder en caso de que consiga acreditarse la disminución del valor de un bien inmueble transmitido a título lucrativo (como perfectamente podría suceder con el terreno recibido por D. Teodoro).

Conclusión

Por todo lo explicado anteriormente, y como ya se ha ido adelantando, la respuesta a esta segunda cuestión del caso objeto de análisis es clara: D. Carlos Daniel ha actuado de forma errónea al no incluir ganancias patrimoniales en su declaración de IRPF del ejercicio 2014.

A su vez, D. Teodoro ha actuado en forma y plazo en lo que respecta a su declaración del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, pero, como estamos ante una donación de un terreno que podría ser urbano, D. Teodoro podrá ser también sujeto pasivo del IIVTNU, y aunque nada se dice en el caso sobre este impuesto, D. Teodoro podría verse sorprendido por la Hacienda Local del Concello de Lugo, reclamándole la plusvalía municipal.

¹⁷ Sentencia que declara la inconstitucionalidad de los art. 1, 4 y 7.4, de la Norma Foral 46/1989, de 19 de julio, del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana del Territorio Histórico de Álava.

CUESTIÓN 3ª: La presunción de desafectación tácita para el caso de cese de actividad.

Como se señala en el caso, D. Carlos Daniel, en sus autoliquidaciones del IRPF, no computó renta alguna por las ventas de unos terrenos a dos mercantiles efectuadas en 2015. En el momento de la realización de estas ventas D. Carlos Daniel se encontraba en situación de jubilación. Con todo ello, la cuestión tercera nos lleva a plantearnos si los herederos de D. Carlos Daniel en representación de su padre, ahora ya fallecido, pueden alegar la presunción de desafectación tácita para el caso de cese de actividad.

Los sucesores en relación con la declaración del IRPF

Aprovechando esta cuestión tercera, es preciso analizar la situación que nos propone el caso, en cuanto que se inicia una inspección tributaria sobre el ejercicio 2015 del IRPF, cuando ya había fallecido el obligado tributario (muere en enero de 2016 y la inspección se inicia en octubre de 2016). ¿Esto obligará a sus sucesores a hacerse cargo de las obligaciones tributarias que deja pendientes D. Carlos Daniel?

La Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en su artículo 96.7, obliga a los sucesores del contribuyente fallecido a presentar la declaración del impuesto (claro está, siempre que estuviere obligado a ello de acuerdo con la normativa aplicable). Esto obligará a los cuatro hijos de D. Carlos Daniel a presentar la autoliquidación del IRPF de su padre correspondiente al año de su fallecimiento (2016), dentro del plazo ordinario establecido al efecto, y ello con independencia de que el período impositivo termine y el impuesto se devengue en la fecha de fallecimiento del contribuyente.

Por su parte, el artículo 39 de la Ley General Tributaria dispone que se transmitirán a los herederos las obligaciones tributarias pendientes. Y si, la herencia se encontrase yacente, el cumplimiento de las obligaciones del causante correspondería al representante de ésta y las actuaciones administrativas deberán realizarse o continuarse con dicho representante.

Cuando la declaración arroje un resultado a ingresar (o cero) no debe haber mayores problemas, puesto que los herederos tendrán la obligación de efectuar ingreso a favor del Tesoro Público. En cambio, si la declaración resultase a devolver, será necesario determinar qué herederos y en qué medida tienen derecho a que se les ingrese el importe de la devolución¹⁸. Es por ello que la Agencia Tributaria se ha preocupado especialmente de establecer un procedimiento específico para gestionar la devolución a los sucesores del causante, en concreto a través del MODELO H-100.

Continuando con el análisis del artículo 39 LGT, el párrafo tercero del apartado uno establece dos limitaciones en cuanto al alcance de las obligaciones del causante que asume el sucesor, ya que no se transmitirán las sanciones ni las deudas por

¹⁸ Así lo dispone el artículo 134.4 del Real Decreto 1065/2007, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos.

responsabilidad tributaria, salvo que se hubiera notificado el acuerdo de derivación de responsabilidad antes del fallecimiento.

La intransmisibilidad de las sanciones en los supuestos de sucesión tributaria tiene su base en el principio de personalidad de la pena, aplicado también respecto de otros obligados tributarios. Por tanto, en la medida en la que los sucesores de las personas fallecidas no realizaron las conductas infractoras no se les podrá exigir el pago de las sanciones, ya que sería algo así como admitir la posibilidad de que “unos cumplan la sanción (la pena) en lugar de otros”. Además, el artículo 182.3 de la LGT impide expresamente que las sanciones se transmitan a los sucesores de las personas físicas y, por su parte, el artículo 189 de la LGT señala que la responsabilidad derivada de las infracciones tributarias se extinguirá por el fallecimiento del sujeto infractor. En la medida en la que se extinguen con la muerte, no pueden estar pendientes, luego no pueden ser sucedidas.

Por otro lado, la imposibilidad de transmitir las deudas tributarias exigidas al fallecido por una derivación de la responsabilidad salvo que se hubiera notificado el acuerdo de derivación antes del fallecimiento, es consecuencia de la regulación que sobre la responsabilidad tributaria contiene el artículo 41 de la LGT. El apartado 5 de este precepto establece que, para que haya una derivación de responsabilidad, será necesario que exista un acto administrativo en el que, previa audiencia al interesado, se declare la responsabilidad. Ello supone dos cuestiones íntimamente relacionadas: la primera, que la audiencia se conceda al causante (y no al sucesor) puesto que será él el que pueda argumentar, con toda la precisión que requiera el caso, la legítima defensa de sus posiciones, cosa imposible en caso de fallecimiento; mientras que la segunda cuestión consiste en que para que pueda haber una derivación de responsabilidad es preciso un acto administrativo formal que la declare, por lo que, si para el causante no se produjo ese acto administrativo formal de derivación de responsabilidad, no nació la obligación para él, luego no estaba pendiente a su muerte, no pudiendo exigírsele al sucesor.

Como bien ha puesto de manifiesto FALCÓN Y TELLA, la mencionada previsión se justifica por razones de seguridad jurídica, pues, al exigirse un acto que declare y determine el alcance y extensión de la responsabilidad, se evita colocar al heredero en una situación de indefensión “*en cuanto que normalmente no estará en condiciones de demostrar la inexistencia del presupuesto de responsabilidad*”¹⁹.

A mayor abundamiento, la Ley del IRPF, en su artículo 96.7 vuelve a insistir en que los sucesores del causante quedarán obligados a cumplir las obligaciones tributarias pendientes, con exclusión de las sanciones, de conformidad con el artículo 39.1 de la LGT. Con idéntica literalidad recoge la misma idea el 97.4 de la Ley del IRPF.

A la vista de estas premisas, puede concluirse que la responsabilidad no tiene una concepción sancionadora, ni tiene un carácter personalísimo, sino que se fundamenta en evidentes razones de seguridad jurídica, siendo aquella compatible a su vez, con el propio sistema universal de sucesión, dado que sólo cuando el acuerdo de derivación de responsabilidad se hubiere notificado antes del deceso del causante, nos encontraremos ante una deuda de la herencia susceptible de transmisión.

¹⁹ FALCÓN Y TELLA, R.: “La regularización substantiva de los responsables en el Anteproyecto de la Ley General Tributaria”, *Quincena Fiscal*. núm. 10, 2003, pág.6.

En el caso que nos atañe y sobre la base de las razones ya expuestas, añadiendo evidentes razones de seguridad jurídica, a nuestro entender esta inspección nunca tendría que llevarse a cabo.²⁰

La presunción de desafectación tácita para el caso de cese de actividad.

A pesar de la conclusión del apartado anterior, se estima oportuno analizar, antes de cerrar esta cuestión 3ª, la presunción de desafectación tácita.

Los recurrentes alegan que D. Carlos Daniel se encontraba en situación de jubilación anterior a la venta de los terrenos habiendo cesado en su actividad, sin que la pertenencia de D. Carlos Daniel a la actividad desarrollada por otros sujetos vinculados suponga, a efectos del tributo, el ejercicio de una actividad económica, como consideró el propio contribuyente en las autoliquidaciones del IRPF del ejercicio 2015. Por lo que las ventas (de los terrenos) eran de patrimonio personal y los rendimientos debían liquidarse como ganancia patrimonial y no como derivados de actividades económicas.

Pues bien, D. Carlos Daniel se jubiló el 30 de junio de 2014, a la edad de 70 -71 años, por lo que: ¿podría operar de forma automática la presunción *iure et de iure* de desafectación tácita para el cese de actividad?

Resumidas las posturas, hemos de comenzar por aclarar brevemente qué son las actividades económicas y cuales los bienes afectos a ellas. El artículo 27 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, señala como rendimientos de actividades económicas *“ aquellos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del contribuyente 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, tendrán la consideración de actividades económicas los rendimientos obtenidos por una entidad en cuyo capital participe el contribuyente, cuando el contribuyente esté incluido en el régimen de la SS de trabajadores por cuenta propia. Tienen por tanto unas características generales:

- Organización de recursos materiales y/o humanos.
- Fin de intervenir en la producción o distribución de bienes en el mercado.

El artículo 29 de la Ley del IRPF define los bienes afectos como aquellos (muebles o inmuebles) utilizados por el contribuyente para su actividad económica y necesarios para la obtención de los respectivos rendimientos empresariales o profesionales²¹. La afectación de estos bienes tiene relevancia por varias cuestiones:

²⁰ En esta misma línea: la STSJ de Murcia, de 30 de marzo de 2007 (JUR 2007\328370), ha venido a afirmar que *“ la necesidad de notificación del acuerdo de derivación de responsabilidad antes del fallecimiento es armónica con un sistema universal de sucesión en el que el heredero sucede al causante desde el momento de su muerte en sus derechos y obligaciones, por lo que es imprescindible que, para que se produzca la sucesión, la obligación haya ingresado en el patrimonio del difunto antes de ese instante (artículo 657 a 661 del Código civil) ”*.

²¹ Esta definición puede optimizarse con la consulta de los artículos 22 y 23 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

- Por un lado, estos bienes podrán amortizarse, considerando entonces como gasto su depreciación u obsolescencia anual.
- Podrán deducirse como gasto todos los incurridos en relación a los mismos.
- Los rendimientos que eventualmente se obtengan de tales bienes afectos habrán de reputarse de la actividad económica y no de rendimientos del capital.

Los bienes y derechos afectos pueden transferirse al patrimonio personal o por el contrario pasar de este último al patrimonio empresarial o profesional. En estos casos, la normativa regula diferentes aspectos relevantes fiscalmente: valores de afectación y desafectación; requisitos para que el cambio tenga efectividad fiscal; incidencia en la antigüedad del bien a efectos fiscales; o aplicación de coeficientes de abatimiento en transmisiones futuras. Esta materia está íntimamente relacionada con las ganancias patrimoniales ya que, de hecho, la regulación se debe a las consideraciones que se deben tener presentes cuando se enajenan bienes que estén o hayan estado afectos a una actividad económica.

En todo caso, la afectación o desafectación de elementos patrimoniales por el contribuyente no constituye alteración patrimonial, siempre que los bienes o derechos continúen formando parte de su patrimonio (artículo 28.3 Ley IRPF). Esto es consecuencia lógica del propio concepto de ganancia y pérdida patrimonial del artículo 33.1 Ley IRPF, ya que se exige variación del valor del patrimonio por alteración de la composición del mismo, circunstancia que no se da por el hecho de que se afecte o desafecte un bien o derecho.

Al examinar si la jubilación determina el cese de actividad, y por tanto la desafectación de los bienes y derechos, hemos de concluir lo siguiente: en múltiples ocasiones el Tribunal Supremo²² ha señalado que el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, dispone en su artículo 213.1 que *“1. El disfrute de la pensión de jubilación será incompatible con el trabajo del pensionista, con las salvedades y en los términos que legal o reglamentariamente se determinen”*. También es cierto que ante la realidad social que vivimos hoy en día, acelerada por la época de crisis económica, el Tesoro de la Seguridad Social ha sufrido una fuerte recesión de la que es consciente la Ley de la Seguridad Social del año 2015, donde se intenta fomentar el envejecimiento activo y se reflejan disposiciones como la redactada en el artículo 213.1 párrafo segundo: *“[...] las personas que accedan a la jubilación podrán compatibilizar el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial en los términos que reglamentariamente se establezcan. Durante dicha situación, se minorará el percibo de la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable”*.

Recoge también el propio 213 en su punto cuarto: *“El percibo de la pensión de jubilación será compatible con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional, en cómputo anual. Quienes realicen estas actividades económicas no estarán obligados a cotizar por las prestaciones de la Seguridad Social”*.

²² En la STS 2426/2016 de 14 de noviembre de 2016 (RJ 2016\5815).

Conclusión

Todo lo anterior nos lleva a concluir que no existe vinculación entre la exigencia del ejercicio de una actividad de forma habitual, personal y directa en el ámbito laboral y el ámbito fiscal. Por ello, se hace preciso analizar en cada caso las condiciones personales del sujeto pasivo, constituyendo la jubilación una cuestión ajena a la normativa tributaria. Y, por ende, sin que a la situación de jubilación vaya necesariamente unido el cese en la actividad empresarial²³.

Así, entendemos que el cese en el ejercicio de una actividad económica no produce, por sí solo y en todos los casos, la desafectación de los bienes y derechos utilizados en el desarrollo de aquélla, ya que mientras siga existiendo un conjunto organizado de elementos patrimoniales con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotado, estaremos en presencia de una empresa, y la transmisión de una empresa en cuanto que tal debe considerarse como el último acto de la vida de la empresa titularizada por el contribuyente que la transmite, quien estará transmitiendo, por lo tanto, elementos patrimoniales afectos.

CUESTIÓN 4ª: La calificación de la venta de terrenos en el IRPF y la vinculación del contribuyente con mercantiles dedicadas a la urbanización.

La cuestión cuarta es la continuación lógica de la tercera. Ya examinada la presunción de desafectación tácita, queda por tanto discernir si los rendimientos obtenidos por D. Carlos Daniel con motivo de la venta de los terrenos son o no actividades económicas, y cómo puede afectar tal calificación la vinculación de D. Carlos Daniel con dos sociedades cuyo objeto social es la promoción y construcción de inmuebles que en el propio caso se describe como "continuada, habitual y simultánea".

A lo largo de este trabajo ya hemos expuesto la noción de ganancias patrimoniales (cuestión segunda) relacionada con las donaciones. En la cuestión tercera se ha expuesto la noción de actividades económicas para acabar concluyendo que la jubilación no tiene por qué significar el cese de las mismas, y, además que, si se da un cese de actividad, esto no tiene por qué significar la desafectación de todos los bienes dedicados a estas, pues sigue existiendo un órgano productivo.

La venta de inmuebles: ¿Rendimiento de actividad económica o ganancia patrimonial?

La Ley de IRPF de 2006 ha eliminado los requisitos fijados en la normativa anterior para considerar como actividad económica la compraventa de inmuebles. La exigencia tradicional de un local y un empleado a jornada completa queda referida en la nueva regulación únicamente a la actividad de alquiler, no a la venta de inmuebles. Por tanto, a partir de 2007 habrá que resolver en cada caso concreto si la compraventa de inmuebles es una actividad económica atendiendo al concepto general de esta, es decir, valorando si existe o no ordenación por cuenta propia de factores productivos para intervenir en la

²³ En este sentido se manifiestan las STS, de 18 de marzo de 2010 (RJ 2010\2584), de 15 de noviembre de 2012 (RJ 2013\260).

producción o distribución de bienes y servicios. Para averiguar si los hechos narrados en el caso corresponden a la realización de actividades económicas podemos investigar entre diferentes Resoluciones de la DGT intentando esclarecer una doctrina que nos lleve a observar un supuesto de hecho más o menos claro permitiéndonos así la justa calificación de los acontecimientos.

La Dirección General de Tributos, en su Resolución V2272/06, de 16 de noviembre (JT 2007\192). Resuelve la consulta de un contribuyente propietario de unos terrenos rústicos, en relación con los cuales se plantea desarrollar un Programa de Actuación Urbanizadora consistente en la redacción de una alternativa técnica donde se describan la ordenación del suelo, las cesiones a realizar a la administración, las obras de urbanización con detalle de los servicios y el coste de los mismos, los plazos de ejecución, etc., con el fin de obtener la recalificación del suelo rústico en urbano. El consultante planteaba tres alternativas:

- A) Vender los terrenos antes de iniciar la urbanización de los mismos. En tal caso, el criterio de la Dirección General de Tributos es que estaríamos ante una ganancia patrimonial.
- B) Ejecución por el consultante de las obras de urbanización y venta posterior de las parcelas resultantes, en cuyo caso la Dirección General de Tributos entiende que la venta tendría lugar en el marco de una actividad urbanizadora de carácter empresarial *“[...] la venta de las parcelas que forman el Programa de Actuación Urbanizadora, habiendo ejecutado el vendedor las obras de urbanización, supondrá la venta de existencias de dicha actividad que generarán rendimientos de la actividad económica y no ganancias patrimoniales.”*
- C) Venta de los terrenos una vez aprobada la recalificación, pero todavía sin urbanizar, siendo el comprador el que asumiría la urbanización de los mismos. En este supuesto la Dirección General de Tributos no se pronuncia de forma taxativa *“La realización de las operaciones consistentes en la redacción de una alternativa técnica donde se describa la ordenación del suelo, las cesiones a realizar a la Administración, las obras de urbanización con el detalle de los servicios y el coste de los mismos, los plazos de ejecución, etc., encaminadas a la calificación del suelo rústico en urbano constituyen actuaciones propias del ejercicio de una actividad económica de promoción inmobiliaria, en concreto gastos previos a la obtención de los correspondientes ingresos. Ahora bien, para que exista una actividad económica es necesario que el contribuyente lleve a cabo una 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. El inicio de tal ordenación, y por tanto, la existencia de una actividad económica, se configura como una cuestión de hecho sobre la que este Centro Directivo no puede pronunciarse”.*

Sorprende esta respuesta, ya que existe una reiterada y reciente doctrina de la Dirección General de Tributos que en consultas vinculantes, niega que exista ejercicio efectivo de la actividad mientras no se empiecen materialmente las obras, restando relevancia a las simples actuaciones preparatorias o tendentes a comenzar el desarrollo efectivo de la actividad²⁴.

²⁴ En este sentido, consultar la Resolución de la DGT1500/2006, de 13 de julio (JUR 2006\224360) *“Sin embargo, los datos aportados por la consultante permiten llegar a la conclusión de que no ha habido un inicio material de la actividad promotora. La mera intención o voluntad de llevarla a cabo no implica su comienzo efectivo. Por esta causa, el alta en el IAE no implica dicho comienzo. Del mismo modo, las*

La Resolución de la Dirección General de Tributos V2560/06, de 21 de diciembre (JUR 2007\51586), responde a la consulta de un contribuyente que va a realizar la venta de cinco apartamentos y un local promovidos por él hace unos años, sin que hasta el momento hayan tenido ningún destino específico. La respuesta de la Dirección General de Tributos es que: *“ La promoción inmobiliaria de viviendas para su posterior venta a terceras personas por parte del promotor constituye una actividad económica en la que las viviendas tienen la consideración de existencias y, en consecuencia, su transmisión genera rendimientos de actividades económicas y no ganancias o pérdidas patrimoniales.*

El transcurso de un plazo determinado, más o menos prolongado, entre la fase de construcción y la de venta no implica necesariamente el cese en el desarrollo de la actividad económica de promoción inmobiliaria y la desafectación de los elementos patrimoniales de la misma. ”

La Resolución de la Dirección General de Tributos V1482/08, de 16 de julio (JUR 2008\327023), responde a la consulta de varios contribuyentes que se dedican a la compraventa de terrenos sin ser urbanizadores ni tener vinculación alguna con ninguna sociedad mercantil dedicada a la urbanización o promoción inmobiliaria, y que hasta el 2007 las transmisiones de los mismos producían ganancias o pérdidas patrimoniales planteando la cuestión de si a partir de 2007 esto seguiría siendo así, la respuesta de la Dirección General de Tributos fue que de acuerdo con el artículo 27.1 de la LIRPF, la compraventa de inmuebles constituirá una actividad económica siempre que suponga por parte del contribuyente la ordenación por su cuenta de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos *“[...]con anterioridad a 1 de enero de 2007 el consultante no cumplía los requisitos previstos en el artículo 25.1 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, sin tampoco concurrir las circunstancias referidas en el apartado 2 del mismo artículo. De esta forma, al no desarrollar una actividad económica de conformidad con la normativa en vigor, las rentas derivadas de la venta de los terrenos hasta el 31 de diciembre de 2006 no tenían la consideración de rendimientos de la actividad económica, sino que tributaban como ganancias o pérdidas patrimoniales. Pues bien, los inmuebles adquiridos con anterioridad a 1 de enero de 2007, en los que se dé la circunstancia indicada de no encontrarse afecto a una actividad económica de compraventa en los términos señalados con anterioridad a esta fecha, no deberán tomarse en consideración a efectos de determinar si a partir de dicha fecha la actividad de compraventa de inmuebles desarrollada por el contribuyente pudiese calificarse como actividad económica de acuerdo con el artículo 27.1 de la LIRPF. Igualmente, en el caso de iniciarse dicha actividad económica, el contribuyente podrá no afectar a la misma los inmuebles indicados en el párrafo anterior”.*

La Resolución de la Dirección General de Tributos V0341/07, de 22 de febrero (JUR 2007/108864), responde a la consulta de una contribuyente propietaria de un terreno incluido en el Plan de Actuación Integrada, que se va a desarrollar a través de la figura del agente urbanizador que girará a la consultante los gastos y derramas de urbanización.

simples actuaciones preparatorias o tendentes a comenzar el desarrollo efectivo de la actividad, como la realización de distintas gestiones urbanísticas para la recalificación de terrenos, tampoco suponen su inicio material. Por tanto, la entidad no ha llegado a realizar la actividad promotora, por lo que ningún elemento de su activo ha estado afecto a la misma. ”

La Dirección General de Tributos mantiene, en relación con la venta de los terrenos ya urbanizados, el siguiente criterio: *“ Por el mero hecho de haberse visto obligada, como consecuencia de la ejecución del Plan de Actuación Integrada, a costear las obras de urbanización de las parcelas, la consultante no adquiere el carácter de empresario a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, pues se limita a llevar a cabo su financiación, sin realizar la ordenación por cuenta propia de los medios de producción. Ahora bien, cabría apreciar la existencia de la citada ordenación si, con anterioridad a las actuaciones mencionadas, la consultante desarrollaba actividades de promoción o si, con posterioridad a la adquisición del terreno, la condición de urbanizador hubiera recaído sobre ella”*

La Resolución de la Dirección General de Tributos V0804/07, de 17 de abril (JUR 2007\135461) reitera la doctrina anterior, añadiendo alguna matización con el valor añadido de que lo hace al amparo de la Ley 35/2006.

A la vista de esta doctrina administrativa, podemos sentar algunas conclusiones que serían las siguientes:

1. Venta por el contribuyente de terrenos previamente urbanizados. Cabe distinguir, a su vez, dos posibilidades:
 - a. Que los terrenos hubieran sido urbanizados directamente por el contribuyente. En este caso, se convertiría en empresario urbanizador y, en consecuencia, el importe obtenido a la venta de las parcelas se consideraría un rendimiento íntegro de actividad económica.
 - b. Que el contribuyente hubiese tenido los terrenos incluidos dentro de una unidad de ejecución del planeamiento, realizándose la ejecución mediante el sistema de compensación, de cooperación o por un agente urbanizador. Si el contribuyente se limita a soportar las derramas efectuadas para sufragar el coste de la urbanización, no se entenderá que realiza actividad económica alguna y, en consecuencia, la venta de las parcelas adjudicadas tributará como ganancia patrimonial. Ahora bien, si el contribuyente gestionase directamente la urbanización al participar activamente en la junta de compensación, si fuese promotor con anterioridad o con posterioridad a la urbanización de los terrenos o sí, finalmente, mantuviese alguna vinculación con la empresa urbanizadora, en tal caso se entendería por parte de la Dirección General de Tributos que si existe el ejercicio de una actividad económica y, en consecuencia, la venta de las parcelas originaría un rendimiento de esta naturaleza.
2. Promoción de edificaciones por parte del contribuyente. En este caso cabría diferenciar también distintas alternativas:
 - a. Autopromoción. En estos casos, dado que la actividad del contribuyente no se dirige a ofrecer bienes en el mercado, no adquiere el carácter de actividad económica.
 - b. Promoción de edificios para su venta. En este caso la venta de los inmuebles promovidos tributará como rendimientos de actividad económica.
3. Compraventa de inmuebles sin incorporación de coste alguno. En este supuesto, y con independencia del volumen de la actividad, no hay ordenación por cuenta propia de factores productivos para intervenir en la producción o distribución de bienes y

servicios, salvo que para el desarrollo de la actividad se encuentre con alguna infraestructura fiscal o laboral, lo que, en definitiva, nos remite a los anteriores requisitos del local y el empleado. No podemos olvidar que la regla general en el impuesto, contenida en el segundo párrafo del artículo 21.1 de la Ley del IRPF, es que la venta de elementos patrimoniales origine una ganancia patrimonial: *“No obstante, las rentas derivadas de la transmisión de la titularidad de los elementos patrimoniales, aun cuando exista un pacto de reserva de dominio, tributarán como ganancias o pérdidas patrimoniales, salvo que por esta ley se califiquen como rendimientos del capital”*.

Conclusión

Tras el completo análisis de la posición actual de la Dirección General de Tributos podemos responder de forma indubitada a la cuestión que nos plantea el caso.

Partiendo de la vinculación que D. Carlos Daniel mantiene con dos mercantiles dedicadas a la promoción inmobiliaria, y de la venta efectiva de los terrenos con posterioridad a la jubilación de D. Carlos Daniel hemos de considerar que las rentas obtenidas han de ser calificadas como actividades económicas, pues, aunque no exista una promoción de viviendas en los mismos para su posterior venta a terceros, los terrenos tienen consideración de existencias²⁵ y en consecuencia generan rentas de actividades económicas. Actividades económicas que D. Carlos Daniel ha venido realizando con anterioridad (por eso discute la desafectación de los terrenos) en su condición de promotor tanto como persona física como desde las personas jurídicas a las que D. Carlos Daniel está vinculado.

Llegados a este punto, hemos de recordar, que la transmisión de elementos afectos a actividades económicas origina ganancias o pérdidas patrimoniales que no forman parte del rendimiento neto de la actividad. La calificación de estos terrenos como activo corriente, pues son activos vinculados a la explotación, negará la posibilidad de que estos produzcan ganancias o pérdidas por transmisión de elementos patrimoniales afectos a actividades económicas y sean simplemente rentas de las mismas. Pero esto será objeto de análisis en la siguiente cuestión.

²⁵ Estos terrenos se califican como existencia atendiendo a la Orden de 28 de diciembre de 1994 por la que se aprueban las Normas de Adaptación del Plan General de Contabilidad a las Empresas Inmobiliarias. En el mismo sentido, la STS de 4 de marzo de 2015 (RJ 2015/1096) *“la inclusión de un elemento en el activo fijo o circulante de la contabilidad de la empresa depende del destino del bien en la empresa que, además, puede ser objeto de modificación en el periodo de su permanencia en la empresa. De esta forma, los inmuebles destinados a ubicar los servicios de la empresa a través de los cuales desarrolla su actividad son bienes del inmovilizado material, por tanto, acogibles a los beneficios fiscales controvertidos, mientras que los destinados a la venta, tanto construidos como adquiridos por la empresa, son bienes del circulante, en concepto de existencias y, por tanto, no pueden acogerse a los referidos beneficios fiscales.”*

CUESTIÓN 5ª: Los coeficientes reductores o de abatimiento.

Para responder a esta cuestión hemos de partir de la anterior, donde clasificamos los terrenos vendidos por D. Carlos Daniel como afectos a actividades económicas. Parece que D. Carlos Daniel adquirió estos terrenos con anterioridad al 31 de diciembre de 1994 y la cuestión quinta plantea si pueden aplicarse los coeficientes de abatimiento previstos en la Ley.

¿Que son y cómo se aplican los coeficientes de abatimiento?

Pues bien, para aquellos elementos patrimoniales adquiridos antes del 31 de diciembre de 1994, la Ley 26/2014 modifica el régimen transitorio regulado en la Disposición Transitoria novena de la Ley 35/2006 del IRPF que permite reducir la ganancia del patrimonio en función de la aplicación de unos coeficientes de abatimiento. Resalta que dicho régimen solamente era aplicable en la parte de ganancia patrimonial general antes del 20 de enero de 2006, de tal forma que la parte de la ganancia generada con posterioridad a dicha fecha no es objeto de reducción, tributando integralmente en la base imponible del ahorro conjuntamente con la ganancia generada antes del 20 de enero de 2006, una vez reducida ésta mediante la aplicación de los coeficientes reductores previstos en la norma.

Desde el 1 de enero de 2015, se fija un cupo no anual de valor de las transmisiones de elementos patrimoniales por contribuyente hasta 400.000 €. Una vez alcanzada esta cifra, al exceso no se le aplican los coeficientes reductores. De este modo, la extinción de los coeficientes de abatimiento se produce por agotamiento de la cuantía de los 400.000 € a las ganancias patrimoniales obtenidas desde el 1 de enero de 2015.

Resaltar, que el límite es de valor de las transmisiones, no de las ganancias. En el momento que la suma de elementos patrimoniales transmitidos supere el valor de transmisión de 400.000 €, la ganancia patrimonial tributará en su totalidad sin la aplicación de los coeficientes reductores.

Alguna de las características de este régimen transitorio son:

1.º Es de aplicación exclusivamente a las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto en la transmisión de elementos patrimoniales no afectos a actividades económicas, adquiridos antes del 31 de diciembre de 1994. Es preciso conocer la fecha de adquisición del elemento transmitido, la cual se determinará conforme a lo establecido en el artículo 1462 del Código Civil²⁶ *“Se entenderá entregada la cosa vendida, cuando se ponga en poder y posesión del comprador. Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario”.*

2.º Las ganancias patrimoniales obtenidas han de proceder de transmisiones, onerosas o lucrativas, de bienes o derechos, por lo que no resulta aplicable dicho régimen a las ganancias que se pongan de manifiesto como consecuencia de la incorporación de bienes o derechos al patrimonio del sujeto pasivo sin que exista una transmisión previa, como es el caso de premios obtenidos en concursos o ganancias de juego.

²⁶ En este sentido, ver la Resolución de la DGT V2332/06, de 23 de noviembre (JUR 2007/7199).

3.º El elemento patrimonial transmitido no puede estar afecto, ni total ni parcialmente, a una actividad económica realizada por el contribuyente. A este respecto, la Disposición Transitoria 9.ª de la Ley del IRPF, en su apartado dos, señala que se consideran elementos patrimoniales no afectos a actividades económicas aquellos en los que la desafectación de estas actividades se haya producido con más de tres años de antelación a la fecha de la transmisión.

De esta forma, si un elemento estuvo afecto y posteriormente fue objeto de desafectación, podría aplicarse a la ganancia obtenida el régimen transitorio si hubiera transcurrido más de tres años desde la desafectación a la fecha de transmisión.

4.º El régimen consiste en la aplicación de determinados porcentajes reductores sobre las ganancias patrimoniales. Los coeficientes reductores a aplicar dependen del elemento patrimonial objeto de transmisión:

- un 11,11 % para bienes inmuebles, derechos sobre los mismos o valores de las entidades comprendidas en el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, con excepción de las acciones o participaciones representativas del capital social o patrimonio de las Sociedades o Fondos de Inversión Inmobiliaria.
- un 25% para acciones admitidas a cotización con excepción de las acciones representativas del capital social de sociedades de Inversión Mobiliaria e Inmobiliaria.
- un 14,28% para los restantes elementos patrimoniales.

5.º Se toma como fecha límite a efectos de reducción el 31 de diciembre de 1996. De esta forma, una vez calculada la ganancia patrimonial de acuerdo a las normas generales o específicas, la ganancia se reducirá aplicando los porcentajes de abatimiento antes señalados por cada año de permanencia en el patrimonio que exceda de dos, desde la fecha de adquisición hasta el 31 de diciembre de 1996.

6.º No se reducen las pérdidas patrimoniales y por tanto, no se aplica dicho régimen a las mismas.

Otros datos a tener en cuenta para la aplicación de los coeficientes de abatimiento.

En la medida en que el carácter de afecto incide en el tratamiento fiscal, el artículo 28.3 LIRPF establece una cautela para evitar que el contribuyente pueda libremente afectar los elementos patrimoniales. El precepto indicado contempla un período mínimo de tres años para que la afectación sea efectiva, ya que, si se produce la transmisión del elemento patrimonial antes de dicho plazo, no se considerará afecto²⁷. El período mínimo de tres años para la desafectación es sólo para permitir aplicar la DT 9ª LIRPF, por tanto, para aplicar o no coeficientes de abatimiento.

²⁷ DT 9ª. 2 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

El plazo de tres años exigibles para la desafectación se exige incluso cuando se trate del cese de la actividad²⁸. Ahora bien, el plazo se exige sólo para la aplicación de los coeficientes de abatimiento por lo que, aun antes de dicho plazo, la desafectación de mercancías se produce y la venta posterior de las mismas es ganancia patrimonial, no venta.

Conclusión

Con base a lo expuesto, advertimos como no se podrían aplicar los coeficientes de abatimiento que alegan los herederos de D. Carlos Daniel, pues, partiendo de la calificación de los terrenos como afectos a actividades económicas, considerándolos existencias (conclusión de la cuestión 3ª), no se pueden aplicar los coeficientes de abatimiento de la DT 9ª de la LIRPF aunque la transmisión de elementos patrimoniales afectos origina, como ya se ha señalado también, ganancias o pérdidas patrimoniales que no forman parte del rendimiento neto de la actividad.

Por otro lado, aunque se pudiese dictaminar que los terrenos no están afectos a actividades económicas, es clara la postura de la Dirección General de Tributos de acuerdo con la cual cuando un bien estuvo afecto, se desafecta y se trasmite una vez la desafectación adquiere efectividad, solo podrán aplicarse los coeficientes de abatimiento si han transcurrido tres años desde la desafectación. Por ello, si los herederos de D. Carlos Daniel (teniendo en cuenta lo que se expresa en el enunciado de la cuestión tercera) fijan la fecha de cese de actividad coincidente con la de jubilación de D. Carlos Daniel (30 de junio de 2014), los terrenos son transmitidos en el año de 2015, por lo que no han transcurridos los tres años para poder aplicar los coeficientes de abatimiento con independencia de que los terrenos estén afectos o no a las actividades económicas.

CUESTIÓN 6ª: La apartación y su tributación.

Esta cuestión sexta hace referencia a un tema muy de actualidad en la Comunidad Autónoma gallega, la figura de la apartación y su tributación, no ha estado exenta de polémicas surgidas entre los contribuyentes gallegos y la Agencia Tributaria. Diferentes sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y del Tribunal Supremo han ido poniendo en orden la tributación de las apartaciones, lo cual, sumado a las reducciones por parentesco aprobadas por el Decreto Legislativo 1/2011, de 28 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de Tributos cedidos por el Estado, y al temor a que se produzca un cambio legislativo, está provocando un incremento notable en la formalización de apartaciones.

Según datos ofertados por el periódico *La Voz de Galicia*²⁹, al cierre de 2016 (primer año completo de efectos producidos por la reducción) se habían presentado 24.000

²⁸ Así lo señala la Resolución de la Dirección General de Tributos V0006/00, de 9 de febrero (JUR 2002\606065). En el mismo sentido la SAN de 14 de abril de 2010 (JUR 2010\133050).

²⁹ SANTAMARTA, R. (8 de enero de 2017). Las herencias en vida marcan un hito en Galicia con más de 60 casos al día. *La Voz de Galicia*. Recuperado de: http://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/economia/2017/01/08/herencias-vida-marcan-hito-galicia-60-casos-dia/0003_201701G8P30994.htm.

autoliquidaciones por pactos sucesorios, lo que suponen 63 solicitudes al día, el doble que en el año 2015³⁰.

Partiendo de este contexto, hemos de analizar la naturaleza de la apartación y su tributación para dar respuesta a la cuestión sexta formulada por Dña. Dulce.

La sucesión paccionada en la Ley de Derecho Civil de Galicia 2/2006. En concreto la apartación.

Para el estudio del pacto de apartación hemos de comenzar enunciando algunas reglas comunes a los pactos de mejora y apartación. El artículo 209 de la LDCG enuncia los dos tipos de pactos sucesorios objeto de regulación típica: los pactos de mejora y de apartación, precisando qué tal regulación no prejuzga la existencia de otros pactos sucesorios admisibles en el Derecho Civil de Galicia.

El artículo 209 de la LDCG avala la validez y eficacia, en las sucesiones regidas por esta norma, de la modalidad de delación paccionada de la herencia posibles de conformidad con el Derecho civil territorial común y que supone una excepción a la regla de la interdicción de estos pactos. Al margen de estos supuestos, el resto de pactos sucesorios que no encuentre su amparo en una norma, estatal o gallega, serán nulos de pleno derecho³¹.

El artículo 210 de la LDCG establece los específicos requisitos de capacidad que se requieren para otorgar válidamente pactos sucesorios así, las partes del pacto han de gozar de la plena capacidad de obrar. El incumplimiento de esta exigencia de capacidad conlleva la sanción de anulabilidad del pacto de conformidad con las reglas contempladas en los artículos 1300 y 1301 del CC, como sanción general aplicable a los supuestos de negocios jurídicos otorgados por sujetos aquejados de defectos o vicios de capacidad.

Por su parte, el artículo 211 de la LDCG contempla como requisito de forma "*ad solemnitatem*" de los pactos sucesorios, el otorgamiento en escritura pública, bajo sanción, para el caso de incumplirse este requisito, de no producir efecto alguno. Se configuran así los pactos sucesorios como negocios jurídicos formales, erigiéndose la integración de la forma notarial en un requisito de validez de los mismos. Lo que no exige la validez de los pactos sucesorios es la unidad del acto, en el sentido de que la aceptación por el mejorado o por el apartado, según el caso que se trate, puede suceder en un momento temporal posterior al otorgamiento, sin que haya de vincularse, como regla general, a la aceptación de la herencia.

³⁰ El Instituto Galego de Estatística no ofrece datos relacionados con el tema para el año 2016, siendo el último año del que oferta datos el 2015. Como la reforma que amplía las reducciones de carácter subjetivo fueron introducidas por la Ley 13/2015, de 24 de diciembre, con entrada, en vigor el 1 de enero de 2016, los datos del ejercicio de 2015 ofertados por el Instituto Galego de Estatística no son válidos para este análisis.

³¹ Artículo 6.3 del Código Civil: "*Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*".

Los pactos sucesorios que se regulan en la LDCG están sometidos a la publicidad que concede el Registro General de Actos de Última Voluntad, en el que deben hacerse constar.³²

Nos centramos aquí de forma específica en el pacto sucesorio de apartación o *apartamiento*, regulado en la Sección 4ª (artículos 224 a 227) del Capítulo III del Título X de la LDCG. Consiste en la exclusión irrevocable de un legitimario y de su linaje de la condición de heredero forzoso en la sucesión del apartante a cambio de bienes concretos que le son adjudicados por éste³³.

El pacto de apartación supone por tanto un anticipo de la legítima – el apartado recibe un bien determinado- y el causante se libera de los obstáculos derivados de la existencia del legitimario apartado que le impedirían realizar liberalidades por cualquier título.

Es un negocio jurídico con eficacia *inter vivos*, en virtud del cual un legitimario –o varios- se excluyen voluntariamente de la futura sucesión, tanto si ésta se defiere en virtud de testamento, como si se defiere *ab intestato*.

El artículo 225 de la LDCG prescribe que el pacto de apartación puede tener como objeto cualquier bien o derecho, independientemente de su valor. En consecuencia, los bienes que constituyen el objeto del negocio de apartación pueden atribuirse al apartado en propiedad, en usufructo o en cualquier otro concepto. En el caso de la atribución de bienes en propiedad, la apartación produce la transmisión de la propiedad sin necesidad de esperar al fallecimiento del apartante y la consiguiente legitimación del apartado como propietario para el ejercicio de todas las facultades y acciones inherentes al derecho que recibe³⁴.

Sin embargo, no puede afirmarse que como consecuencia de la apartación, el legitimario pierda de manera absoluta esta condición, pues en el caso de que no exista el bien objeto de la prestación a que se obliga el apartante, se frustre su percepción o la conservación del mismo por causas imputables al causante o a los herederos de éste, el apartado recuperaría su condición de legitimario.

La LDCG no prevé ninguna consecuencia para el caso de disposiciones testamentarias de contenido patrimonial realizadas por el apartante a favor del apartado. Si aquellas disposiciones han sido realizadas con anterioridad al negocio de apartación y se refieren a la legítima del apartado, pierden su eficacia, pero se mantiene la de aquéllas que no se refieran a la legítima, así como la de todas las atribuciones patrimoniales realizadas en testamento de fecha posterior a la apartación.

El artículo 227 de la LDCG establece que, como regla general y salvo dispensa expresa por el apartante, lo dado en apartación ha de traerse a colación si el apartado o sus descendientes concurrieran a la herencia con otros legitimarios. La colación habrá de realizarse teniendo en cuenta la regla contemplada en el 244 de la LDCG, a tenor de la

³² Artículo 3.a del Anexo II del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notario.

³³ Artículo 224 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia: “*Por la apartación quien tenga la condición de legitimario si se abriera la sucesión en el momento en que se formaliza el pacto queda excluido de modo irrevocable, por sí y su linaje, de la condición de heredero forzoso en la herencia del apartante, a cambio de los bienes concretos que le sean adjudicados.*”

³⁴ En este sentido, SAP de Pontevedra de 11 de febrero de 2009 (JUR 2009\190998).

cual, en orden a su valoración, se tendrá en cuenta el momento de la transmisión de la propiedad al apartado, actualizándose monetariamente en el momento de efectuarse el pago de la legítima. Además, han de tenerse en cuenta todas las ideas ya expuestas cuando se trató el tema de la colación en la resolución de la cuestión primera de este TFG. Cabe añadir en este punto, como complemento a lo ya expuesto sobre la colación, que la dispensa de realizar la colación, como acto de disposición *mortis causa*, es libremente revocable.³⁵ Puede formalizarse en el propio testamento o en el título acreditativo del negocio gratuito de transmisión del bien colacionable, sin que, en este último caso, la dispensa pueda revocarse en testamento, aunque sí quepa su revocación en los casos de revocación de la donación al amparo de las previsiones de los artículos 644 y ss. del CC.

La dispensa de la obligación de colacionar no puede realizarse después de la donación y en un negocio distinto del testamento, aun cuando aquel reúna los requisitos formales de la donación y ello porque aunque el testador – donante- conserva su plena libertad para regular su sucesión en la forma que estime oportuno, ha de considerarse que la dispensa forma parte del negocio lucrativo aceptado de manera global por el donatario, de tal forma que la revocación de la dispensa supone una alteración sustancial en la base del negocio.

La dispensa de la obligación de colacionar por el apartado puede realizarse formando parte del negocio apartacional, sin perjuicio de la admisibilidad de la misma realizada en un testamento posterior. En el primer caso, como quiera que forma parte de la base del negocio de apartación, no podrá ser revocada ulteriormente, salvo en el caso de revocación del negocio en su conjunto. En el segundo supuesto, podrá ser revocada de conformidad con las normas que rigen la revocación del testamento en que haya sido dispuesta.

La tributación en los supuestos de sucesión paccionada. En concreto sobre la apartación.

Como hemos señalado, la apartación se trata de un auténtico pacto sucesorio y no de una mera liberalidad del causante en tanto que supone un anticipo de la legítima: el apartado recibe un bien determinado o una pluralidad de bienes determinados y el causante se libera de los obstáculos derivados de la existencia del legitimario.

Pues bien, partiendo de la calificación de la apartación como pacto sucesorio, hemos de tener en cuenta una serie de consecuencias fiscales a las que han de enfrentarse tanto el apartante como el apartado y que pueden en gran medida, y desde un punto de vista economicista, hacer perder atractivo al negocio de la apartación.

La apartación en el ISD

No parece ofrecer dudas la idea de que, al tratarse de un pacto sucesorio, como tal, debe asimilarse a las adquisiciones a título gratuito por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio. Por ello nos encontramos ante un hecho imponible encuadrable en las

³⁵ STS, de 13 de marzo de 1989 (RJ 1989\2036).

adquisiciones *mortis causa*³⁶. Siguiendo esta misma línea, la Dirección General de Tributos, en su Resolución V1769/07 de 8 de agosto (JUR 2007\314866) señala que *"las apartaciones gallegas implican incrementos obtenidos a título lucrativo que encajan dentro de los supuestos del hecho imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones por lo que, siempre que se cumplan los requisitos determinados en el artículo 20.2.c) de la Ley 29/1987, no hay obstáculo alguno para la aplicación de la reducción contemplada en dicho artículo, apartado y letra"*

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia también define a la apartación en su naturaleza jurídico-tributaria como un negocio *mortis causa*³⁷ con razón en los elementos subjetivos de la apartación, el apartado es heredero legitimario, y el apartante es el causante, por lo que la apartación se asimila a una adquisición *mortis causa* de realización anticipada, siendo claro que solo quienes reúnan los requisitos necesarios para ser calificados como causante y heredero forzoso pueden acudir a la apartación³⁸, y solo en base a la posición jurídica de estos sujetos puede determinarse la naturaleza sucesoria de los bienes o derechos transmisibles a título gratuito.

La línea interpretativa del Tribunal Superior de Justicia de Galicia sufrió un giro importante a partir de 2010 cuando comienza a defender a la apartación como un negocio jurídico adquisitivo *inter vivos*³⁹. El principal argumento para este cambio de doctrina se basa en que la apartación, al igual que la mejora, es un pacto sucesorio en el que se transmiten bienes a favor del apartado o mejorado sin necesidad de que se abra la sucesión por el fallecimiento del causante.

Así, en el año 2014, de nuevo el Tribunal superior de Justicia de Galicia vuelve a abrazar la naturaleza jurídico-tributaria de la apartación, poniendo énfasis de nuevo en los elementos subjetivos de este negocio jurídico y concretamente afirmando: *"A ello se une, con que no podemos desvincular la naturaleza de la apartación, de los sujetos que adquieren la condición de apartante y apartado, que necesariamente han de ocupar la posición de causante y legitimario, correspondientes a un negocio jurídico mortis causa."*⁴⁰

Estudiando de nuevo ambos planteamientos, en el primero y último de ellos el Tribunal gallego se dirige a la cualidad subjetiva de los otorgantes del pacto sucesorio, y entiende que al concurrir en ellos la consideración de causante y heredero forzoso, estos pactos sucesorios han de ser calificados como adquisiciones *mortis causa*. Por el contrario, en la segunda tesis, el órgano jurisdiccional se fija en el tiempo del pacto, produciéndose la adquisición en vida de los otorgantes del negocio jurídico, predominando así la

³⁶ Artículo 3.1. a) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, de Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones *"Constituye el hecho imponible: a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio"*.

³⁷ STSJ de Galicia 382/2006, de 22 de marzo (JUR 2007\209063). Sentencia muy relevante por su futura implicación en la doctrina del TSJ de Galicia y en la STS 49/2016, de 9 de febrero (RJ 2016\1365).

³⁸ Artículo 224 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia *"Por la apartación quien tenga la condición de legitimario si se abriera la sucesión en el momento en que se formaliza el pacto queda excluido de modo irrevocable, por sí y su linaje, de la condición de heredero forzoso en la herencia del apartante, a cambio de los bienes concretos que le sean adjudicados"*.

³⁹ STSJ de Galicia 30/2012, de 30 de enero (JUR 2012\59769), 55/2010, de 2 de junio (JUR 2010\329723).

⁴⁰ STSJ de Galicia 616/2014, de 29 de octubre (JUR 2015\29218). En el mismo sentido STSJ de Galicia 100/2015, de 4 de marzo (JT 2015\693).

calificación de adquisición *inter vivos*. Ambos planteamientos analizan la naturaleza del pacto desde un punto de vista civil, prescindiendo por completo de la normativa tributaria y de sus consecuencias.

El párrafo segundo del artículo 24.1 de la LISD dispone que *“No obstante, en las adquisiciones producidas en vida del causante como consecuencia de contratos y pactos sucesorios, el impuesto se devengará el día en que se cause o celebre dicho acuerdo”*. Lo que parece estar más en consonancia con la segunda doctrina del TSJ de Galicia, ya que el devengo no se produce con el fallecimiento del apartante sino el día en que se celebre el pacto sucesorio, lo que implicará que los bienes y derechos que integran la apartación deberán valorarse en la fecha correspondiente al día de celebración del pacto sucesorio.

Si nos fijamos en la ubicación del párrafo segundo del artículo 24.1 en la LIDS, vemos que sistemáticamente aparece entre las adquisiciones *mortis causa* *“En las adquisiciones por causa de muerte [...]el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante o del asegurado o cuando adquiriera firmeza la declaración de fallecimiento del ausente, conforme al artículo 196 del Código Civil. No obstante, en las adquisiciones producidas en vida del causante como consecuencia de contratos y pactos sucesorios, el impuesto se devengará el día en que se cause o celebre dicho acuerdo”*, mientras que en el apartado segundo del mismo se regulan las transmisiones lucrativas *inter vivos* volviendo a señalar que la fecha del devengo será la del día de la celebración del acto o contrato. Todo ello nos puede llevar a concluir, como señala el Prof. ROBERTO IGNACIO FERNÁNDEZ LÓPEZ⁴¹ que en la mente del legislador siempre ha estado presente asimilar los pactos sucesorios a las herencias y no a las donaciones, lo que ha llevado al Profesor a las siguientes conclusiones:

“1ª) Como principio general, la apartación sólo puede calificarse como adquisición inter vivos en el ISD a efectos del devengo, pues no cabe duda que el nacimiento de la obligación tributaria se produce en vida del apartante y del apartado aunque con efectos sólo para este último.

2ª) Como consecuencia de ello, en los restantes elementos del ISD la apartación actúa como adquisición mortis causa, por lo que, salvo que una disposición legal diga expresamente lo contrario, en principio, en una apartación deben aplicarse las reducciones en base imponible previstas por la normativa autonómica de Galicia para las adquisiciones mortis causa.

3ª) Singularmente, en Galicia sí existen disposiciones legales expresas que contemplan la salvedad mencionada en la conclusión anterior. En concreto, el art.8.6 del Decreto Legislativo 1/2011 establece que en la adquisición, por medio de pactos sucesorios, de bienes y derechos afectos a una actividad económica, de participaciones en entidades y de explotaciones agrarias, los requisitos para la aplicación de la reducción en base imponible serán los establecidos para las adquisiciones inter vivos. Así pues, respecto a la transmisión gratuita de los citados bienes y derechos, la apartación gallega funciona a todos los efectos como pacto sucesorio sujeto al régimen de las adquisiciones inter vivos del ISD”.⁴²

⁴¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, R. I., “Los pactos sucesorios del derecho civil de Galicia desde la perspectiva tributaria”, en *Dereito*, nº1, 2014, p. 8

⁴² FERNÁNDEZ LÓPEZ, R. I., “Los pactos sucesorios del derecho civil de Galicia desde la perspectiva tributaria”, op. cit., pp. 8-9

La apartación en el IRPF

No es menos importante analizar las consecuencias que se derivan en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. El problema que se ha planteado con el IRPF, es si están sujetas a tributación transmisiones que tienen lugar por causa de muerte que suponen una variación económica en el patrimonio del causante, es decir, una ganancia o pérdida patrimonial, lo que se conoce como "la plusvalía del muerto".

Actualmente, la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF (como ya se mencionó con anterioridad en este trabajo), en su artículo 33.3.b)⁴³ establece que estas ganancias/pérdidas patrimoniales son operaciones no sometidas a tributación en el IRPF.

La administración tributaria ha sido reacia a considerar que los pactos sucesorios son realmente transmisiones no sometidas a IRPF en cuanto se trata de operaciones *inter vivos*. El Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha declarado reiteradamente la no sujeción al IRPF de la ganancia o pérdida patrimonial que se pone de manifiesto en los pactos sucesorios de mejora o apartación por determinar que la naturaleza jurídica es *mortis causa* y que dicho pacto debe recibir el trato de lo sucesorio. Así lo expresa claramente la STSJ de Galicia 549/2012, de 24 de septiembre (JT 2012\1130): "*en primer lugar la inexistencia de ganancia patrimonial sujeta a tributación del IRPF, pues la apartación constituye un pacto sucesorio (un pacto aleatorio de anticipo de legítima), y el artículo 33.3 b) de la Ley del IRPF (RCL 1998, 2866) establece que se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente y porque además la solución contraria implicaría una discriminación y un agravio comparativo con respecto al causante vivo, que en uso de la facultad reconocida en el artículo 225 de la Ley de derecho civil de Galicia (LG 1995, 184), transmite la herencia en vida, a diferencia del causante que transmite la herencia en el momento de la defunción.*"⁴⁴

Al año siguiente la Sentencia del TSJ de Galicia 73/2013 de 6 de febrero (JUR2013\94829) siembra un breve desconcierto, ya que se posiciona en contra de la doctrina antes mencionada afirmando que: "*en la medida en que nos encontramos ante un pacto sucesorio en el que se transmiten bienes a favor de los mejorados sin necesidad de que se abra la sucesión por el fallecimiento del causante, ha de equipararse a la transmisión inter vivos a efectos de su tributación*". Dicha sentencia fue declarada nula por el Auto del TSJ de Galicia, de 16 de mayo de 2013 (JUR 2013\267158) por producirse un error de intertextualización en la mecanización de la sentencia, de la que resulta un perjuicio para la parte demandante, y substituida por la Sentencia del TSJ de Galicia 484/2013, de 19 de junio (JT 2013\1488) volviendo a encuadrarse en la doctrina del TSJ de Galicia "*estamos ante un pacto sucesorio cuyo devengo se anticipa al fallecimiento del causante, lo que justifica que se liquide el Impuesto de Sucesiones y Donaciones y, por tanto, no proceda la tributación por IRPF, conforme a lo regulado en el artículo 33.3, b) de la Ley del Impuesto.*"

⁴³ Artículo 33 "*Concepto. 3. Se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial en los siguientes supuestos: [...] b) Con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente*".

⁴⁴ En este mismo sentido: STSJ de Galicia 508/2012, de 16 de julio (JUR 2012\270734), y la 12/2013, de 23 de enero (JUR 2013\56863).

Como ya se ha anticipado, la administración tributaria seguía empecinada en que estos pactos sucesorios tributasen por ganancias / pérdidas en el IRPF. Así, la Resolución de la Dirección General de Tributos V2643/13, de 4 de septiembre (JUR 2013\339594) insiste: *“ Por tanto, la transmisión por la consultante de unas fincas a dos de sus hijas mediante el pacto sucesorio de mejora comporta, a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, una alteración en la composición de su patrimonio que ocasiona una variación en su valor, es decir, se producen unas ganancias o pérdidas patrimoniales por la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión de los elementos patrimoniales (fincas) adjudicados en la mejora, tal como resulta de lo dispuesto en los artículos 33.1 y 34 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”*.⁴⁵

A ello sale al paso el Tribunal Supremo, por medio de la Sentencia de 9 de febrero de 2016 (RJ 2016\1365) dictada en recurso de casación en interés de la Ley, rescatando la idea de que el pacto sucesorio es un concepto jurídico cuyo contenido –al no existir una delimitación fiscal autónoma y propia, ni en el ISD, ni en el IRPF- ha de determinarse acudiendo al Derecho Civil, donde no hay fricciones en cuanto a considerarlo una operación relativa a la sucesión. Asimismo, señala que estamos ante un concepto jurídico de significación unívoca, por lo que no cabe otorgarle distinto significado según estemos ante el Impuesto sobre Sucesiones o en el IRPF, que es lo que pretende la Administración. Si es una transmisión mortis causa, lo es a todos los efectos tributarios *“ sin que su naturaleza jurídica sufra porque el efecto patrimonial se anticipe a la muerte del causante, que constituye, como no puede ser de otra forma en los negocios mortis causa, la causa del negocio”*. Por otro lado, *“de haberse querido excluir, el legislador bien podría haber excluido los pactos sucesorios, o imponer como condición la muerte física del contribuyente, al no hacerlo no es más que por su expresa voluntad de haber querido comprenderlo en la inexistencia de ganancia o pérdida patrimonial”*.

Con relación en concreto de la apartación, el alto Tribunal considera que estamos ante un pacto sucesorio cuya tributación en nada difiere de los demás de su categoría, no excluyéndolo el hecho de que se trate precisamente de una preterición de la sucesión, por cuanto los pactos sucesorios pueden clasificarse en pactos de suceder, pactos de no suceder y los que versan sobre la herencia de un tercero.

Un último detalle, es el hecho de que se pueda utilizar esta figura de la apartación para facilitar posibles fraudes fiscales, resulta un argumento antijurídico e inútil, según el Tribunal Supremo, para ayudar a la interpretación del art. 33.3.b) Ley 35/2006 de la Ley del IRPF, puesto que en la mano de la Administración está el evitarlo, mediante los servicios de inspección o mediante la reforma legal incorporando cláusulas, como se conocen en algunas normas forales, para evitar estas conductas intolerables.

La apartación en el IIVTNU

Al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana ya nos hemos referido con antelación en este trabajo (cuestión 2ª), pero ahora es necesario analizar si los pactos de suceder pueden o no estar sujetos a este polémico impuesto. El artículo 104 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, define el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana como un tributo directo que

⁴⁵ En el mismo sentido: Resolución de la DGT V3558/13, de 9 de diciembre (JUR 2014\43014).

grava el incremento de valor que experimenten dichos terrenos y se ponga de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los terrenos por cualquier título, o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos.

Era costumbre de las Haciendas Locales que ante la realización de un pacto sucesorio se produjese la exacción automática del impuesto, sin importarles que exista tal incremento o no del valor de estos terrenos, proclamando que el hecho imponible tenía como presupuesto la existencia de un efectivo incremento, quedando los pactos de mejora y apartación sujetos al IIVTNU.

El problema es que la regulación del impuesto atribuye, en todo caso, una plusvalía, sin admitir la posibilidad de impedir el gravamen de minusvalías reales ni de acreditar la existencia de esa minusvalía, lo que conduce al gravamen de un inexistente incremento del valor de los terrenos y por tanto un gravamen de una inexistente capacidad económica, pudiendo llegar incluso a ser confiscatorio. El Tribunal Constitucional en su Sentencia 26/2017, de 16 de febrero de 2017 (JUR\2017\36067)⁴⁶, abre la posibilidad a que el vendedor del inmueble pueda demostrar que el precio de venta es inferior al de la compra, algo que cualquier ciudadano mínimamente informado tiene fácilmente realizable a través del cotejo de escrituras de adquisición y transmisión, o incluso resulta de las valoraciones mismas de la Hacienda Autonómica, quedando así demostrada una situación inexpresiva de capacidad económica, lo que en palabras del propio Tribunal Constitucional contradice formalmente el principio de capacidad económica que la Constitución garantiza en su artículo 31.1.

Cabe resaltar de nuevo que esta sentencia se refiere al no incremento del valor de los bienes inmuebles en transmisiones onerosas. En el caso de los pactos sucesorios, al tratarse de transmisiones lucrativas cuyo sujeto pasivo sería el apartado o mejorado⁴⁷, queda por ver que se pueda aplicar esta u otras recientes resoluciones del Tribunal Constitucional.

Conclusión

Contextualizando todo lo anterior para su aplicación a la resolución de la cuestión sexta del caso, hemos de afirmar el acierto en la consideración del notario al afirmar a Dña. Dulce que la apartación es un negocio *mortis causa*, tal como establece la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia y el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en múltiples sentencias, aunque su eficacia sea *inter vivos*.

Como hemos señalado, la apartación que Dña. Dulce recibe de su padre tiene relevancia tributaria con respecto a tres tributos:

⁴⁶ Ya analizada para resolver la Cuestión 2ª.

⁴⁷ Artículo 106.1 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, Ley Reguladora de las Haciendas Locales " 1. Es sujeto pasivo del impuesto a título de contribuyente: a) En las transmisiones de terrenos o en la constitución o transmisión de derechos reales de goce limitativos del dominio a título lucrativo, la persona física o jurídica, o la entidad a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que adquiera el terreno o a cuyo favor se constituya o transmita el derecho real de que se trate."

1. Desde el punto de vista del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en vista de que es un negocio *mortis causa* por la doctrina sentada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (con independencia de que el TSJ de Galicia en el pasado lo definiese como un negocio *inter vivos*), Dña. Dulce puede acogerse a las reducciones por parentesco aprobadas por el Decreto Legislativo 1/2011, de 28 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de Tributos cedidos por el Estado.
2. Desde el punto de vista del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y, para concretar más aún la respuesta que hemos de dar a la cuestión sexta planteada por Dña. Dulce, ni ella ni su difunto padre tendrán que imputarse ninguna cantidad, en ningún concepto, en sus respectivos IRPF. Dña. Dulce ya no podría imputarse nada, pues como ya se resolvió en la cuestión 2ª, existe una incompatibilidad del ISD con el IRPF⁴⁸. Donde podría surgir la duda es en el IRPF de su padre, ahora causante, D. Carlos Daniel, pero la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2016⁴⁹, dictada en recurso de casación en interés de la Ley, elimina por completo los intereses de la Administración Tributaria de que los pactos sucesorios generasen ganancias/ pérdidas patrimoniales, por lo que D. Carlos Daniel tampoco ha de imputarse nada, al ser estos pactos sucesorios *mortis causa*. Y como establece la propia Ley del IRPF en su artículo 33.3.b), estas ganancias/ pérdidas patrimoniales no han de tributar en el IRPF.
3. Con respecto al IIVTNU, no podemos más que resumir mínimamente lo ya comentado en el apartado anterior. El supuesto de hecho encaja perfectamente en los pactos sucesorios sobre inmuebles urbanos, pero cada vez son más las posibilidades de no tener que hacer efectivo este tributo si no se pone de relieve el incremento en el valor del bien siguiendo los criterios fijados por el Tribunal Constitucional.

CUESTIÓN 7ª: Situación de los apartados con respecto a la herencia de su causante.

En esta cuestión séptima nos encontramos que D. Carlos Daniel ha fenecido en enero del año 2016, dejando a sus herederos instituidos a partes iguales mediante testamento. Su hija Dña. Dulce, ha sido apartada con posterioridad al testamento por el propio D. Carlos Daniel, antes de su muerte, en virtud de escritura pública con fecha de 12 de enero de 2015. La cuestión séptima nos plantea si el testamento podrá seguir vigente aun habiendo sido apartada Dña. Dulce y por lo tanto, se plantea si Dña. Dulce podrá heredar aun siendo apartada y si no puede heredar, se cuestiona que ha de pasar con su cuota.

⁴⁸ Así lo establece el artículo 6.4 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF "No estará sujeta a este impuesto la renta que se encuentre sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones" y el artículo 4 del Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del ISD "En ningún caso un mismo incremento de patrimonio podrá quedar gravado por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas".

⁴⁹ STS, 9 de febrero de 2016 (RJ 2016\1365).

Llegado este punto, es menester analizar los conceptos de herederos forzosos y universales, al igual que la tradición de la apartación en Galicia para que, todo ello en sintonía, permita responder de forma indubitada a esta cuestión.

Los conceptos de herederos forzosos y herederos universales

Para proseguir con la contextualización de esta cuestión séptima, hemos de hablar del concepto de heredero universal y heredero forzoso.

En relación con el heredero universal, el Código Civil clasifica a los favorecidos con las disposiciones *mortis causa* en dos tipos en función del título por el que reciben el caudal relicto. Así el artículo 660CC “*llámese heredero al que sucede a título universal, y legatario al que sucede a título particular*”, y el artículo 661 CC concreta que la sucesión universal comprende “*todos los derechos y obligaciones*” del difunto. Como regla general, el heredero puede ser llamado a toda la herencia, a una cuota o parte alícuota del as hereditario o al el remanente o resto del as hereditario, en tanto que el legatario sucederá sólo en uno o varios bienes o derechos concretos y singulares.

El instituido heredero asume la entera posición del causante, pues se subroga personalmente en el conjunto de relaciones jurídicas transmisibles del *de cuius*, en virtud de un solo título y un solo acto, en bloque y sin recurrir a los mecanismos de transmisión singular de cada uno de los bienes, derechos y obligaciones que integran la herencia. Ser sucesor a título universal comporta erigirse en continuador de la relaciones jurídicas activas y pasivos del fallecido, no se trata de un mero adquiriente de bienes. De ahí los rasgos esenciales del título de heredero: a) suceder a una *universitas iuris* con una fuerza expansiva de la que carece el legado⁵⁰, b) responde de las deudas del causante, ilimitadamente como regla general y c) estar dotado de las facultades más amplias (posesión, enajenación, etc.) para garantizar tanto la sucesión como la responsabilidad propia del título, así como la ejecución de la voluntad del testador.

El heredero forzoso es aquel que el Código Civil y las Leyes civiles autonómicas estiman justo y exigible que a la apertura de la sucesión se atribuya a ciertos herederos *ab intestato*, atendiendo al vínculo familiar que tenían con el causante, una posición jurídica singular que le permite calificarnos como herederos forzosos. Así serán herederos forzosos⁵¹ siguiendo al CC artículo 807.1º “*los hijos descendientes respecto de sus padres y ascendientes*” y, artículo 807. 2º “*a falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes*”. A su vez, en la LDCG serán herederos forzosos “*Los hijos y descendientes de hijos premuertos, justamente desheredados o indignos*” artículo 238. 1º LDCG. A estos la Ley les reserva en los bienes del difunto cierta porción llamada legítima de que no puede privarlos sin causa justa y probada de desheredación. Lo que irremediabilmente conduce a la limitación que sufre el testador de disponer *mortis causa* de sus bienes y a la limitación sobrevenida de disponer de sus bienes *inter vivos* y a título gratuito determinando la reducción de las donaciones inoficiosas como ya se analizó con ocasión de la respuesta dada a la cuestión primera de este TFG.

⁵⁰ En este sentido: artículos 659 CC “*La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte*” y 888 CC “*Cuando el legatario no pueda o no quiera admitir el legado, o éste, por cualquier causa, no tenga efecto, se refundirá en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y derecho de acrecer*”.

⁵¹ También serán herederos forzosos los cónyuges viudos (807.3º del CC y 238. 2º de la LDCG), pero solo a título de usufructuarios.

La apartación gallega

Aclarados los conceptos de herederos universales y forzosos, se puede entender mejor la institución de la apartación que se regula en los artículos 224 a 227 de la LDCG. En concreto, el concepto dado por el artículo 224 LDCG: *“Por la apartación quien tenga la condición de legitimario si se abriera la sucesión en el momento en que se formaliza el pacto queda excluido de modo irrevocable, por sí y su linaje, de la condición de heredero forzoso en la herencia del apartante, a cambio de los bienes concretos que le sean adjudicados”*.

Según advierte E. MENÉNDEZ- VALDEZ GOLPE⁵², era muy frecuente en la montaña gallega, que el “mejorado” fuese “apartando” a sus hermanos, dándoles en dinero lo que de mutuo acuerdo considerasen el valor de sus derechos, siendo, en la práctica jurídica gallega, habitual que, en las particiones, incluso las que se llevaban a cabo judicialmente, se prescindiese de los apartados o de los cedentes de derechos hereditarios y que por ellos compareciera quien adquirió esos derechos, todo lo cual se ha pretendido normar tanto en la derogada Ley del Parlamento de Galicia 4/1995, de 24 de mayo, como en la actual Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia.

La apartación, por tanto, es un auténtico pacto sucesorio, un contrato sucesorio *sui generis*, bilateral o plurilateral (si los apartados son varios) que ordena el destino parcial de la herencia, de manera que la voluntad del causante queda vinculada a otra voluntad. Estos pactos junto con el testamento y las donaciones *mortis causa* constituyen los instrumentos que generan la sucesión voluntaria del causante, por contraste con la sucesión legal o intestada.

La adjudicación en plena titularidad de los bienes apartados, que en consecuencia, ingresan inmediatamente en el patrimonio del apartado, lleva consigo, como contrapartida, la exclusión total del apartado únicamente de la condición de legitimario con carácter definitivo y de modo irrevocable, con independencia de su valor y del de la herencia en el momento de diferirse. Esta es la posición sostenida por el Profesor D. BELLO JANEIRO, que defiende además la exclusión del legitimario con independencia del valor de lo adjudicado⁵³, incluido el caso en el que el mismo fuese claramente inferior al que en teoría le correspondería si en el momento del apartamiento se calculase teóricamente su legítima, resultando totalmente indiferente la variación valorativa de los bienes recibidos⁵⁴ sin que dicho apartado haga número ya para la determinación de la legítima individual. En consecuencia, no cabe la apartación de todos los derechos hereditarios, sino solo de la legítima, de modo que el apartado pierde exclusivamente dicha condición de legitimario y no sufre, por tanto, ninguna otra consecuencia en relación a los demás derechos o expectativas hereditarias que como pariente le pudieran

⁵² MENÉNDEZ- VALDEZ GOLPE, E., *A reforma da compilación do Dereito civil de Galicia*, Editorial SEPT, Santiago de Compostela, 1972, pp. 82 y 83.

⁵³ Con fundamento en el artículo 225 de la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia *“El apartante podrá adjudicar al apartado cualquier bien o derechos en pago de la apartación, independientemente del valor de la misma”*.

⁵⁴ BELLO JANEIRO, D., *Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia*, Editorial Montecorvo, Madrid, 2001, p. 345

corresponder, por lo que, a pesar de que la apartación, puede ser en cambio mejorado, siempre, claro está, que sea hijo o descendiente del causante⁵⁵.

En cambio, J.M. LOIS PUENTE⁵⁶ dice que nadie puede renunciar a lo que no tiene y la condición de legitimario nace con la apertura de la sucesión, de modo que, si en el momento de la apertura de la sucesión el apartado no es legitimario, su renuncia a algo que no ha llegado a tener no puede producir ningún efecto. De nuevo, D. BELLO JANEIRO⁵⁷ sostiene que no se renuncia a la condición de legitimario, que en efecto, solo nace cuando se abre la sucesión, sino que la renuncia lo es a la expectativa de continuar siendo legitimario al tiempo de la delación sucesoria, y por tanto, la renuncia como tal tiene plena validez.

Por otra parte, también parece indudable que no hay obstáculo legal alguno que impida apartar al único legitimario presunto o a todos los legitimarios presuntos, adquiriendo el apartante la plena libertad de testar. En consecuencia, como hemos dicho, el apartado pierde sólo dicha condición de legitimario, lo cual significa, por un lado, que no puede reclamar su legítima ni el complemento de ésta, de suerte que, si el causante no hace disposición alguna a su favor, ninguna acción le asiste, y por otro lado, implica que el testador, en cambio, puede designarlo heredero o hacer disposiciones a su favor imputables a los tres cuartos de libre disposición.

Asimismo, la exclusión de la condición de legitimario supone también que, si la sucesión es intestada, el apartado es otro heredero más, que tiene derecho a su cuota hereditaria, si bien, como veremos más en profundidad y como ya hemos anunciado en la resolución de la cuestión sexta, con la consiguiente colacionabilidad de lo ya atribuido o su posible reducción por inoficiosidad.

Los efectos de la apartación: La colación

El principal efecto que produce la apartación es la adjudicación al apartado de la plena titularidad de determinados bienes. A cambio del ingreso en el patrimonio del apartado, éste renuncia con carácter definitivo a su condición de legitimario, por lo cual, en principio, parece que con ello se agotan las consecuencias del pacto de apartación, siendo para el apartado absolutamente indiferente el futuro de la sucesión del apartante.

Si bien tal razonamiento no carece de justificación y desde luego, se corresponde con la realidad de los efectos y consecuencias que produce el apartamiento, parece prudente en todo caso examinar con cierto detalle las consecuencias que puede tener tal pacto en la herencia del apartante, pues según veremos, en buena medida pueden mediatizar e incluso modalizar el resultado del apartamiento.

En cambio, no parecen resultar especialmente problemáticas las consecuencias derivadas directamente de la sucesión del apartante en la que el apartado sólo ha quedado excluido

⁵⁵ Por lo dispuesto en el artículo 214 de la Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia " *Son pactos de mejora aquellos por los cuales se conviene a favor de los descendientes la sucesión en bienes concretos*".

⁵⁶ LOIS PUENTE, J.M., *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Colegio Notarial de La Coruña, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, p.88.

⁵⁷ BELLO JANEIRO, D., *Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia*, Editorial Montecorvo, op. cit., pp. 319 - 320

de su condición de legitimario, por lo cual, salvo en algunos casos, es un heredero más en la sucesión intestada, pudiendo ser como tal designado heredero, legatario o, incluso mejorado.

Con referencia a las consecuencias del apartamiento sobre las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial realizadas a favor del apartado con anterioridad al pacto de apartación, con buen criterio, la Compilación balear las declara sin efecto y sobre las que la Ley gallega guardan silencio, lo cual obliga al apartante a tomar una iniciativa a través del otorgamiento del correspondiente testamento si quiere conseguir igual resultado invalidante.⁵⁸ Con reseña a la figura de la colación, como hemos señalado en la cuestión inmediatamente anterior, el artículo 227 de la LDCG establece que, como regla general y salvo dispensa expresa por el apartante, lo dado en apartación ha de traerse a colación si el apartado o sus descendientes concurrieran a la herencia con otros legitimarios. Esto es así para eliminar la posibilidad de defraudar las legítimas, ya que a través de la apartación se puede lesionar fácilmente la legítima del resto de herederos forzosos, pues al apartado se le ha adjudicado la plena titularidad de determinados bienes que habrán de ser computados para el cálculo de las legítimas del resto.

Además, como se ha adelantado, en los casos de sucesión intestada por falta de testamento o a consecuencia de la nulidad, invalidez o ineficacia de éste, nada impide que el apartado sea heredero, sin que en cambio tenga ningún sentido que no compute lo que ya le fue atribuido en apartación, pues de lo contrario, podría recibir más que los herederos, lo cual no parece que fuera la decisión del fallecido que precisamente lo había apartado.

En relación con el modo de realizar la colación y la cantidad que se ha de colacionar, nos remitimos a lo ya expresado con ocasión de la resolución de la cuestión primera de este trabajo, sin que nada quepa añadir ni precisar sobre este tema.

Conclusión

Volviendo de nuevo a las cuestiones planteadas en el caso, después de analizar las figuras anteriores cabe resolver que, al haber sido Dña. Dulce instituida heredera de parte alícuota por testamento de su padre, y posteriormente apartada, ha perdido así su condición de legitimaria, lo que no impide que pueda ser nombrada heredera a falta de una disposición legal que anule los efectos del testamento - cosa que sí ocurre en la Compilación balear - Dña. Dulce podrá heredar con la única obligación de colacionar el inmueble recibido en apartación en virtud del artículo 225 de la LDCG para calcular las legítimas de sus

⁵⁸ En Mallorca y Menorca hay que destacar como pactos sucesorios, la donación universal de bienes presentes y futuros, que confiere al donatario la cualidad de heredero contractual del donante y le transmite los bienes presentes incluidos en ella. En ambas islas, la donación revoca los testamentos anteriores del donante y los posteriores solo son eficaces en cuanto a la disposición de bienes excluidos de la donación. Artículos 8 y ss. del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares. En concreto, en Mallorca se contempla la *definición*, como la renuncia anticipada hecha por los descendientes legitimarios emancipados, a todos los derechos sucesorios o sólo la legítima que pueda corresponderles en la sucesión de sus ascendientes, en contraprestación a alguna donación o atribución que hubiere recibido de estos con anterioridad. Dicha renuncia también deja sin efecto cualquier disposición relativa a la legítima del descendiente, sea cual fuere la fecha del testamento, resultando análoga su regulación en Ibiza y Formentera, en donde destaca una figura denominada *finiquito*. En Menorca se excluyen estas figuras por el artículo 65 de la Compilación. Artículos 51 y 77 del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares.

hermanos. Lo que como ya se anticipó, modaliza en gran medida el resultado del apartamiento.

Cabría plantearse si el hecho de haber realizado una apartación posterior al otorgamiento del testamento, ello supone una revocación tácita y parcial del mismo. Pero atendiendo a la literalidad del artículo 738 del CC *“El testamento no puede ser revocado en todo ni en parte sino con las solemnidades necesarias para testar”* y del 739 CC sobre la revocación tácita *“El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte”*, queda claro que la única forma de revocar un testamento es mediante otro testamento y no mediante un simple pacto sucesorio.

Contestando a la segunda pregunta de esta cuestión séptima, como vemos, no existiría cuota vacante dejada por Dña. Dulce con relación a la herencia de su padre, pues que sea apartada no significa que no pueda ser heredera, sino que simplemente no es legitimaria. Por tanto se considera que no es objeto de este trabajo analizar si el derecho de acrecer podría tener cabida en este supuesto, pues está claro que existe un llamamiento por parte del testador a toda la herencia a partes iguales, pero nada impide a Dña. Dulce recibirla.

CUESTIÓN 8ª: Los fondos en cuentas corrientes y la Teoría de los Actos Propios.

Como última pregunta de este TFG se plantea una cuestión que tiene que ver con el Derecho bancario. Dña. Dulce es cotitular indistinta en una cuenta corriente junto con su padre D. Carlos Daniel. A las pocas horas de fallecer D. Carlos Daniel, Dña. Dulce retira la mitad de los fondos de esta cuenta corriente alegando que es la propietaria de ese 50%. Su hermano y hermanas están en desacuerdo, pues las cantidades depositadas en esa cuenta proceden en exclusiva de la pensión de jubilación de D. Carlos Daniel y por tanto los fondos han de ser incorporados en su integridad al haber hereditario. ¿Cuál de las dos partes tiene la razón?

Los contratos de cuentas corrientes

Hemos de empezar el análisis para responder a esta pregunta por ver cuál es la noción y el contenido del contrato de cuenta corriente.

La relación del cliente con la entidad de crédito suele ser de carácter duradero y descansa en la recíproca confianza lo que lleva consigo el deber de la entidad de crédito de mantener al cliente informado de los hechos que afecten en la relación jurídica entre ellos.

Su manifestación externa es la apertura de una “cuenta”, que sirve de soporte a las diversas operaciones concretas que medien entre la entidad de crédito y su cliente. El motivo que justifica la utilización de un soporte contable, por partidas de “debe” y “haber”, es complejo. Por un lado, deriva de la propia imposición a todo empresario de la necesaria llevanza de una contabilidad ordenada. Por otro, el carácter múltiple de las relaciones con un cliente determinado -relaciones que tanto pueden derivar de un contrato único como de una multiplicidad de ellos: depósitos, concesiones de crédito, etc. - exige también que en la contabilidad del banco se abra una cuenta a nombre del cliente que reflejará la situación patrimonial del mismo frente a la entidad de crédito.

Una persona puede ser titular de varias cuentas en una misma entidad de crédito, sea en la misma o en distintas sucursales, bien se deba a que las cuentas sean el soporte de las relaciones jurídicas de distinta naturaleza, o bien porque interese la separación de dichas cuentas por otras causas. El principio general de estos casos es la independencia de las cuentas, de forma que ni se produce una compensación entre ellas ni las garantías afectadas al saldo de una se extienden a las restantes.

En las cuentas puede producirse también fenómenos de titularidad múltiple o compartida, si son abiertas a nombre de dos o más personas. En estos supuestos, la disponibilidad puede ser solidaria (cuentas indistintas), de modo que cualquier titular pueda hacer disposiciones sin contar con los demás. Es doctrina jurisprudencial que el mero hecho de abrir una cuenta conjunta no determina el condominio de las cantidades que contiene, ni atribuye a sus titulares partes iguales con relación al saldo de la cuenta. En este sentido, la STS 601/ 1999, de 5 de julio de 1999 (RJ 1999\5966), afirma que *“Ha declarado esta Sala con reiteración (Sentencias de 6 de febrero de 1991 [RJ 1991\1156], 15 de julio de 1993 [RJ 1993\5805], 19 de diciembre de 1995 [RJ 1995\9425], 7 de junio de 1996 y 29 de septiembre de 1997 [RJ 1997\6825]) que las cuentas corrientes bancarias expresan siempre una disponibilidad de fondos a favor de quienes figuren como titulares de las mismas contra el Banco que los retiene, y el mero hecho de su apertura con titulares plurales, no determina por sí un necesario condominio sobre los saldos, que viene precisado por las relaciones internas que medien entre los titulares bancarios conjuntos y más concretamente por la originaria pertenencia de los fondos; por todo lo cual el solo hecho de abrir una cuenta en forma conjunta o indistinta no produce el efecto de atribuir los depósitos por partes igualitarias a los figurantes titulares ”*.⁵⁹

Frente a la disponibilidad indistinta, puede pactarse en las cuentas conjuntas la disponibilidad de forma mancomunada, de modo que cada acto de disposición exija la concurrencia de todos o algunos de los titulares.

Por tanto, la cuenta corriente bancaria es un contrato que, como primer efecto, produce la puesta en funcionamiento de un soporte contable que registra diversas operaciones que normalmente se suceden de forma constante. Operaciones como depósitos de dinero, aperturas de crédito, etc, pueden presentarse reguladas en cuenta corriente, pero no cabe identificar las operaciones así contabilizadas con el contrato de cuenta corriente bancaria, porque el contenido de uno y de otras es totalmente diferente. La cuenta corriente posee un contenido propio, que aporta ciertos efectos adicionales a los otros contratos, pero tales efectos aparecen siempre como propios de la cuenta corriente bancaria.

El contenido del contrato de cuenta corriente es el propio de un contrato extintivo de créditos y deudas: un supuesto de compensación contractualmente pactada. Resumidamente, las obligaciones de las partes son las siguientes: a) el banco asume la obligación de gestión material y directa de la cuenta y la obligación de informar periódicamente al cliente sobre la marcha de la cuenta. b) el cliente debe efectuar la oportuna provisión de fondos al banco, como resulta de un contrato de comisión regulado en el 250 C de C, aunque el origen de esta provisión puede ser variado (contratos de depósito, de apertura de crédito, o del producto de los efectos cobrados por el banco por cuenta del cliente, etc.). El cliente deberá pagar las comisiones establecidas en las tarifas de la entidad de crédito.

⁵⁹ En el mismo sentido: STS 92/2003, de 7 de febrero (RJ 2003\859) ,243/2003, de 14 de marzo (RJ 2003\2748) y 1040/2003, de 12 de noviembre (RJ 2003\8294).

Para finalizar el examen sobre los contratos de cuentas corrientes, procede exponer las ideas que afirma el Tribunal Supremo y que se adaptan perfectamente al caso, insistiendo en la idea de que ser cotitular indistinto de una cuenta corriente no significa ser propietario de los fondos. La STS 83/2013, de 15 de febrero (RJ 2013\2014) resuelve sobre la posibilidad de que los fondos de la cuenta corriente pertenezcan a uno de los cotitulares afirmando que la cuenta corriente bancaria expresa una disponibilidad de fondos a favor de los titulares de la misma contra el Banco que las retiene, no pudiendo aceptarse el criterio de que el dinero depositado en tales cuentas indistintas pase a ser propiedad de uno de ellos, por el solo hecho de figurar como titular indistinta, porque en el contrato de depósito, la relación jurídica se establece entre el depositante, dueño de la cosa depositada, y el depositario que la recibe, no modificándose la situación legal de aquel, en cuanto a lo depositado, por la designación de persona o personas que la puedan retirar. *“Tales depósitos indistintos no suponen por ello comunidad de dominio sobre los objetos depositados, debiendo estarse a cuanto dispongan los tribunales sobre su propiedad.”* Por ello, el mero hecho de apertura de una cuenta corriente bancaria, en forma indistinta, a nombre de dos o más personas, lo único que significa prima facie, es que cualquiera de los titulares tendrá frente al Banco depositario, facultades dispositivas del saldo que arroje la cuenta, pero no determina por sí sólo la existencia de un condominio que vendrá determinado únicamente por las relaciones internas y, más concretamente, por la propiedad originaria de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta.

La Doctrina de los Actos Propios: “venire contra factum proprium non valet”

En el supuesto práctico que analizo en este TFG, ocurren hechos que adquieren gran relevancia para dictaminar una correcta solución a esta cuestión octava y que en gran medida pueden contrarrestar la corriente jurisprudencial que venimos anunciando en el apartado anterior. Es que D. Teodoro, Dña. Victoria y Dña. Carolina han ya presentado autoliquidación del ISD por la herencia de su padre imputándose solo la mitad del dinero de la cuenta corriente de la que eran cotitulares su hermana Dña. Dulce y su padre D. Carlos Daniel.

A mi entender, en la medida que una autoliquidación es la declaración que efectúa un particular de sus propios ingresos, por la que éste comunica a la Agencia Tributaria los datos necesarios para liquidar el tributo realizando por sí mismo las operaciones de calificación y cuantificación necesarias para determinar el importe de la deuda tributaria (como así recoge el artículo 120.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria), ello puede llevarnos a que esta autoliquidación sea considerada como una emisión de voluntad, en sentido objetivo de la misma, de modo que por aplicación de la doctrina de los actos propios no podría adoptarse después un comportamiento contradictorio a lo reflejado en esta autoliquidación.

Llevado lo expuesto al caso práctico, si D. Teodoro, Dña. Victoria y Dña. Carolina ya han anunciado en sus autoliquidaciones del ISD (realizadas por ellos mismo) que se imputan el 50% del dinero de la cuenta corriente en discordia, no pueden ahora, con posterioridad, pedir el 100% del dinero depositado en la cuenta.

Ante esta posibilidad, se hace más necesario ahondar en la doctrina de los actos propios, para conseguir determinar si es correcta su aplicación en este caso. Esta doctrina tiene su fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y autolimita la libertad de actuación cuando se han creado

expectativas razonables en el comportamiento ajeno. En definitiva, quien crea en una persona confianza en una determinada situación aparente y le induce por ello a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede además pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real.

La doctrina de los actos propios ha sido desarrollada en el sentido de que el principio en cuestión, basado en la necesidad de proteger la buena fe y la confianza además de la apariencia y estabilidad de las situaciones jurídicas, exige, para que su autor quede ligado frente al sujeto pasivo de los mismos, una palmaria contradicción entre lo realizado por el primero y la acción que luego el propio interesado ejercita, o lo que es igual, que exista un nexo de causalidad entre dichos actos y su incompatibilidad con lo ulteriormente pretendido. El principio de que nadie puede ir contra sus propios actos sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieran creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla. Para poder estimar que se ha infringido la doctrina de los actos propios, que encuentra su apoyo legal en el artículo 7.1 del Código Civil, ha de haberse probado quebranto del deber de coherencia en los comportamientos, debiendo concurrir en los actos propios condición de ser inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar o extinguir, sin ninguna duda, una precisa situación jurídica afectante a su autor, ocasionando incompatibilidad o contradicción entre la conducta precedente y la actual.

En términos análogos, el Tribunal Supremo, en Sentencia 529/2001 de fecha 24 de mayo de 2001 (RJ 2001\3379), ha establecido con referencia a la doctrina de los actos propios, que es principio general del Derecho el que afirma la inadmisibilidad de venir contra los propios actos, y que supone un límite del derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia de la buena fe y de la exigencia de la observancia de una coherencia en el ámbito del tráfico jurídico siempre que concurren los presupuestos o requisitos exigidos por la doctrina para su aplicación y que son los siguientes:

- a) Que el acto propio haya sido adoptado y realizado con plena libertad de criterio y voluntad no coartada, y por lo que el principio no puede alegarse cuando el acto viene provocado por la misma conducta de quien pretende valerse en provecho propio del mismo.
- b) Además, es necesario un nexo causal entre el acuerdo adoptado o acto realizado y su incompatibilidad con la conducta posterior.
- c) Dicho principio puede estimarse cuando el acto o actos en que se apoye definan de modo inalterable la situación de quien los realiza, y los actos contra los que no es lícito accionar son aquéllos que por su carácter transcendental o por constituir convención causan estado definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, es decir aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, por lo que el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a actos que previamente hubieran creado esa relación o situación de derecho que no puede ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla.⁶⁰

⁶⁰ En el mismo sentido: STS 349/2011, de 17 de mayo (RJ 2011\3973) y 162/2009, de 10 de marzo (RJ 2009\1637).

Conclusión

Con todo lo anterior expuesto, y contrastando los hechos narrados en el caso con la doctrina del Tribunal Supremo plasmada en las diferentes Sentencias que se citan a lo largo de la exposición, parece existir una contradicción, pues los hermanos se imputan de forma inequívoca en sus autoliquidaciones la mitad de los fondos de la cuenta corriente, para posteriormente exigir el 100%, quebrando por tanto el deber de ser coherente con los actos propios, y cumpliéndose así los criterios exigidos por el Tribunal Supremo:

- La autoliquidación es un acto libre, realizado con plena libertad de criterio y voluntad no coartada.
- La imputación del 50% de los fondos de la cuenta corriente, implica la aceptación de esta cantidad y por tanto es incompatible con pedir posteriormente el 100%, entendiendo que una cantidad excluye a la otra.
- El hecho de que los hermanos se imputasen solo el 50% crea una convención que reconoce a Dña. Dulce como propietaria de los fondos recogidos en la cuenta.

Por todo ello, cabe contestar a esta cuestión octava que, contrariando a la doctrina jurisprudencial expuesta, por la aplicación de teoría de los actos propios se ha de reconocer a Dña. Dulce la propiedad del 50% de los fondos contenidos en la cuenta corriente de titularidad indistinta que mantenía con su padre.

BIBLIOGRAFIA

ALONSO ALONSO, R., *Impuesto sobre la renta de las personas físicas, comentarios y casos prácticos*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2015.

BELLO JANEIRO, D., *Los pactos sucesorios en el Derecho civil de Galicia*, Editorial Montecorvo, Madrid, 2001.

BUSTO LAGO, J-M/ ÁLVAREZ LATA, N/ PEÑA LÓPEZ, F., *Curso de Derecho civil de Galicia*, Editorial Atelier, Barcelona, 2015.

CARRERAS MANERO, O., *La sucesión en el Derecho Tributario*, Editorial Aranzadi SA, Cizur Menor (Navarra), 2011.

CUBERO TRUYO, A., *El impuesto sobre la renta de las personas físicas*, Editorial Aranzadi SA, Cizur Menor (Navarra), 2016.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La sucesión contractual en el Código Civil*, Universidad, Secretariado de Publicaciones, Sevilla, 1999.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, R. I., "Los pactos sucesorios del derecho civil de Galicia desde la perspectiva tributaria", en *Dereito*, nº1, 2014.

GARCÍA- RIPOLL MONTIJANO, M., *La colación hereditaria*, Editorial Tecnos, Madrid, 2012.

LOIS PUENTE, J.M., *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Colegio Notarial de La Coruña, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Computación, imputación y colación de donaciones en la sucesión mortis causa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

MELLADO BENAVENTE, F-M/ ARGENTE ÁLVAREZ, J/ RODRÍGUEZ VEGAZO, A/ MÁRQUEZ RABANAL, Á/ ARVERAS ALONSO, C/ MARTÍN FERNÁNDEZ, J/ MÉNDEZ CORTEGANO, I., *Guía del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Wolters Kluwer, Madrid, 2015.

MENÉNDEZ- VALDEZ GOLPE, E., *A reforma da compilación do Dereito Civil de Galicia*, Editorial SEPT, Santiago de Compostela, 1972.

MERINO JARA, I/ LUCAS DÚRAN, M/ CALVO VÉRGEZ, J/ FERNÁNDEZ AMOR. J-A/ GARCÍA CALVENTE, Y/ GARCÍA LUIS, T/ MANZANO SILVA, E/ VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, A., *Derecho Tributario Parte Especial*, Editorial Tecnos, Madrid, 2015.

PÉREZ ÁLVAREZ, M-A/ DE PABLO CONTRERAS, P/ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C/CÁMARA LAPUENTE, S., *Curso de Derecho Civil (V) Derecho de Sucesiones*, Constitución y Leyes S.A, Madrid, 2013.

SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editorial Aranzadi SA, Cizur Menor (Navarra), 2015.

REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional

Sentencia 37/1987, de 26 de marzo de 1987 (RTC 1987\37)

Sentencia 26/2017, de 16 de febrero de 2017 (JUR\2017\36067)

Sentencia 37/2017, de 1 de marzo (RTC 2017\37)

Sentencia 11 de mayo de 2017 (JUR2017\1133103)

Tribunal Supremo

Sentencia 22 de enero de 1963 (RJ 1963\447)

Sentencia 601/ 1999, de 5 de julio de 1999 (RJ 1999\5966)

Sentencia 529/2001 de fecha 24 de mayo de 2001 (RJ 2001\3379)

Sentencia 28 de mayo de 2004 (RJ 2004\3332)

Sentencia 17 de marzo de 2006 (RJ 2006\5241)

Sentencia 10 de diciembre de 2009 (RJ 2010\279)

Sentencia 18 de marzo de 2010 (RJ 2010\2584)

Sentencia 19 de mayo de 2011 (RJ 2011\3979)

Sentencia 27 de febrero de 2012 (RJ 2012\4277)

Sentencia 15 de noviembre de 2012 (RJ 2013\260)

Sentencia 83/2013, de 15 de febrero de 2013 (RJ 2013\2014)

Sentencia de 4 de marzo de 2015 (RJ 2015/1096)

Sentencia 49/2016, de 9 de febrero de 2016 (RJ 2016\1365)

Sentencia 2426/2016 de 14 de noviembre de 2016 (RJ 2016\5815)

Audiencia Nacional

Sentencia 14 de abril de 2010 (JUR 2010\133050)

Tribunales Superiores de Justicia

de Galicia

Sentencia 382/2006, de 22 de marzo (JUR 2007\209063)

Sentencia 55/2010, de 2 de junio (JUR 2010\329723)

Sentencia 30/2012, de 30 de enero (JUR 2012\59769)

Sentencia 508/2012, de 16 de julio (JUR 2012\270734)

Sentencia 549/2012, de 24 de septiembre (JT 2012\1130)

Sentencia 12/2013, de 23 de enero (JUR 2013\56863)

Sentencia 73/2013 de 6 de febrero (JUR2013\94829)

Sentencia 484/2013, de 19 de junio (JT 2013\1488)

Sentencia 616/2014, de 29 de octubre (JUR 2015\29218)

Sentencia 100/2015, de 4 de marzo (JT 2015\693)

de Murcia

Sentencia 30 de marzo de 2007 (JUR 2007\328370)

Audiencias Provinciales

Sentencia 24 de abril de 2014 (JUR 2014\217433)

Dirección General de Tributos

Consulta V0006/00, de 9 de febrero (JUR 2002\606065)

Consulta 1500/2006, de 13 de julio (JUR 2006\224360)

Consulta V2272/06, de 16 de noviembre (JT 2007\192)

Consulta V2332/06, de 23 de noviembre (JUR 2007/7199)

Consulta V2560/06, de 21 de diciembre (JUR 2007\51586)

Consulta V0341/07, de 22 de febrero (JUR 2007/108864)

Consulta V0804/07, de 17 de abril (JUR 2007\135461)

Consulta V1769/07 de 8 de agosto (JUR 2007\314866)

Consulta V1482/08, de 16 de julio (JUR 2008\327023)

Consulta V1550/10, de 12 de julio (JT2010\1175)

Consulta V2643/13, de 4 de septiembre (JUR 2013\339594)