



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultade de Dereito

Trabajo de
Fin de Grado

Rendimientos de actividades económicas y ganancias patrimoniales, sucesiones, donaciones y cuentas corrientes

Pablo Roás Varela

Tutora: Profa. Dra. Dña. Emma
Montanos Ferrín

Doble Grado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas

Curso 2016-2017

Índice

| | |
|--|----|
| Abreviaturas..... | 5 |
| I. Supuesto de hecho..... | 7 |
| II. Tratamiento de las donaciones en vida del causante respecto a la comunidad hereditaria | 9 |
| II.1 Imputación de donaciones para la fijación de la legítima..... | 9 |
| II.1.a) Imputación de donaciones para la fijación de la legítima en Galicia | 11 |
| II.2 La colación hereditaria | 12 |
| II.3 Aplicación al caso. Cuestión nº 1 | 14 |
| III. Tributación de las donaciones | 15 |
| III.1 Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones..... | 16 |
| III.2 Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas..... | 17 |
| III.3 Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana | 18 |
| III.4 Aplicación al caso. Cuestión nº 2 | 19 |
| IV. Afectación y desafectación de bienes a las actividades económicas..... | 19 |
| IV.1 Elementos patrimoniales afectos a una actividad económica | 20 |
| IV.2 Presunción de desafectación tácita para el caso de cese de actividad | 22 |
| IV.3 Aplicación al caso. Cuestión nº 3..... | 22 |
| IV.4 Aplicación al caso. Cuestión nº 4..... | 23 |
| V. Coeficientes reductores de abatimiento | 25 |
| V.1 Concepto, origen y evolución..... | 26 |
| V.2 Régimen de los coeficientes reductores de abatimiento: Disposición transitoria novena..... | 28 |
| V.3 Aplicación al caso. Cuestión nº 5 | 30 |
| VI. La apartación hereditaria | 31 |
| VI.1 Concepto y requisitos..... | 31 |
| VI.2 Tratamiento fiscal | 33 |
| VI.3 Aplicación al caso. Cuestión nº 6..... | 35 |
| VI.4 Aplicación al caso. Cuestión nº 7..... | 36 |
| VII. El contrato de cuenta corriente bancaria | 39 |
| VII.1 Concepto y contenido | 39 |
| VII.2 Determinación de la propiedad sobre los fondos en cuenta corriente con titularidad indistinta..... | 41 |
| VII.3 Aplicación al caso. Cuestión nº 8 | 43 |
| Conclusiones..... | 45 |
| Bibliografía..... | 47 |
| Apéndice jurisprudencial..... | 48 |
| Apéndice normativo | 49 |

Abreviaturas

| | |
|-------|--|
| AN | Audiencia Nacional |
| Cc. | Código civil |
| DGT | Dirección General de Tributos |
| DT9ª | Disposición Transitoria novena |
| LDCG | Ley de Derecho civil de Galicia |
| LIRPF | Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas |
| LISD | Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones |
| PGC | Plan General de Contabilidad |
| RIRPF | Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas |
| RISD | Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones |
| SAN | Sentencia de la Audiencia Nacional |
| SSTS | Sentencias del Tribunal Supremo |
| SSTSJ | Sentencias del Tribunal Superior de Justicia |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| STSJ | Sentencia del tribunal Superior de Justicia |
| TS | Tribunal Supremo |
| TSJ | Tribunal Superior de Justicia |

I. Supuesto de hecho

D. Carlos Daniel con vecindad civil gallega, fallece a la edad de 73 años el 2 de enero del año 2016 dejando viuda y cuatro hijos: D. Teodoro, Dña. Victoria, Dña. Carolina y Dña. Dulce.

Fallece habiendo otorgado testamento el día 12 de mayo de 2011 ante el Notario D. Herminio Rivera González, en la notaría sita en la calle Benigno Vázquez de Monterroso. Nombra herederos universales a sus cuatro hijos y reconoce el usufructo en legítima que corresponde a su cónyuge sobreviviente no separada legalmente ni de hecho.

Con anterioridad (2014), el ahora causante D. Carlos Daniel donó una finca a su hijo D. Teodoro. La finca está situada en el Barrio Residencial Louzaneta en la ciudad de Lugo, con una superficie de 6.000 m² que linda a la izquierda con una vía de servicios de la N-540, a la derecha con un predio propiedad de la sociedad Promociones Nortetur S.L, en su parte posterior con el "Rego do Espiño" y en su parte anterior con una servidumbre de paso constituida para facilitar el acceso a dicha finca y fincas vecinas. El valor actual de esta finca es de 234.569 €. D. Teodoro está construyendo en la misma un chalet con valor de 125.634 € y el valor de finca en el momento de la donación era de 63.540 €. A los 17 días de haber realizado la donación, D. Teodoro se dirige a la delegación de Lugo de la Agencia Tributaria de Galicia para declarar el ISD correspondiente. Por su parte el ahora causante D. Carlos Daniel no refleja ninguna ganancia patrimonial por esta donación en el ejercicio del IRPF correspondiente al año 2014.

En el momento de su fallecimiento, D. Carlos Daniel se encontraba en situación de jubilación desde el 30 de junio de 2014. Como consecuencia de una inspección tributaria iniciada en octubre de 2016, se estima que D. Carlos Daniel debe al Fisco 88.775,96 € más 3.011,20 € en concepto de intereses por errores cometidos en su declaración del ejercicio de 2015, estando ya jubilado.

La razón de su regularización tributaria fueron unas rentas obtenidas por D. Carlos Daniel en el año 2015 por la venta de unos terrenos que la inspección cree afectos a sus actividades económicas (de promoción inmobiliaria) a dos mercantiles.

Como ya se ha señalado, a ojos de la inspección, se considera que estas rentas a efectos de IRPF son rendimientos de actividad económica por derivar de la actividad empresarial de promoción inmobiliaria desarrollada por D. Carlos Daniel. Por su parte, los herederos de D. Carlos Daniel alegan que en las autoliquidaciones del ahora causante no se computó renta alguna por las ventas al considerarse que las mismas debían reducirse en su totalidad por los denominados coeficientes de abatimiento del ejercicio 2015. Argumentaban que procedían de elementos no afectos a actividades económicas y que, además, los terrenos fueron adquiridos con anterioridad al 31 de diciembre del año 1994, por lo que pueden aplicarse los coeficientes de abatimiento recogidos en la ley.

Esto fue rechazado por la Inspección, que refuerza sus alegaciones añadiendo que las ventas de estos terrenos debían ser enmarcadas en la actividad promotora desarrollada por D. Carlos Daniel como persona física, que además se combina de manera continuada, habitual y simultánea a la llevada a cabo por D. Carlos Daniel en dos sujetos mercantiles vinculados en los que este era accionista mayoritario (en el momento de la venta): CarDe S.A y Construcciones Gora S.A, cuyo objeto social es la promoción y construcción inmobiliaria.

Por otra parte, el 12 de enero de 2015 D. Carlos Daniel y su hija Dña. Dulce celebran en escritura pública un negocio jurídico de apartación, en virtud del cual D. Carlos

transmitió a su hija la propiedad de un inmueble privativo del causante situado en el Edificio Portovento en el lugar de Rio-Portonovo, municipio de Sanxenxo (Pontevedra) con un valor de 330.000 €. El mismo año 2016, Dña. Dulce también es objeto de inspección. La Administración considera que este negocio le ha generado una ganancia patrimonial lucrativa *intervivos*, por lo que le requieren el ingreso de 23.766,1 € más 10.313 € de sanción. Sin embargo, Dña. Dulce, en consonancia con la calificación que el notario autorizante dio al dicho acto como negocio *mortis causa*, presentó en los 3 meses posteriores a la realización del negocio autoliquidación de ISD en la delegación de la Agencia Tributaria de Galicia correspondiente.

Tras la muerte de D. Carlos Daniel, sin que hubiese modificado el testamento después del negocio de apartación, se sigue reconociendo a Dña. Dulce como heredera universal a partes iguales con sus hermanos. Además, Dña. Dulce aparece como titular indistinta en una cuenta corriente junto con su padre D. Carlos Daniel, siendo los únicos movimientos de esta cuenta corriente el ingreso de la pensión de jubilación de D. Carlos Daniel y algunas retiradas de efectivo realizadas por él mismo. A las pocas horas de fallecer su padre, Dña. Dulce retira la mitad de los fondos de esa cuenta corriente alegando que la titularidad de la cuenta corriente identifica al propietario de los fondos en ella depositados, por lo que ella se considera titular del 50% de tales cantidades. Sus hermanos insisten en que esos fondos han de pasar íntegramente al caudal hereditario al ser propiedad íntegra de D. Carlos Daniel, ya que todos ellos corresponden a su pensión de jubilación. Todos los hermanos, a excepción de Dña. Dulce, han presentado ya a la Agencia Tributaria de Galicia su autoliquidación del ISD por la herencia de su padre, imputándose solo la mitad de los fondos de esa cuenta.

Ante estos antecedentes se plantean las siguientes cuestiones:

1. Dña. Victoria, Dña. Carolina y Dña. Dulce le preguntan si la finca donada a su hermano D. Teodoro ha de ser incluida en el inventario de la comunidad hereditaria.
2. D. Carlos Daniel no ha declarado ganancia patrimonial por la donación de la finca hecha a su hijo D. Teodoro, ya que el propio D. Carlos Daniel considera que no ha obtenido ganancia patrimonial alguna (más bien todo lo contrario). ¿Ha actuado de la forma correcta?
3. ¿Podrá actuar en este caso la presunción de desafección tácita para el caso de cese de actividad que alegan los herederos de D. Carlos Daniel?
4. ¿Han de ser consideradas como rentas de actividades económicas las ganancias patrimoniales obtenidas por la venta de la finca llevada a cabo por D. Carlos Daniel como considera la inspección tributaria? ¿Puede influir para ello la vinculación habitual y continuada que D. Carlos Daniel mantenía con sus dos mercantiles?
5. Como D. Carlos Daniel ha adquirido los terrenos (que vende en el ejercicio de 2015) en fecha anterior al 31 de diciembre de 1994, ¿podrá aplicar los coeficientes reductores de abatimiento con los límites previstos en la ley?
6. ¿Tiene razón Dña. Dulce al afirmar que la apartación es un negocio *mortis causa* exento de tributar a través del IRPF? ¿Podría existir ganancia patrimonial para D. Carlos Daniel por la realización de la apartación?
7. ¿Podría Dña. Dulce heredar de su padre D. Carlos Daniel aun siendo apartada? En caso negativo, ¿qué ocurriría con la cuota vacante de Dña. Dulce?
8. ¿Qué ocurrirá con los fondos de la cuenta corriente con titularidad indistinta de Dña. Dulce y su padre?, ¿se ha de dar la razón a esta o a sus hermanos?

II. Tratamiento de las donaciones en vida del causante respecto a la comunidad hereditaria

La primera cuestión que se nos plantea es sobre la posible inclusión de la donación efectuada por D. Carlos Daniel a su hijo D. Teodoro de la finca, sita en el Barrio Residencial Louzaneta (Lugo), en el inventario de la comunidad hereditaria.

Para la correcta respuesta a dicha cuestión he considerado oportuno la explicación de forma esquemática del tratamiento de las donaciones en vida del causante y de qué manera habrán de repercutir a la comunidad hereditaria, ya que no siempre operan de la misma forma.

A la hora de evaluar las donaciones que el causante haya efectuado en vida a cualquier sujeto, bien sea actual heredero forzoso o universal, legatario o extraño, habrá que estudiar caso por caso las consecuencias que estas pueden tener en la legítima o en la partición de la herencia.

Según la situación ante la que nos encontremos, nuestro Código Civil contiene distintos mecanismos para proteger la correcta fijación de la legítima y la igualdad o proporcionalidad de las cuotas de los herederos, pudiendo esto significar la obligación de restitución por parte del donatario, en la forma que estipula la Ley, de los bienes percibidos.

Es por ello que conviene efectuar un pequeño recorrido por nuestra legislación y jurisprudencia en la materia que nos concierne, ya que según la protección de la legítima o la garantía de igualdad o proporcionalidad en las cuotas de los herederos tendremos que acudir a distintas figuras jurídicas.

Dicho esto, no debemos sacar conclusiones precipitadas y explicar, en primer lugar, estas instituciones, sus fundamentos, requisitos y consecuencias que tienen sobre las donaciones, ya que no siempre una donación efectuada por el causante tiene que ser restituida en la comunidad hereditaria en el sentido estricto; y posteriormente, la aplicación al caso concreto objeto de estudio.

II.1 Imputación de donaciones para la fijación de la legítima

El primer punto afectado por las donaciones en vida del causante es el cálculo de la legítima. Según el art. 818 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último¹ *para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento. Al valor líquido de los bienes hereditario se agregará el de las donaciones colacionables.*

De este artículo se desprende que el cálculo de la legítima se efectuará sobre la comunidad hereditaria, quedando esta formada por la suma de dos masas diferenciadas: el *relictum*, formado por todos los bienes que quedan a la muerte del causante menos las

¹ GACETA de 25 de Julio de 1889; en adelante, Cc.

deudas y cargas que forman parte de la herencia² y el *donatum*, comprendido por las donaciones colacionables. Cabe apuntar que, estas donaciones no tienen nada que ver con la figura jurídica de la colación, explicada en el siguiente apartado, sino que, como se extrae del art. 819 Cc., consisten en todas las donaciones que el causante haya efectuado tanto en favor de los legitimarios como en favor de extraños³.

Según BERCOVITZ nos encontramos ante un término que no está empleado en sentido técnico-jurídico ya que las donaciones colacionables⁴, propiamente dichas, son aquellas recogidas en los arts. 1035 y ss. Cc. Así, y según numerosas sentencias del Tribunal Supremo como las SSTs de 17 de marzo de 1989 [RJ 1989/2161], de 21 de abril de 1990 [RJ 1990/2762] y de 21 de enero de 2010 [RJ 2010/11] han de agregarse al *relictum* todas las donaciones y transmisiones a título gratuito realizadas por el causante en vida salvo aquellas usuales o regalos de costumbre, como recoge el art. 1041 Cc., así como los gastos realizados para alimentos, educación, curación de enfermedades y gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad, aunque sean extraordinarios.

A pesar de la pequeña confusión a la que nos puede llevar el término “colacionable”, podemos apreciar a priori que toda donación en vida del causante a cualquier sujeto habrá de traerse a la comunidad hereditaria para el cálculo de la legítima.

La forma en que estas donaciones habrán de traerse al caudal hereditario aparece en el art.819 Cc., ya que según el destino de las mismas habrán de imputarse a los distintos tercios que conforman la comunidad hereditaria. Así, este artículo establece, en primer lugar, que las donaciones a los hijos que no tengan expresamente el concepto de mejora se imputarán a su legítima y el exceso a la parte libre; que las donaciones a ascendientes que concurren en la herencia se imputarán a su legítima y el exceso a la parte libre; y que las donaciones a extraños, siendo aquellos que han recibido donaciones pero no concurren a la herencia del causante como herederos forzosos, se imputarán a la parte libre de la herencia.

En caso de que alguna de las donaciones a estos sujetos provoque la imposibilidad de cobro de la legítima que cada legitimario tenga derecho, existe en nuestro Cc. una figura que pretende solventar dicha situación. Esta no es otra que la acción de suplemento de la legítima, recogida en el art. 815 y desarrollada por el Tribunal Supremo en la TS de 21 de enero de 2008 [RJ 2008/306], definida como la reducción o anulación de las donaciones realizadas en vida por el causante a los no legitimarios o a los legitimarios en cuanto excedan de su respectiva legítima.

A mayores, si la cuota hereditaria a la que cada legitimario tiene derecho resultase insuficiente la acción de suplemento, el legitimario dispone de la acción de reducción de atribuciones gratuitas inoficiosas⁵, recogida en el art 817 Cc., que como bien indica su

² PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (coord.), MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P. y CÁMARA LAPUENTE, S.: *Curso de Derecho civil (V). Derecho de Sucesiones*, Colex, Madrid, 2013, p.308

³ LASARTE, C.: *Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho civil VII*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p.213

⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Manual de Derecho civil. Sucesiones*, Bercal, S.A., Madrid, 2012, pp. 205 - 206

⁵ *Ibidem*, pp. 213 - 214

nombre consiste en reducir o anular las donaciones realizadas por el causante a título gratuito que son inoficiosas.

Podemos definir la inoficiosidad de la donación por cómo viene recogida en el art. 636 Cc. que versa: *ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento. La donación será inoficiosa en todo lo que exceda de esta medida.*

En definitiva, como hemos visto, existen mecanismos que protegen el correcto cauce de la legítima y la percepción de esta por sus legitimarios, por lo que toda donación que resulte lesiva para la misma deberá ser restituida conforme a la Ley.

II.1.a) Imputación de donaciones para la fijación de la legítima en Galicia

Gracias a la Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, del Estatuto de Autonomía de Galicia⁶, concretamente en su art. 27.4, nuestra Comunidad Autónoma posee la competencia exclusiva de conservar, modificar y desarrollar las instituciones del Derecho civil gallego, recogido a su vez en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia⁷.

Esto permite que, en lo referente a materia de sucesiones, Galicia tenga una regulación en Derecho civil que difiere de la regulación a nivel estatal. Prueba de ello, y para el caso que nos atañe, es la regulación de la legítima en la LDCG.

A diferencia de los tercios corrientes en los que se divide la comunidad hereditaria en el Cc., en Galicia esta división está basada en cuartos, como se desprende de los arts. 243 y 253 LDCG por lo que a priori el *quantum* legal del que el testador gallego puede disponer libremente es superior al estatal.

Con respecto a la imputación de donaciones para la fijación de la legítima, la LDCG no dista demasiado de la normativa estatal. En su art. 244 establece que *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*; y, en el art. 245 recoge cómo han de imputarse las donaciones efectuadas por el causante a los legitimarios, las cuales son muy similares al Derecho común.

Sin embargo, encontramos otra diferencia respecto al Derecho civil estatal en la forma de cuantificar las donaciones colacionables. En el caso gallego esta se hará actualizándose *monetariamente en el momento de efectuarse el pago de la legítima*, entendiéndose esta, en términos económicos, como la aplicación de los tipos de interés legal del dinero⁸.

Como podemos apreciar, el funcionamiento de la protección de la legítima con respecto a las donaciones en la LDCG funciona de forma casi idéntica a la normativa

⁶ BOE núm. 101, de 28 de abril de 1981; en adelante, Estatuto de Autonomía

⁷ DOG núm. 124, de 29 de junio de 2006 y BOE núm. 191, de 11 de agosto de 2006; en adelante, LDCG

⁸ BUSTO LAGO, J.M.: “Los pactos sucesorios en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 84, núm. 706, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008, p. 536

estatal, salvando, claro está, el *quantum* de la legítima que en el caso gallego dispondrá de mayor libertad.

II.2 La colación hereditaria

Además de la protección de la legítima, nuestro Código civil vela por la igualdad y proporcionalidad en las cuotas hereditarias. LASARTE afirma que el Derecho positivo siempre ha procurado el *establecimiento de criterios de corrección de posibles desviaciones del sistema que encuentren su causa en las atribuciones patrimoniales que el de cuius hubiera realizado, inter vivos y a título lucrativo, en favor de cualquiera de los herederos*⁹.

Toda esta argumentación jurídica yace sobre la presunción de que el causante hubiera realizado donaciones en vida a alguno de sus herederos disminuyendo, por consiguiente, su propio patrimonio, suponiendo un perjuicio patrimonial para el resto de herederos la hora de sucederlo. Para evitar esta posible injusta situación, el legislador ha introducido mediante la sección primera del capítulo VI del Cc. la figura de la colación hereditaria.

Según BERCOVITZ¹⁰, colacionar consiste en la integración de las atribuciones patrimoniales que el causante hubiera realizado, en vida, a favor de cualquier de los herederos en la masa hereditaria. También se puede entender el bien donado, sujeto a colación, como un anticipo en vida de la legítima del causante, por lo que, a su muerte, el legitimario beneficiado ya habrá recibido parte de esta.

Si bien en el apartado anterior explicábamos la imputación de las donaciones para la fijación de la legítima, la colación no pretende la protección de esta, sino que es una operación contable consistente en sumar al *relictum* los bienes objeto de colación para fijar el haber partible y así distribuirlo entre los herederos en partes iguales o proporcionales¹¹. De esta manera el coheredero obligado a colacionar verá reducida su cuota hereditaria en la cuantía que suponga el valor de los bienes a colacionar.

Así, el art. 1035 Cc. dispone: *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.*

De este artículo se desprende, en primer lugar, que para que la colación sea procedente tiene que haber una comunidad hereditaria¹², ya que si todos los bienes de la herencia han sido asignados ya no habrá nada que particionar. Además, los partícipes de esa herencia deberán ser, al menos dos o más, legitimarios a título de herencia. Esto es que no sirve que sean legitimarios de legado o que sean legitimarios pero no herederos, sino que tienen que ser estrictamente legitimarios a título de herencia o herederos forzosos

⁹ LASARTE, C.: *Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho civil VII*, op. cit., p.336

¹⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Manual de Derecho civil. Sucesiones*, op. cit., p. 116 - 117

¹¹ DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil. Volumen IV (tomo 2)*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 274

¹² PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (coord.), MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P. y CÁMARA LAPUENTE, S.: *Curso de Derecho civil (V). Derecho de Sucesiones*, op. cit., pp.480 - 481

según recoge ESPEJO LERDO DE TEJADA¹³ y la STS de 22 de enero de 1963 [RJ 1963/447].

Por último, y más obvio, es necesario que alguno de los herederos forzosos haya recibido bienes a título lucrativo del causante mientras aún vivía.

Una vez cumplidos los requisitos, la colación se llevará a cabo. Sin embargo, cabe añadir que, según el art. 1036 Cc., *la colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente o, si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa*. Por lo que en caso de que el causante dispusiera expresamente al tiempo de la donación que esta no es colacionable, no podrá colacionarse a la hora de su muerte salvo que no pudiera cubrirse la legítima, y se emprenderían los mecanismos del primer apartado de este punto.

Esto refleja el carácter dispositivo y proporcional¹⁴ de la colación ya que, lo donado a un descendiente forzoso no es más que un anticipo de su herencia, que es distinto de la presunción de que el causante quiera igualar a todos sus herederos forzosos. Así según el art. 1047 Cc. *el donatario tomará de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiese recibido, percibiendo sus coherederos el equivalente, en cuanto sea posible, en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad*.

También, se desprende del art. 1036 Cc. que el heredero forzoso obligado a traer el valor de la donación que el causante le hubiera efectuado en vida deberá aceptar la herencia para que esto ocurra, ya que en caso contrario no habrá colación alguna.

Para concluir esta breve exposición sobre la figura de la colación conviene aclarar que existen dos formas de llevarla a cabo¹⁵. Por un lado, tenemos la colación mediante la aportación *in natura*, consistente en integrar en el caudal hereditario el bien donado; y por otro, la colación mediante deducción o imputación contable, es decir, lo que se integra en la masa hereditaria es el valor de dicho bien.

Pues bien, en el Derecho civil español, se opta por la colación mediante deducción o imputación contable, es decir se trae el valor del bien donado al tiempo de la sucesión. Prueba de ello es el art. 1045 Cc. que explícitamente versa: *no han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios*; y por si fuera poco el Tribunal Supremo ha aclarado en reiteradas sentencias dicha doctrina. Un ejemplo de ello es lo recogido en la STS de 6 de noviembre de 2003 [RJ 2003/8266] en donde el Tribunal afirmó que en *los arts. 1035 y 1045 del Código Civil se pone de manifiesto la obligación del heredero de llevar a la masa hereditaria los bienes recibidos por cualquiera de aquellos títulos, si bien «no han de traerse a la colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor»; el art. 1047 expresa que «el donatario tomará de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiese recibido, percibiendo sus coherederos el equivalente». Se está ante una operación contable consistente en sumar a los bienes de la herencia (en el caso, a los bienes que debe reintegrar el demandado-recurrente) el valor de los bienes objeto de la colación para fijar el haber partible («la cuenta de la partición») y distribuirlo entre los coherederos*

¹³ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: “La colación su ámbito personal y sus efectos: Colación legal y colación voluntaria (A propósito de una Sentencia del Tribunal Supremo)”, en *Anuario de Derecho civil*, Año 1992, Vol. 45, núm. 1, pp. 379 - 385

¹⁴ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil. Volumen IV (tomo 2)*, op. cit., p. 274

¹⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Manual de Derecho civil. Sucesiones*, op. cit., p. 120

en parte iguales, si bien el coheredero obligado a colacionar verá reducida su parte en la cuantía que suponga el valor de los bienes a colacionar, recibiendo los demás coherederos una compensación proporcional.

Por último, creo oportuno añadir al presente trabajo la delimitación de los conceptos colación hereditaria y donaciones colacionables efectuada por el TS en la STS de 19 de febrero de 2015 [RJ 2015/1400], ya que como se ha indicado anteriormente, nuestro Cc. no emplea el término “colacionable” en un sentido técnico-jurídico. Así el TS afirma que *la colación que contempla el artículo 818 del Código Civil, en su párrafo segundo: "Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará al de las donaciones colacionables", fiel a su antecedente en el Proyecto de Código Civil de 1851, que más gráficamente se refería a la agregación del "valor que tenían todas las donaciones del mismo testador" viene referida a las operaciones de cálculo que encierra la determinación del caudal computable a los efectos de fijar las correspondientes legítimas. En este marco, su empleo en la formulación del citado artículo 818 del Código Civil no refiere una aplicación técnica o jurídica del concepto de colación, sino un sentido lato que se corresponde con la noción de colación como mera computación de las donaciones realizadas por el testador para el cálculo de la legítima y de la porción libre que recoge el 818 del Código Civil.*

Por el contrario, el empleo de la colación que se infiere del artículo 1035 del Código Civil, sí que refiere una aplicación técnica o jurídica de este concepto basado en la presunta voluntad del causante de igualar a sus herederos forzosos en su recíproca concurrencia a la herencia, sin finalidad de cálculo de legítima, como en el supuesto anterior; todo ello, sin perjuicio de que se haya otorgado la donación en concepto de mejora o con dispensa de colacionar.

II.3 Aplicación al caso. Cuestión nº 1

En base a todo lo expuesto anteriormente podemos analizar de forma inequívoca el presente supuesto y resolver la primera cuestión que se nos plantea. Para ello conviene recordar que D. Carlos Daniel, el causante, donó en el año 2014 una finca a su hijo D. Teodoro, el cual fue designado heredero universal junto con sus hermanas en el año 2011 cuando su padre otorgó testamento.

Según los datos que se nos proporciona en el caso, asumimos que en dicha donación no existe disposición expresa de D. Carlos Daniel conforme la finca no ha de ser colacionada al fin de la vida de este. A mayores, asumiendo que D. Teodoro no ha repudiado la herencia y la ha aceptado, no es de aplicación ninguno de los dos supuestos recogidos en el art. 1036 Cc.

En este último punto hemos tenido que asumir el hecho de que la herencia ha sido aceptada, ya que no lo podemos afirmar plenamente al no existir aceptación de la herencia ni tácita ni expresa. El que D. Teodoro haya autoliquidado el Impuesto de Sucesiones y Donaciones de la herencia de su padre no implica aceptación de ningún tipo, tal y como recoge la jurisprudencia del TS en la STS de 20 de enero de 1998 [RJ 1998/57].

El bien donado por D. Carlos Daniel a D. Teodoro no se recoge dentro de ninguno de los bienes que pueden ser excluidos de colación recogidos en los arts. 1042 y 1044 Cc.

Por otro lado, D. Teodoro es heredero universal con respecto a D. Carlos según testamento y heredero forzoso, ya que es legitimario al ser hijo del causante. Si bien es

cierto que los términos pueden sonar excluyentes, DÍEZ-PICAZO¹⁶ afirma que aunque lo normal es que el causante designe como herederos de su patrimonio a sus hijos, tal llamamiento no borra en modo alguno su condición de legitimarios.

De esta forma podemos apreciar que el presente supuesto es un claro ejemplo en el que la colación habrá de realizarse, ya que no se trata de ningún supuesto de liberalidad exceptuado de colación y cumple lo establecido en el art. 1035 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.*

Aun así, cabe matizar un pequeño detalle sobre el enunciado de la pregunta: (...) *le preguntan si la finca donada a su hermano D. Teodoro ha de ser incluida en el inventario de la comunidad hereditaria.* La finca ha de ser traída a colación para la partición de la herencia, teniendo en cuenta que D. Teodoro ya ha recibido parte de la misma, pero no ha de incluirse estrictamente en el inventario de la comunidad hereditaria.

Como ya se ha señalado, el art. 1045 Cc. y en SSTs expuestas anteriormente, *no han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios*, por lo que a la hora de repartir la herencia entre sus hermanas Dña. Victoria, Dña. Carolina y Dña. Dulce y él mismo, este último no traerá la finca en sí al caudal hereditario, sino su valor y *tomará de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiese recibido*, como recoge el art. 1047 Cc.

A mayores, del art. 1045 Cc. se desprende que el valor por el que la finca deberá figurar en la comunidad hereditaria es el valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, siendo 234.569 €, como se indica en el enunciado del supuesto.

Finalmente, es conveniente hacer un apunte sobre la posibilidad de ejercitar alguna de las figuras cuyo fundamento es la protección de la legítima.

En el presente supuesto no disponemos de datos suficientes para calcular la legítima correspondiente a cada uno de los sucesores, por lo que no es posible constatar nada con respecto a la misma. Sin embargo, sí que podemos afirmar que la finca deberá tenerse en cuenta a la hora del cálculo para la fijación de la legítima según el, anteriormente mencionado, art. 818 Cc., y en caso de no poder cubrirse las legítimas de las hermanas, será posible emprender por estas las acciones de suplemento de la legítima o la acción de reducción por considerar la donación inoficiosa.

III. Tributación de las donaciones

Según el art. 618 de nuestro Código civil, *la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta.* Esta transmisión de la propiedad sobre una cosa está sujeta a gravamen en nuestro sistema tributario.

Como es sabido por la inmensa mayoría de la población, existe un impuesto que grava las donaciones y que, de hecho, son estas las que le confieren parte de su nombre. No es otro que el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, regulado en la Ley 29/1987,

¹⁶ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil. Volumen IV (tomo 2)*, op. cit., p. 159

de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones¹⁷ y en el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones¹⁸.

Este impuesto, según el art. 1 LISD, *grava los incrementos patrimoniales obtenidos a título lucrativo por personas físicas, en los términos previstos en la presente Ley*. Así, la persona física que experimente un aumento de su patrimonio a causa de una transmisión a título lucrativo *inter vivos*, como es la donación, deberá tributar por este impuesto.

De esta manera, el receptor de la donación o donatario deberá tributar por ISD, según el art.9 LISD, *el valor neto de los bienes y derechos adquiridos, entendiéndose como tal el valor real de los bienes y derechos minorado por las cargas y deudas que fueren deducibles*.

Como se puede apreciar, no hay duda que el donatario deberá someter a gravamen el valor del bien de acuerdo a las reglas del ISD. Lo que probablemente olviden muchas personas es que la donación puede devengar otros impuestos cuya cuota a abonar puede alcanzar cifras de vértigo.

Normalmente, cuando se dona cualquier tipo de bien, el donante deberá tributar por IRPF la ganancia patrimonial obtenida en dicho negocio jurídico. Así, se recoge en el art. 34.1.a) 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 Patrimonio¹⁹, que se valorará la ganancia patrimonial en cualquier transmisión a título lucrativo *inter vivos* como la diferencia entre el valor de transmisión y valor de adquisición.

Además, en caso de tratarse de bienes inmuebles urbanos, habrá que abonar el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos Naturaleza Urbana o “plusvalía municipal”, el cual se encuentra regulado a nivel local y cada Ayuntamiento estipula sus gravámenes.

En definitiva, en una simple donación puede haber más carga tributaria de la que creíamos en un primer lugar.

En este apartado se pretende dar una breve explicación de las obligaciones tributarias que nacen para ambas partes de la donación de un bien. Concretamente y para dar respuesta posteriormente al supuesto de hecho, nos centraremos en los bienes inmuebles de naturaleza urbana.

III.1 Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

Cuando una determinada persona física realiza la adquisición gratuita de un elemento patrimonial, ya sea *mortis causa* o *inter vivos*, el legislador ha decidido crear un impuesto redistribuidor de la riqueza²⁰, como es el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

¹⁷ BOE núm. 303, de 19 de diciembre de 1987; en adelante, LISD

¹⁸ BOE núm. 275, de 16 de noviembre de 1991; en adelante RISD

¹⁹ BOE núm. 285, de 29 de noviembre de 2006; en adelante LIRPF

²⁰ MARTIN QUERALT, J., TEJERIZO LÓPEZ, J.M. y CAYÓN GALIARDO, A. (dirs.): *Manual de Derecho tributario*, Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 425

Aunque este impuesto grava ambos tipos de adquisición de la propiedad de un bien, vamos a centrarnos en la regulación referente a las donaciones, ya que es el supuesto que nos atañe y el que queremos analizar.

El Impuesto de Donaciones es un impuesto directo, subjetivo, personal y progresivo, que recae sobre los incrementos de patrimonio obtenidos a título gratuito *inter vivos* por personas físicas²¹ y el obligado al pago del impuesto será el donatario o el que se vea favorecido por dicho incremento²².

De acuerdo al art. 9 LISD, su base imponible será *el valor neto de los bienes y derechos adquiridos, entendiéndose como tal el valor real de los bienes y derechos minorado por las cargas y deudas que fueren deducibles*, la cual difiere del cálculo de la base imponible de las sucesiones.

En las adquisiciones por donación, el impuesto se devengará el día en que se cause el acto o contrato, entendiéndose por tal, cuando se trate de la adquisición de cantidades por el beneficiario de un seguro sobre la vida para caso de sobrevivencia del contratante o del asegurado, aquel en que la primera o única cantidad a percibir sea exigible por el beneficiario, según el art. 27 RISD.

En resumen, las donaciones serán gravadas, en todo caso, por el ISD y el encargado de satisfacer dicho impuesto será el donatario.

III.2 Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

En las donaciones, cuando se transmite el bien al donatario, a ojos de la LIRPF existe una ganancia patrimonial para el donante, que, según el art. 34.1.a), se calculará como la diferencia entre el valor de adquisición y transmisión del bien donado.

Así, el valor de adquisición estará formado por la suma del importe real por el que dicha adquisición se hubiera efectuado, el coste de las inversiones y mejoras efectuadas en los bienes adquiridos y los gastos y tributos inherentes a la adquisición, excluidos los intereses, que hubieran sido satisfechos por el adquirente. Además, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, este valor se minorará en el importe de las amortizaciones.

El valor de transmisión, por su parte será el importe real por el que la enajenación se hubiese efectuado. De este valor se deducirán los gastos y tributos inherentes a la transmisión, excluidos los intereses, en cuanto resulten satisfechos por el transmitente. Cabe indicar que, por importe real del valor de enajenación se tomará el efectivamente satisfecho, siempre que no resulte inferior al normal de mercado, en cuyo caso prevalecerá este²³.

A mayores, a la hora de establecer los valores de adquisición y transmisión, el art. 36 LIRPF indica tomar como *importe real de los valores respectivos aquéllos que resulten de la aplicación de las normas del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, sin que puedan exceder del valor de mercado*.

²¹ MARTIN QUERALT, J., TEJERIZO LÓPEZ, J.M. y CAYÓN GALIARDO, A. (dirs.): *Manual de Derecho tributario*, Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 453

²² Vid. art. 5 LISD

²³ Vid. art. 35 LIRPF

Como se puede apreciar, la donación a efectos del donante es tratada como una compra-venta en lo que a generar una ganancia patrimonial se refiere. Creo idóneo indicar en este punto que, si a la hora de calcular la alteración patrimonial por la donación esta resulta negativa, es decir, que se produce una pérdida patrimonial, el donante no tributará por IRPF²⁴.

Por último, al tratarse de la donación de un bien inmueble, su valor de adquisición deberá actualizarse por los coeficientes de actualización recogidos en la Ley de Presupuestos Generales del Estado si la transmisión ha tenido lugar antes del ejercicio 2015, ya que a partir del 1 de enero de 2015 se eliminan estos coeficientes²⁵.

En definitiva, la donación opera como una pseudo-compraventa a efectos de IRPF para el donante con la diferencia que, en la compraventa, se podrá declarar una pérdida patrimonial en caso de que el resultado de la operación resulte negativo, cosa que no ocurrirá bajo ningún concepto con la donación.

III.3 Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana

En las donaciones de bienes inmuebles, el adquirente del bien deberá tributar por el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

Según MERINO JARA²⁶, *este impuesto consiste en un tributo directo que grava el aumento de valor que experimenten los terrenos de naturaleza urbana y que se pone de manifiesto como consecuencia de la transmisión de su propiedad por cualquier título. Es necesario indicar que la plusvalía generada solo recae sobre el terreno y en ningún caso sobre la construcción.*

El fundamento de esta figura tributaria yace en que la presunción de que el aumento de valor es debido a la acción del Ayuntamiento ya que, al mejorar las calles y las infraestructuras de su entorno, el valor del inmueble aumenta. De hecho, parte de la regulación de este impuesto es a nivel local, ya que está dentro de las competencias que el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales²⁷, por lo que cada Ayuntamiento puede establecer su propio gravamen.

Por último, cabe indicar que la base imponible de dicho impuesto se calculará multiplicando el número de años que el inmueble ha permanecido con el mismo propietario por un coeficiente, estipulado por el Ayuntamiento, según ese número de años. Por ello, se puede deducir que el tiempo que un inmueble urbano permanezca en el patrimonio de la misma persona será directamente proporcional a la factura fiscal que habrá de abonar en concepto de este impuesto.

²⁴ Vid. art. 33.5.c) LIRPF

²⁵ MERINO JARA, I. (dir.): *Derecho tributario. Parte especial*, Tecnos, Madrid, 2015, p.126

²⁶ *Ibidem*, p. 661

²⁷ BOE núm. 59, de 9 de marzo de 2004

III.4 Aplicación al caso. Cuestión nº 2

En el supuesto de hecho se nos cuestiona sobre la idoneidad de D. Carlos Daniel al no haber declarado ninguna ganancia patrimonial a efectos del IRPF con motivo de la donación efectuada a su hijo D. Teodoro.

Ni que decir tiene que la autoliquidación del ISD que D. Teodoro ha realizado es completamente correcta y acorde a la Ley.

En el caso de D. Carlos Daniel, se constata la errática conducta que este ha llevado a cabo con respecto a la Agencia Tributaria. En base a lo expuesto anteriormente, D. Carlos Daniel debería haber tenido en cuenta la necesidad de tributar por IRPF la ganancia patrimonial obtenida como consecuencia de la donación, así lo establecen los arts. 34.1.a), 35 y 36 LIRPF.

No obstante, en el caso no se especifica en ningún momento cuál es el valor de adquisición. Es por esto que tampoco podemos determinar el valor de la ganancia patrimonial, por lo que es posible que se diera el caso en el que por la donación, D. Carlos Daniel hubiera sufrido una pérdida patrimonial, la cual según el art. 33.5.c) LIRPF no debiera computarse a efectos del mismo impuesto.

A mayores, hay que hacer referencia a los coeficientes de actualización del valor de adquisición de bienes inmuebles. Como el inmueble fue donado en el año 2014, es de aplicación el coeficiente de actualización correspondiente, recogido en el art. 62 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014²⁸, al valor de adquisición del bien inmueble.

En base a todo lo expuesto, cabe sospechar que al ser el valor de transmisión 63.540€, a la hora de aplicar los coeficientes de actualización, el resultado de la alteración patrimonial devengue un resultado negativo. Si bien es cierto, esto es una mera especulación ya que no disponemos de dicho dato.

Por último, y a modo accesorio, dado que no se nos refleja en el caso que D. Teodoro hubiera satisfecho el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, conviene recordar la obligación del mismo según se ha recogido en el apartado anterior.

IV. Afectación y desafectación de bienes a las actividades económicas

En las cuestiones tres y cuatro se plantea el tratamiento que habría que dar a las ventas de los dos terrenos llevadas a cabo por D. Carlos Daniel a efectos de IRPF: como ganancias patrimoniales o rendimientos de las actividades económicas.

Para dar respuesta a dichas cuestiones considero necesario fijar correctamente los conceptos de afectación y desafectación de un bien a la actividad económica y cómo son regulados a efectos de IRPF. Posteriormente, se hará una breve alusión a la figura de la presunción de desafectación tácita para el caso de cese de actividad y culminaremos el

²⁸ BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2013

presente punto con la resolución de las preguntas aplicando la teoría expuesta anteriormente con los matices y/o ampliaciones en materia que se estimen oportunos.

IV.1 Elementos patrimoniales afectos a una actividad económica

Según MARTÍN QUERALT²⁹, los bienes afectos a una actividad económica son aquellos que son idóneos para conseguir los fines propuestos en una actividad económica y se utilizan fundamentalmente para el desarrollo de las actividades propias de la misma.

El art. 29 LIRPF establece la consideración de elementos afectos a *los bienes inmuebles en los que se desarrolla la actividad del contribuyente; los bienes destinados a los servicios económicos y socioculturales del personal al servicio de la actividad, no incluyéndose los bienes de esparcimiento y recreo o, en general, de uso particular del titular de la actividad económica; y, cualesquiera otros elementos patrimoniales que sean necesarios para la obtención de los respectivos rendimientos. En ningún caso tendrán esta consideración los activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad y de la cesión de capitales a terceros.*

También, añade que en el caso de que los elementos patrimoniales sirvan parcialmente al objeto de la actividad, la afectación se entenderá limitada a aquella parte de los mismos que se utilice en la actividad que se trate, no siendo susceptibles de aceptación parcial los elementos indivisibles.

En último lugar, manifiesta que la consideración de afectación lo será con independencia de que la titularidad de los bienes, en caso de matrimonio, resulte común a ambos cónyuges los primeros criterios.

Posteriormente, el art. 22 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 y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero³⁰, va más allá y desarrolla un poco más la condición de bien afecto. Así, recoge que *sólo se considerarán elementos patrimoniales afectos a una actividad económica aquellos que el contribuyente utilice para los fines de la misma.*

Asimismo, establece dos tipos de bienes que bajo ningún concepto se entenderán afectados. Estos son:

- *Aquellos que se utilicen simultáneamente para actividades económicas y para necesidades privadas, salvo que la utilización para estas últimas sea accesorio y notoriamente irrelevante de acuerdo con lo previsto en el apartado 4 de este artículo.*
- *Aquellos que, siendo de la titularidad del contribuyente, no figuren en la contabilidad o registros oficiales de la actividad económica que esté obligado a llevar el contribuyente, salvo prueba en contrario.*

Y, por último, *se considerarán utilizados para necesidades privadas de forma accesorio y notoriamente irrelevante los bienes del inmovilizado adquiridos y utilizados para el desarrollo de la actividad económica que se destinen al uso personal del contribuyente en días u horas inhábiles durante los cuales se interrumpa el ejercicio de*

²⁹ MARTÍN QUERALT, J., TEJERIZO LÓPEZ, J.M. y CAYÓN GALIARDO, A. (dirs.): *Manual de Derecho tributario. Parte especial*, Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 126

³⁰ BOE núm. 78, de 31 de marzo de 2007; en adelante, RIRPF

dicha actividad, no operando este supuesto en los automóviles de turismo y sus remolques, ciclomotores, motocicletas, aeronaves o embarcaciones deportivas o de recreo, a no ser que sean vehículos mixtos destinados al transporte de mercancías, a la prestación de servicios de transporte de viajeros mediante contraprestación, a la prestación de servicios de enseñanza de conductores o pilotos mediante contraprestación, a los desplazamientos profesionales de los representantes o agentes comerciales o a ser objeto de cesión de uso con habitualidad y onerosidad.

Además, el art. 28 LIRPF sentencia que la afectación de elementos patrimoniales o la desafectación de activos fijos por el contribuyente no constituirá alteración patrimonial, siempre que los bienes o derechos continúen formando parte de su patrimonio. Y se entenderá que no ha existido afectación si se llevase a cabo la enajenación de los bienes o derechos antes de transcurridos tres años desde ésta.

Con esta última parte del artículo se pretende evitar que los contribuyentes afecten cualquier tipo de elemento patrimonial solo para aplicar los gastos deducibles durante un corto período de tiempo y no para perseguir la consecución de los objetivos de la actividad económica, como se recoge en la definición de bien afecto. Así lo dispuso la AN en la SAN de 4 de junio de 2014 [JT 2014/1261] al afirmar que el legislador, para evitar afectaciones ficticias dispone que en el caso de que la enajenación de bienes o derechos se produzca dentro de los tres años siguientes a la afectación, se entenderá que esta no ha existido. Lo que significa que la válida deducción de los gastos ocasionados por los bienes y derechos afectos, para determinar el rendimiento neto de la actividad económica en la que se utilice el bien, queda condicionada a la efectiva permanencia de dichos bienes en el patrimonio empresarial durante más de tres años. De forma que, de producirse la enajenación antes del transcurso de dicho plazo, se debe regularizar la situación tributaria del contribuyente, eliminando las deducciones indebidamente practicadas.

Por último, se atenderá al valor normal en el mercado de los bienes o servicios objeto de la actividad, que el contribuyente ceda o preste a terceros de forma gratuita o destine al uso o consumo propio.

Con respecto a la desafectación, la LIRPF establece en su Disposición Transitoria Novena que para la aplicación de los coeficientes de abatimiento se considerarán 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 transmisión.

Por su parte el RIRPF, dispone en el segundo apartado del art. 23 que, en las desafectaciones de bienes o derechos afectos a actividades económicas al patrimonio personal, se tomará a efectos de este Impuesto su valor contable en dicho momento, calculado de acuerdo con las amortizaciones que hubieran sido fiscalmente deducibles, computándose en todo caso la amortización mínima.

En definitiva, la LIRPF y el RIRPF fijan los criterios para considerar un bien afecto a una actividad económica, los casos en los que no se podrán bajo ningún concepto considerar como bienes afectos y las reglas de valoración, tanto de afectación como de desafectación.

Si bien es cierto que a simple vista puede parecer una cuestión secundaria, la afectación o desafectación de un bien a la actividad económica, esta cobra mayor interés a la hora de transmitir dicho bien. En el caso de no estar afecto, el bien provendrá del

patrimonio personal del contribuyente por lo que la alteración patrimonial será gravada como ganancia o pérdida patrimonial. Mientras que, si el bien se considera afecto a una actividad económica, según la consideración de este como inmovilizado o existencia, como veremos más adelante, podrá traducirse en ser gravado como rendimiento de actividad económica.

Esta valoración a nivel tributario puede influir en la factura del Fisco, ya que las ganancias patrimoniales se integran en la base imponible del ahorro, el cual tiene generalmente tipos inferiores de gravamen, mientras que los rendimientos de actividades económicas se integran en la base imponible general tributando a un tipo impositivo normalmente superior.

IV.2 Presunción de desafectación tácita para el caso de cese de actividad

En base a las SSTS de 14 de noviembre de 2016 [RJ 2016/5815] y de 18 de marzo de 2010 [RJ 2010/2584], se puede deducir que la presunción de desafectación tácita para el caso de cese de actividad es una presunción *iuris et de iure*, es decir, que no admite prueba en contrario, según el art. 385.1 de Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil³¹, y supone la desafectación de todos los elementos afectados a la actividad económica cuando tenga lugar el cese de la misma.

Obviamente, una vez operada esta presunción, la renta obtenida por la transmisión de los bienes desafectados se efectuará por las reglas generales de valoración de las ganancias patrimoniales, en lugar de las reglas del art. 37.1.n) LIRPF.

IV.3 Aplicación al caso. Cuestión nº 3

En la tercera pregunta se nos plantea la posibilidad de aplicación de la presunción de desafectación tácita para el caso de cese de actividad que alegan los herederos de D. Carlos Daniel.

Por los datos que nos proporciona el supuesto de hecho, el único argumento existente que justifique el cese de actividad es la jubilación de D. Carlos Daniel, el 30 de junio de 2014. Por ello se entiende que el cese de la actividad es consecuencia de dicha jubilación ya que no existe ningún otro indicio de otra causa en las líneas del supuesto; y, por lo tanto, al cesar la actividad se debe aplicar la presunción arriba citada.

En otras palabras, lo que los herederos de D. Carlos Daniel persiguen es acreditar que las rentas percibidas por el mismo, como consecuencia de la venta de unos terrenos a dos sociedades mercantiles, tienen consideración a efectos de IRPF de ganancias patrimoniales, al no estar afectos a la actividad económica de D. Carlos Daniel, ya que esta se extinguió con la jubilación del causante. Además, subrayan que dichas ganancias patrimoniales se han visto reducidas en su totalidad por la aplicación de los coeficientes de abatimiento del ejercicio 2015 al haber adquirido los terrenos antes del 31 de diciembre de 1994.

Pues bien, en línea con lo recogido en las SSTS de 14 de noviembre de 2016 [RJ 2016/5815] y de 18 de marzo de 2010 [RJ 2010/2584], el TS se ha pronunciado respecto a la presunción de desafectación tácita para el cese de actividad afirmando que *no puede*

³¹ BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000; en adelante, LEC

compartirse que exista necesaria y automáticamente una vinculación entre la jubilación y el cese en la actividad empresarial.

Para alcanzar esta conclusión, analiza, entre otros, el art. 93 de la Orden, de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos³², modificado por la Orden de 31 de julio de 1976 que versa:

1. El disfrute de la pensión por vejez será incompatible con todo trabajo de pensionista, por cuenta propia o ajena, que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación de este Régimen Especial, del Régimen General o de alguno de los demás Regímenes Especiales a que se refiere los números 2 y 3 del artículo 10 de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974.

2. El disfrute de la pensión por vejez será compatible con el mero mantenimiento de la titularidad del negocio de que se trate, y con el desempeño de las funciones inherentes a dicha titularidad.

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

Así, aplicando la doctrina del TS con respecto a la presunción de desafectación tácita para el caso de cese de actividad podemos afirmar rotundamente que no es aplicable en el presente caso al no existir una vinculación automática entre la jubilación y el cese de actividad empresarial.

IV.4 Aplicación al caso. Cuestión nº 4

En la cuarta cuestión se nos plantea, en primer lugar, la posible consideración como rentas de actividades económicas las ganancias patrimoniales obtenidas por la venta de la finca llevada a cabo por D. Carlos Daniel tal y como sugiere la inspección tributaria.

Para contestar correctamente a esta pregunta, tendríamos que acudir a la calificación de los terrenos vendidos a efectos de afectación a la actividad de promoción inmobiliaria realizada por D. Carlos Daniel en vida.

Como no disponemos de dicha información, resolveremos la cuestión de manera hipotética. En primer lugar, si los terrenos objeto de la compraventa no estuvieran afectos a la actividad económica en ningún momento porque pertenecían al patrimonio personal del contribuyente sin verse, reitero, afectados, no se les pudiese encajar en ninguno de los apartados de los arts. 29 LIRPF y 22 RIRPF y, por lo tanto, les fuese procedente la aplicación del art. 22.2.2º; estos no podrían ser considerados rendimientos de actividades económicas por lo que tributarían como ganancia patrimonial.

En el caso en el que sí hubieran estado afectados a la actividad de promoción inmobiliaria que realizaba D. Carlos Daniel en vida y estos hubieran sido desafectados por cese de actividad con motivo de la jubilación de D. Carlos Daniel, tal y como plantean

³² BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 1970

sus herederos, estaríamos ante dos posibles supuestos según el fin que estos bienes tuvieran.

El TS se ha pronunciado en reiteradas ocasiones acerca de la calificación de los bienes afectos a una actividad económica generalmente de dos formas y con dos consideraciones a efectos de IRPF distintas.

Así, en las SSTs de 11 de mayo de 2004 [RJ 2004/5236], de 18 de marzo de 2010 [RJ 2010/2584], de 28 de noviembre de 2013 [RJ 2014/207], de 4 de marzo de 2015 [RJ 2015/1096], entre otras, el TS distingue entre los bienes que operan como inmovilizado o activo fijo y los bienes que operan como existencias.

En el primer caso, procederá la desafectación de dichos bienes, conforme al art. 28.3 LIRPF, y estos pasarán al patrimonio personal del contribuyente sin constituir alteración patrimonial. También hay que puntualizar que la renta producida por la enajenación de este tipo de bienes afectos, bien sea positiva o negativa producirá una ganancia o pérdida patrimonial, así como dispone el art. 28.2 IRPF. Si bien es cierto que, según el estado de afectación o desafectación en el que se encuentre dicho bien se calculará la alteración patrimonial conforme a los criterios del art. 37.1.n) LIRPF, para el primer supuesto, o los criterios generales del art. 34 LIRPF para el segundo.

En cambio, las existencias no podrán ser desafectadas bajo ningún concepto, sino que se registrarán por el autoconsumo de las mismas, generando el hecho imponible del IVA así como recoge el art. 9.1º.a) de Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido³³.

El criterio que emplea el TS para la distinción entre existencias e inmovilizado atiende al Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad³⁴, tal y como se estipula en todas las sentencias arriba citadas.

Para nuestro caso en concreto, en vez de aplicar el PGC deberemos regirnos por las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las Empresas Inmobiliarias recogidas en 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 Inmobiliarias³⁵. Así, el TS en la STS de 4 de marzo de 2015 [RJ 2015/1096] constata que según dichas normas se *consideran empresas promotoras inmobiliarias a las que actúan sobre los bienes inmuebles, transformándolos para mejorar sus características y capacidades físicas y ofrecerlos en el mercado para la satisfacción de las necesidades de alojamiento y sustentación de actividades de la sociedad, principio que es aplicable también a las actividades inmobiliarias, a pesar de que no constituyan la actividad más importante en la empresa. Asimismo se establece en la referida Orden que, independientemente de que en la empresa inmobiliaria las existencias están constituidas por elementos cuya permanencia en la empresa puede ser superior a un año, la clasificación entre inmovilizado y existencias (activo fijo o circulante) para determinados elementos de la empresa vendrá determinada por la función que cumplan en relación con su participación en el proceso productivo. Por lo que un elemento inmobiliario pertenecerá al grupo de Existencias si está destinado a transformarse en disponibilidad financiera a través de la venta como actividad ordinaria de la empresa, y un elemento pertenecerá al*

³³ BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 1992

³⁴ BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2007; en adelante, PGC

³⁵ BOE núm. 3, de 4 de enero de 1995

grupo de Inmovilizado si se encuentra vinculado a la empresa de una manera permanente.

En definitiva, el TS sentencia que *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.*

Por todo lo anterior expuesto, y en línea con la resolución de la anterior pregunta, al no poder aplicarse la presunción de desafectación tácita para el caso de cese de actividad, en primer lugar, porque la jubilación no implica el cese de actividad y, en segundo, por ser considerados los terrenos vendidos como existencias y estas no pueden ser desafectadas; entendemos que la actividad económica de D. Carlos Daniel no había cesado. Tampoco existe ninguna prueba en el supuesto de hecho que nos deje entrever que se hubiera realizado el autoconsumo de los mismos. Por ello los terrenos vendidos seguían estando afectos a la actividad de promoción inmobiliaria que este llevaba. Además, al ser considerados como existencias, ya que la finalidad de la actividad económica de promoción inmobiliaria no es otra que la compraventa de inmuebles y terrenos, las rentas obtenidas por esta venta deberán ser consideradas como rendimientos de actividades económicas.

Por último, cabe indicar que al considerarse rendimientos de actividades económicas no cabe la aplicación de los coeficientes de abatimiento, aunque se explicará más detalladamente en el apartado siguiente.

Con respecto a la segunda parte de la cuestión planteada en la que se nos pregunta sobre la posible influencia de la vinculación habitual y continuada que D. Carlos Daniel mantenía con sus dos mercantiles sobre la consideración de las rentas percibidas por la venta de los terrenos como rendimientos de actividades económicas.

Para contestar esta pregunta habría que atender a la procedencia de los bienes, como se explicó anteriormente. En un principio no influye dicha vinculación más que para servir de alerta a los servicios de inspección tributaria, ya que si los bienes fuesen vendidos en el marco de alguna de las sociedades en las que D. Carlos Daniel era socio mayoritario, las rentas percibidas tributarían por el IS al ser obtenidas por la sociedad, tal y como establece el art. 4 de Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades³⁶.

V. Coeficientes reductores de abatimiento

La quinta cuestión versa sobre los coeficientes reductores de abatimiento o simplemente coeficientes de abatimiento. Para la contestación de la misma he considerado oportuno la realización de una breve exposición en la que se recoge, en primer lugar, el origen de estos coeficientes y en qué consisten, posteriormente, cómo se

³⁶ BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014

aplican, y finalmente la correspondiente o no aplicación de los mismos al presente supuesto.

V.1 Concepto, origen y evolución

En el año 1991, mediante la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas³⁷ se introdujo por primera vez la figura de los coeficientes de abatimiento. Estos eran, según RINCÓN DE PABLO³⁸, *unos porcentajes reductores de la ganancia patrimonial que se obtuviera en la transmisión de todo tipo de bienes y derechos y cuyo objeto era minorar la tributación asociada a su transmisión dependiendo de la antigüedad del bien en el patrimonio del transmitente*. De esta manera, a medida que aumentaba la permanencia del bien en el patrimonio del contribuyente, menor sería la tributación derivada de su transmisión, por lo que transcurrido un determinado lapso temporal podría alcanzarse la no sujeción.

El objetivo principal de esta figura era el fomento del mantenimiento de las inversiones y el ahorro a largo plazo.

Así, el art. 45 de dicha Ley establecía las normas de aplicación de dichos coeficientes según el caso: *Cuando los incrementos o disminuciones de patrimonio procedan de la transmisión de bienes o derechos adquiridos con más de dos años de antelación a la fecha de aquélla o de derechos de suscripción que procedan de valores adquiridos con la misma antelación, su importe, a efectos de tributación, se determinará de acuerdo con las reglas y porcentajes siguientes:*

a) Se tomará como período de permanencia en el patrimonio del sujeto pasivo el número de años que medie entre las fechas de adquisición y transmisión, redondeado por exceso.

b) Con carácter general, el incremento o disminución patrimonial se reducirá en un 7,14 por 100 por cada año de permanencia que exceda de dos.

c) Tratándose de acciones admitidas a negociación en alguno de los mercados secundarios oficiales de valores previstos en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, con excepción de las acciones representativas del capital social de Sociedades de Inversión Mobiliaria, el incremento o disminución patrimonial se reducirá en un 11,11 por 100 por cada año de permanencia que exceda de dos.

d) Tratándose de 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, el incremento o disminución patrimonial se reducirá en un 5,26 por 100 por cada año de permanencia que exceda de dos.

e) Quedarán no sujetos al Impuesto los incrementos o disminuciones patrimoniales a que se refiere este apartado cuando el período de permanencia en el patrimonio del sujeto pasivo de los bienes o derechos a que se refieren las letras b), c) o d) anteriores sea superior a quince, diez o veinte años, respectivamente.

³⁷ BOE núm. 136, de 7 de junio de 1991

³⁸ RINCÓN DE PABLO, G.: “La lenta agonía de los coeficientes de abatimiento y la muerte de los coeficientes de corrección monetaria”, en Observatorio Inmobiliario y de la Construcción, núm. 71, OBS, Madrid, 2014, p. 66

Posteriormente, el Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica³⁹ y, más adelante, la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias⁴⁰ con motivo de la modernización del sistema tributario español, tal y como se recoge en sus preámbulos, eliminaron la aplicación de estos coeficientes para los bienes y derechos adquiridos con posterioridad al 31 de diciembre de 1994. Aun así, permitieron que los contribuyentes que hubieran adquirido bienes y derechos con anterioridad a dicha fecha y efectuasen la enajenación de los mismos en un futuro podrían igualmente seguir aplicándolos, según consta en la disposición transitoria novena de la Ley 40/1998.

Llegados al año 2006, 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, siendo esta la actual LIRPF en vigor, estableció un nuevo límite para la aplicación de los coeficientes de abatimiento. Estos solo se podrían aplicar al lapso de tiempo que fuere desde la fecha de adquisición hasta el 19 de enero de 2006 inclusive, quedando la ganancia patrimonial generada a partir de esa fecha sujeta a tributación según las reglas generales sin aplicación de los coeficientes de abatimiento.

Finalmente, para la campaña de la renta 2015, que es la que nos atañe con respecto al presente caso, se introdujo mediante la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias⁴¹, una nueva reforma sobre los coeficientes de abatimiento. Esta reforma consiste en la introducción de una norma transitoria con vistas a la eliminación definitiva de dichos coeficientes. Para ello el legislador limita cuantitativamente la aplicación de los coeficientes supeditándola a que el valor del conjunto de las transmisiones realizadas con derecho a la aplicación de los mismos a partir de 1 de enero de 2015 con derecho a la aplicación de los porcentajes no superase los 400.000 euros.

De esta forma, los coeficientes podrán ser aplicados a las ganancias patrimoniales fruto de la transmisión de elementos adquiridos antes del 31 de diciembre de 1994 hasta alcanzar la cuantía total (conjunto de bienes transmitidos por el mismo contribuyente desde el 1 de enero de 2015) de 400.000 €. Así, una vez sobrepasada dicha cantidad el contribuyente no podrá volver a aplicar los referidos coeficientes reductores⁴².

En definitiva, lo que claramente se extrae de la evolución de los coeficientes reductores de abatimiento es que tienden a la extinción en nuestro sistema fiscal. Con el paso de los años el legislador ha ido limitando cada vez más la aplicación de estos hasta reducirlos a cero, lo cual se verá reflejado de forma notoria en las facturas fiscales de los contribuyentes que vayan a llevar a cabo una desinversión del patrimonio adquirido anterior al año 1994.

³⁹ BOE núm. 139, de 8 de junio de 1996

⁴⁰ BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 1998

⁴¹ BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014

⁴² RINCÓN DE PABLO, G.: “La lenta agonía de los coeficientes de abatimiento y la muerte de los coeficientes de corrección monetaria”, *op. cit.*, p. 69

V.2 Régimen de los coeficientes reductores de abatimiento: Disposición transitoria novena

Los coeficientes reductores de abatimiento se encuentran regulados en la Disposición transitoria novena de la LIRPF, en adelante DT9^a. Esta norma establece un régimen transitorio de la aplicación de dichos coeficientes dirigido a, como hemos indicado en el apartado anterior, su paulatina desaparición⁴³.

En primer lugar, se recogen los requisitos generales para su aplicación, que la Agencia Tributaria⁴⁴ resume en los siguientes epígrafes:

- Que las ganancias patrimoniales procedan de transmisiones, onerosas o lucrativas, de bienes o derechos o bien de la extinción de derechos.
- Que el bien o derecho haya sido adquirido por el contribuyente antes del 31 de diciembre de 1994.
- Que el elemento patrimonial no esté afecto a una actividad económica y en caso de haberlo estado, que hayan transcurrido 3 o más años desde su desafectación con respecto a la fecha de transmisión.
- Que el elemento patrimonial no haya sido adjudicado al socio en la disolución y liquidación de sociedades transparentes.
- Que el elemento patrimonial transmitido no proceda de aportaciones realizadas al patrimonio protegido de personas con discapacidad.

Una vez verificados y cumplidos estos requisitos se pasará a analizar si procede la aplicación de los coeficientes en base al límite de los 400.000 €. Para ello, según DT9^a.1.1^a.b, se calculará la suma del valor de transmisión de todos los elementos patrimoniales a cuya ganancia patrimonial le resulte de aplicación este régimen, transmitidos desde el 1 de enero de 2015 hasta la fecha de transmisión del elemento patrimonial, sin incluir el valor de este último. Aquí se pueden dar tres situaciones distintas:

- Si el valor calculado del sumatorio es superior a 400.000€, no se practicará reducción alguna en la ganancia derivada de la transmisión del elemento patrimonial.
- Si el valor calculado del sumatorio es inferior a 400.000 €, se sumará dicho valor y el valor de transmisión del elemento patrimonial, dándose dos situaciones:
 - Si el resultado de la suma es inferior a 400.000 €, se aplicarán los coeficientes de abatimiento.
 - Si el resultado de la suma es superior a 400.000€, se practicará la reducción a la parte de la ganancia patrimonial generada con anterioridad al 19 de enero de 2006, este incluido, que proporcionalmente corresponda a la parte del valor de transmisión del elemento patrimonial que no supere la diferencia entre

⁴³ PÉREZ ROYO, F. (et al.): *Curso de Derecho tributario*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 233

⁴⁴ AGENCIA TRIBUTARIA. MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA. *Manual práctico Renta y Patrimonio 2016*, Madrid, 2017, pp. 378-379

400.000€ y el sumatorio del valor de transmisión de los elementos patrimoniales anteriores.

En el caso afirmativo para la aplicación de los coeficientes, estos solamente se practicarán sobre la parte de la ganancia patrimonial generada entre la fecha de adquisición del elemento y el 19 de enero de 2006, ambos inclusive. Así, tendremos dos lapsos temporales a los que tendremos que imputar una parte de la ganancia patrimonial generada por la transmisión.

Para la ganancia generada antes del 20 de enero de 2006 y susceptible de aplicación de los coeficientes de abatimiento, multiplicaremos la ganancia total por el número de días transcurridos desde la adquisición hasta el 19 de enero de 2006, dividiéndolo por el número de días desde la adquisición. La ganancia generada a partir del 20 de enero de 2006 la obtendremos por diferencia entre la ganancia total y el resultado anterior.

En el caso en el que el sumatorio del valor de transmisión total de los elementos patrimoniales, incluido el bien en cuestión, a partir del 1 de enero de 2015 sea superior a 400.000 €, pero el sumatorio del valor de transmisión total de los elementos patrimoniales sin incluir el bien sea inferior a 400.000 € habrá que aplicar la proporción explicada más arriba.

Para la correcta comprensión de este supuesto he considerado oportuno esbozar un pequeño ejemplo:

Supongamos que tenemos un bien inmueble adquirido el 18 de enero de 1993 por 70.000 € que vendemos por 250.000 € el 25 de noviembre de 2015 y ya hemos realizado otras transmisiones desde el 1 de enero del 2015 susceptibles de aplicación de coeficientes de abatimiento por valor de 350.000 €.

Asumiendo que cumple los requisitos generales de aplicación de los coeficientes, verificaremos si cumple el límite de los 400.000 €.

La suma total del valor de transmisión de todos los elementos susceptibles de aplicación de los coeficientes es menor que 400.000 € ($250.000 € < 400.000 €$), por lo que cabe la aplicación de los coeficientes de abatimiento. A mayores la suma del sumatorio anterior más el valor de transmisión del bien al que queremos aplicar los coeficientes es mayor que 400.000 € ($600.000 € > 400.000 €$), por lo que tendremos que hallar la proporción de la ganancia patrimonial anterior al 20 de enero de 2006 que será susceptible de reducción.

La ganancia patrimonial total por la transmisión es 180.000 € ($250.000 € - 70.000 €$).

Para hallar la ganancia patrimonial generada antes del 20 de enero de 2006 efectuaremos el siguiente cálculo:

$$\begin{aligned} & \text{La ganancia generada antes de } 20 \cdot 01 \cdot 2006 = \\ & \frac{180.000 € (\text{Ganancia total}) \times 4745 \text{ días (Días desde el } 18 \cdot 01 \cdot 1993 \text{ hasta } 19 \cdot 01 \cdot 2006)}{8334 \text{ días (Días desde el } 18 \cdot 01 \cdot 1993 \text{ hasta el } 25 \cdot 11 \cdot 2015)} \\ & = 102.484 € \end{aligned}$$

La ganancia generada después de 20·01·2006 es 77.516 € ($180.000 € - 102.484 €$).

Para calcular la proporción de la ganancia patrimonial objeto de abatimiento en este caso tendremos que calcular la diferencia entre 400.000 € y el sumatorio del valor de transmisión anterior.

$$400.000 € - 350.000 € = 50.000 €$$

Así, la proporción sobre la que aplicaremos los coeficientes de abatimiento será un 20% ($50.000 / 250.000$).

Es decir, de los 102.484 € de la ganancia generada antes de 20·01·2006, aplicaremos los coeficientes de abatimiento sobre 20.497 € ($102.484 € \times 20\%$).

Una vez que hemos hallado el importe de la ganancia patrimonial reducible, los coeficientes reductores de abatimiento se aplicarán en función del elemento patrimonial del que la ganancia patrimonial deriva. Así tenemos, según DT9ª.1.1ª.c, para *los 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 11,11 por ciento*; para *las acciones admitidas a negociación en alguno de los mercados secundarios oficiales de valores definidos en la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, y representativos de la participación en fondos propios de sociedades o entidades, con excepción de las acciones representativas del capital social de Sociedades de Inversión Mobiliaria e Inmobiliaria, un 25 por ciento*; y, para *las restantes ganancias patrimoniales generadas con anterioridad a 20 de enero de 2006, un 14,28 por ciento*.

Para el cálculo de la reducción se hallará el período de permanencia en el patrimonio del contribuyente desde su adquisición con anterioridad al 31 de diciembre de 1994 hasta el 31 de diciembre de 1996 del elemento patrimonial, tomándose como unidades el número de años, redondeados en exceso.

Posteriormente, se multiplicará dicho período por el porcentaje reductor de abatimiento, obtenido según el punto anterior y esa será la reducción a aplicar.

Cabe añadir que solo se podrá aplicar el coeficiente de abatimiento cuando el periodo que acabamos de calcular supere los dos años.

Así, retomando el ejemplo anterior:

| |
|---|
| Al tratarse de un bien inmueble se aplicará el 11.11% que al haber transcurrido 4 años, calculados en exceso (3 años y 11 meses), hasta el 31-12-1996, se traduce en un coeficiente de abatimiento del 44.44%. Por lo que la ganancia patrimonial a efectos de tributación se reducirá en 9.109 € (20.497€ x 44.44%). |
|---|

V.3 Aplicación al caso. Cuestión nº 5

En la quinta pregunta se nos plantea la posible aplicación de los coeficientes de abatimiento sobre las rentas percibidas por la venta de los terrenos que había adquirido con fecha anterior al 31 de diciembre de 1994.

Pues bien, al haber considerado dichas rentas como rendimientos de actividades económicas, no procede en absoluto la aplicación de los coeficientes de abatimiento, tal y como recoge el primer apartado de la DT9ª.

Aun así, en el hipotético caso en el que se considerasen dichas rentas como ganancias patrimoniales, asumiendo que los terrenos hubieran sido desafectados con fecha de la jubilación de D. Carlos Daniel por la supuesta presunción de desafectación tácita en el caso de cese de actividad que los herederos pretendían acreditar, siendo esta el 30 de junio de 2014, no cumplirían los tres años exigidos en el segundo apartado de la DT 9ª para poder aplicar los coeficientes, por lo que tampoco sería procedente.

En definitiva, para que se pudieran aplicar los coeficientes reductores de abatimiento la venta de los terrenos tendría que ser considerada como ganancia patrimonial y tal y como se ha expuesto arriba, es casi imposible que esas rentas pudieran ser reconocidas como tal a efectos de IRPF.

VI. La apartación hereditaria

El Derecho civil gallego tiene pequeñas particularidades con respecto al Derecho común estatal entre las que destacan los pactos sucesorios.

Estos son definidos por el art. 3.1 del Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo⁴⁵, *como todo acuerdo, incluido el resultante de testamentos recíprocos, por el que se confieran, modifiquen o revoquen, con o sin contraprestación, derechos relativos a la sucesión o las sucesiones futuras de una o más personas que sean partes en dicho acuerdo.*

La LDCG recoge en su art. 209 las dos modalidades de pactos sucesorios, siendo estos el pacto de mejora y el pacto de apartación. Aunque solamente aparecen enumerados estos dos pactos sucesorios, no debe asumirse el carácter de *numerus clausus* de los pactos sucesorios, ya que existen otras figuras, tanto del derecho estatal como del gallego, similares a estas que tienen cabida en nuestro ordenamiento jurídico. Podemos incluir entre estas la mejora de labrar y poseer, la donación *propter nuptias*, la fiducia sucesoria u otros negocios jurídicos *post mortem* que puedan asimilarse a los pactos sucesorios⁴⁶.

Pero sin desviarnos del tema, en dicho artículo aparece, como hemos visto, el pacto de apartación o apartación hereditaria, negocio jurídico cuya regulación se encuentra recogida en la Sección 4ª del Capítulo III del Título X de la LDCG. Esta 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 éste*⁴⁷.

Para la resolución de las preguntas número seis y siete, es necesario hacer un profundo análisis de esta figura jurídica, su funcionamiento y tratamiento fiscal. De hecho, este último ha traído múltiples controversias a lo largo de los años, en los cuales tanto el TSJ de Galicia como el TS se han pronunciado al respecto en diversas ocasiones.

VI.1 Concepto y requisitos

Trayendo a colación los arts. 210 y ss. LDCG, se puede constatar que para llevar a cabo el pacto sucesorio de apartación, como cualquier otro pacto sucesorio gallego, el apartante habrá de ser mayor de edad con plena capacidad de obrar, dicho pacto habrá de ser otorgado en escritura pública y este podrá otorgarse mediante poder especial, siempre y cuando contenga los elementos esenciales.

Como se ha indicado más arriba, podemos definir la apartación como un pacto sucesorio mediante el cual el apartante excluye de forma irrevocable a un legitimario y su linaje de la condición de heredero forzoso en su sucesión, a cambio de la adjudicación de bienes concretos por el apartado.

⁴⁵ DOUE núm. 201, de 27 de julio de 2012

⁴⁶ BUSTO LAGO, J.M.: “Los pactos sucesorios en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia”, *op.cit.*, p. 518

⁴⁷ BUSTO LAGO, J.M. (dir.), ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F.: *Curso de Derecho civil de Galicia*, Atelier, Barcelona, 2015, p. 419

De esta definición se desprenden distintos aspectos a tener en cuenta para llevar a cabo una apartación hereditaria.

En primer lugar, se trata de un pacto sucesorio y no de una mera liberalidad del causante⁴⁸, por lo que supone un anticipo de la legítima, ya que el apartado recibe un bien concreto y el causante se libera de la parte de la legítima que en caso contrario recibiría el apartado.

De esta forma, el apartado carece de cualquier tipo de legitimación activa para el ejercicio de cualquier acción que proteja la legítima. La apartación hace plenamente efectiva la legítima⁴⁹, sin perjuicio de la posibilidad de su reducción en caso de ser necesario para su pago, tal y como recoge el art. 259.1 LDCG.

Además, a tenor del art. 227 LDCG, *salvo dispensa expresa del apartante, lo dado en apartación habrá de traerse a colación si el apartado o sus descendientes concurrieran en la sucesión con otros legitimarios*, entendiéndose el término colación en el sentido no técnico-jurídico, ya que la apartación arrebató la condición de legitimario al apartado, por lo que no tendría sentido que se aplicase la figura de la colación del art. 1035Cc. Igual que ocurre en el Código civil, se supone que la “colación” enunciada en este artículo se refiere a la protección de la fijación de la legítima como vimos en el primer punto del presente trabajo.

Según el art. 225 LDCG, el bien o bienes concretos con los que el causante apartará al apartado podrán ser de cualquier tipo, por lo que no se le exige ninguna naturaleza patrimonial. Podemos afirmar pues, que este bien podría consistir simplemente en dinero en metálico o algún derecho. Otro punto a tener en cuenta es que la atribución de los bienes o derechos podrá ser en concepto de propiedad, usufructo o cualquier otro.

En último lugar, cabe hacer un pequeño apunte sobre la irrevocabilidad de la apartación. Por norma general es irrevocable, valga la redundancia, y obviamente, aclarando lo que se pueda pensar, no podrá llevarse a cabo una revocación unilateral una vez fallecido el causante, ya que esto vulneraría una de las normas más elementales de la vinculación contractual entre las partes⁵⁰, como es el art. 1256 Cc.

Sin embargo, y por eso empleo el término “general” en el párrafo anterior, es posible la extinción del negocio de apartación mediante el mutuo disenso o pacto extintivo. Este será posible mientras apartado y apartante sigan cumpliendo los requisitos de los arts. 210 y 211 LDCG, es decir, gocen de la plena capacidad de obrar y otorguen escritura pública del mutuo disenso. Una vez efectuado, las prestaciones recíprocamente realizadas deberán restituirse.

⁴⁸ BUSTO LAGO, J.M. “Los pactos sucesorios en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia”, *op.cit.*, p. 518

⁴⁹ BUSTO LAGO, J.M. (dir.), ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F.: *Curso de Derecho civil de Galicia, op. cit.*, p. 420

⁵⁰ BUSTO LAGO, J.M.: “Los pactos sucesorios en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia”, *op.cit.*, p. 559

VI.2 Tratamiento fiscal

Todo incremento patrimonial producido por una transmisión a título lucrativo por una persona física, habrá de tributar por el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, así como dispone el art. 1 de la LISD.

Hasta aquí no existe duda alguna sobre la obligación de tributar mediante esta figura. Lo que levanta cierta controversia es cómo debe considerarse un pacto sucesorio como es la apartación hereditaria cara al Fisco, es decir, si es considerado como un negocio *mortis causa* (sucesión) o *inter vivos* (donación), ya que dependiendo de dicha naturaleza podría tributar a mayores por IRPF por considerarse una ganancia patrimonial. Esto viene justificado por la inclusión o no de los pactos sucesorios como *transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente* o “plusvalía del muerto”, según recoge el art. 33.3.b) LIRPF.

Básicamente, la controversia recae sobre los pactos sucesorios en los que la transmisión de los bienes o derechos tienen lugar antes del fallecimiento del causante, lo que hace considerarlos por parte de la doctrina como una transmisión *inter vivos* pura. Para darle solución a este problema, el TSJ de Galicia ha emitido distintas sentencias en las que se emite un criterio de cómo han de ser considerados estos pactos.

En las SSTSJ de Galicia de 16 de julio de 2012 [JR 2012/270734], de 24 de septiembre de 2012 [JT 2012/1130] y de 23 de enero de 2013 [JUR 2013/56863] se afirma 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 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, transmite la herencia en vida, a diferencia del causante que transmite la herencia en el momento de la defunción*. Por lo que podemos constatar que no existe ganancia patrimonial a efectos de IRPF.

Posteriormente, para establecer un criterio sobre el tratamiento de esta figura establece que *la determinación del régimen tributario aplicable (...) exige previamente analizar la naturaleza jurídica de dicha institución a fin de calificarla como adquisición inter vivos o mortis causa, en cuanto que es la distinción básica establecida por la Ley*.

Y en ese sentido, establecen, teniendo en cuenta *la doctrina científica más pujante*, la consideración de la apartación como un pacto sucesorio, *en concreto, un pacto aleatorio de anticipo de legítima* y cuya tributación se hará conforme al art. 11 RISD como título sucesorio, al estar incluidos los pactos sucesorios en este artículo. Por todo esto la apartación se rige como un negocio jurídico *mortis causa*.

No obstante, en el año 2013 el TSJ de Galicia parece cambiar de opinión respecto a la apartación al dictar en la STSJ de Galicia de 6 de febrero de 2013 [JUR 2013/94829] y considera que en aplicación, del criterio establecido en anterior jurisprudencia, *al caso que nos ocupa hemos de colegir 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 por lo cual el momento del devengo del tributo*

coincidiría con el de su transmisión previa aceptación del mejorado quien así adquiere el goce y disfrute de los bienes de forma anticipada.

En otras palabras, el TSJ de Galicia contradice la jurisprudencia anterior y establece un nuevo criterio sobre la naturaleza de los pactos sucesorios en el que se transmiten bienes a favor de los mejorados sin necesidad de que se abra la sucesión por el fallecimiento del causante, como es la apartación, considerándolos como negocios jurídicos *inter vivos*.

Sin embargo, en el Auto de 16 mayo 2013 [JUR 2013/267158], el mismo Tribunal declara nula la anterior sentencia debido a que *en el presente caso, se ha producido un error de intertextualización en la mecanización de la sentencia, de la que resulta un perjuicio para la parte demandante, según lo que es criterio de la Sala manifestado, y sustituye dicha sentencia por la STSJ de Galicia de 19 de junio de 2013 [JT 2013/1488], en la que se vuelve a la doctrina expuesta en anteriores sentencias.*

Más adelante, en las SSTSJ de Galicia de 2 de octubre de 2013 [JUR 2013/322974] o de 9 de octubre de 2013 [JUR 2013/325659], entre otras, se continúa en la misma línea jurisprudencial, aunque la Dirección General de Tributos se muestra contraria a la misma, como deja constancia en las Resoluciones de 4 de septiembre de 2013 [V2643-13], de 9 de diciembre de 2013 [V3558-13], de 16 de julio de 2014 [V1932-14] o de 22 de mayo de 2015 [V1543-15], entre otras, al afirmar que *en línea con lo dispuesto sobre el devengo en el Impuesto sobre Sucesiones (cuando se celebre el pacto y no cuando se produzca la muerte del donante), al producirse la adjudicación del bien que forma parte del pacto sucesorio por un acto ínter vivos y no a causa del fallecimiento del contribuyente, la ganancia patrimonial que pueda producirse no se encuentra amparada por la excepción de gravamen que el mencionado artículo 33.3,b) de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas establece para la coloquialmente denominada plusvalía del muerto.*

De hecho, ante esta discrepancia entre los tribunales gallegos y la Administración Tributaria Estatal, en el año 2016 se recurre una sentencia del TSJ de Galicia, en la que nuevamente se reafirma sobre la aplicación del trato sucesorio a estos pactos sucesorios, llevando la cuestión al Tribunal Supremo.

Así, en la STS de 9 de febrero de 2016 [RJ 2016/1365] resuelve finalmente esta cuestión avalando los motivos expuestos por el TSJ de Galicia en sus reiteradas sentencias y considerando los pactos sucesorios como negocios jurídicos *mortis causa* y su inclusión el régimen de la “plusvalía del muerto” del art. 33.3.b) de la LIRPF.

A mayores añade otro argumento a favor de la inclusión de los pactos sucesorios en los negocios jurídicos *mortis causa*, al constatar que *dentro del concepto jurídico de transmisiones patrimoniales por causa de muerte, se comprende, sin duda, los pactos sucesorios, lo que el propio legislador estatal acoge abiertamente, como se ha visto, en el expresado art. 24 del Impuesto sobre Sucesiones, esto es, son adquisiciones patrimoniales lucrativas consecuencia de un negocio jurídico por causa de la muerte de la persona; 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.*

En otras palabras, a tenor del art. 24.1 LISD⁵¹, en el que se aborda el devengo del impuesto, el TS asume la voluntad del legislador de incluir los pactos sucesorios dentro de los negocios jurídicos *mortis causa*, puesto que aparecen recogidos en el apartado de estos y no en el apartado de las transmisiones lucrativas *inter vivos*.

En resumen, la apartación hereditaria es considerada un negocio jurídico *mortis causa*, que provoca el nacimiento de la obligación tributaria a efectos del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, en concepto de sucesión.

Por este mismo motivo, la ganancia patrimonial que el donatario experimentará como consecuencia de este pacto sucesorio será reconocida como “plusvalía del muerto” y no tributará por IRPF al quedar esta acogida a la exención del art. 33.3.b) LIRPF.

VI.3 Aplicación al caso. Cuestión nº 6

En la pregunta número seis se nos plantea, en primer lugar, si Dña. Dulce tiene razón al afirmar que la apartación es un negocio *mortis causa* exento de tributar a través de IRPF, para la que podemos encontrar respuesta en la sentencia del TS comentada en el epígrafe anterior.

En base a lo expuesto anteriormente, la apartación hereditaria es un negocio jurídico *mortis causa* exento de tributación por el IRPF debido a incluirse en la exención del art. 33.3.b) de la LIRPF, así como lo ha expuesto el TSJ de Galicia en las SSTSJ de Galicia de 16 de julio de 2012 [JR 2012/270734], de 24 de septiembre de 2012 [JT 2012/1130], de 23 de enero de 2013 [JUR 2013/56863], de 2 de octubre de 2013 [JUR 2013/322974] o en 9 de octubre de 2013 [JUR 2013/325659], entre otras y el TS en su STS de 9 de febrero de 2016 [RJ 2016/1365].

Ambos tribunales han usado el mismo argumento jurídico para atribuir el carácter sucesorio a esta institución jurídica gallega, el cual se encuentra explicado en el epígrafe anterior, pero se resume en lo recogido en la STS de 9 de febrero de 2016 [RJ 2016/1365] que versa: *El recurrente ha adquirido, en vida del causante, determinados bienes a cambio de renunciar a su condición de legitimario. Sin duda, una primera conclusión, deducida de la literalidad de los preceptos antes transcritos, inclina a entender, que al menos formalmente, nos encontramos ante una adquisición intervivos, determinada por ser realizada en vida del apartante, si bien las propias exigencias a que se encuentra sometida la adquisición, atendida la renuncia a no suceder que lleva consigo, hace que en la misma conviva en parte con la naturaleza de un título sucesorio, y que no pueda afirmarse sin más un carácter intervivos.*

Unido a lo anterior, debe hacerse una precisión al carácter supuestamente gratuito de la adquisición de bienes conseguida por medio de la apartación, en cuanto ello solo podrá así entenderse, si se considera que estamos ante un pacto sucesorio. En efecto, el apartado no adquiere los bienes como los consigue el donatario o el heredero, mediante

⁵¹ Creo conveniente traer a colación la dicción literal del artículo 24 LISD, el cual versa:

“1. En las adquisiciones por causa de muerte y en los seguros sobre la vida, el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante o del asegurado o cuando adquiera 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.

2. En las transmisiones lucrativas «inter vivos» el impuesto se devengará el día en que se cause o celebre el acto o contrato.”

la simple aceptación, sino que realiza un sacrificio, cual es la renuncia definitiva a su condición de legitimario. No se trata además de un sacrificio que dependa de la liberalidad del apartado, sino obligatorio para éste si quiere adquirir la propiedad de los bienes que integran la apartación, estando indisolublemente unido ese sacrificio a la institución en cuanto que siempre se debe dar. De hecho, la apartación ha sido entendida doctrinalmente por algún sector como "un pago anticipado y definitivo de la legítima, con renuncia por tanto a una eventual acción de suplemento".

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*.

En definitiva, la condición de apartado y la adquisición inmediata de bienes que obligatoriamente ello conlleva, se encuentra íntimamente conectada con la de una adquisición *mortis causa*, sin el que no es entendible la figura de la apartación, que en caso contrario perdería todo significado, pero para el que el legislador, paradójicamente, no ha previsto un régimen específico de reducciones y bonificaciones, que sin embargo sí prevé para la sucesión.

Por todo lo expuesto, no se puede equiparar la apartación hereditaria a una simple donación, ya que en esta sí existe la liberalidad del donatario, mientras que en la apartación esta no tiene lugar, quedando el apartado obligado a sacrificar su condición de legitimario y recibiendo, así, el considerado anticipo de la legítima.

Con respecto a la exención de tributación por IRPF de lo dado en apartación, como se ha expuesto anteriormente, esta ganancia patrimonial se engloba dentro del art. 33.3 b) de la LIRPF al considerarse que surge *con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente*, así como lo recogen las sentencias tanto del TSJ de Galicia como el TS.

Esta consideración surge por el mero hecho de ser la apartación hereditaria un pacto sucesorio que como se recoge en el art. 11 RISD debe ser tratado como negocio jurídico *mortis causa* y debe seguir el tracto sucesorio.

A mayores, se tiene en cuenta la intención del legislador estatal al encuadrar en el art. 24 LISD, respecto al momento del devengo del impuesto, que los pactos sucesorios son considerados sucesiones y no donaciones.

Por todo esto, y lo expuesto en el epígrafe anterior, respecto a la segunda parte de la pregunta número seis, la cual plantea la existencia de ganancia patrimonial para D. Carlos Daniel por la realización de la apartación, debemos constatar tajantemente que la apartación, por su consideración de pacto sucesorio y negocio jurídico *mortis causa*, no devengará ninguna ganancia patrimonial, siendo esta reconocida como "plusvalía del muerto", la cual en nuestro ordenamiento jurídico no tiene lugar, así como se recoge, nuevamente, en la STS de 9 de febrero de 2016 [RJ 2016/1365].

VI.4 Aplicación al caso. Cuestión nº 7

En la pregunta número siete se nos plantea, primeramente, la posibilidad de que Dña. Dulce heredase aun siendo apartada por D. Carlos Daniel.

Para responder a esta pregunta cabe traer a colación el art. 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.

Como el tenor del artículo versa, el apartado pierde la condición de legitimario y, por consiguiente, cualquier derecho sobre la legítima. En ningún momento se refiere a la pérdida de condición de heredero universal o voluntario que el apartado puede llegar a ostentar.

Según REBOLLEDO VARELA⁵², cuando las disposiciones testamentarias, aunque no esté establecido expresamente en la LDCG, no aparecen vinculadas a una condición de legitimario y son disposiciones a favor de un descendiente, estas mantienen su plena validez y eficacia sin que nunca puedan verse afectadas por la apartación, dado que la LDCG no le otorga a esta figura efectos excluyentes de todos los derechos sucesorios.

Así pues, la apartación en sí no tiene como consecuencia directa que el apartado no pueda recibir bienes por legado o se instituido heredero voluntario. De todas formas, habrá de analizarse el caso en concreto y atender en calidad de qué, el causante deja a sus sucesores, pues un legado dejado en testamento a un hijo posteriormente apartado “en calidad de legítima” no percibirá nada de este al no corresponderle ninguna legítima.

En el caso que nos atañe, Dña Dulce podrá heredar a pesar de haber sido apartada con posterioridad al testamento de D. Carlos Daniel, ya que en este se la instituye como heredera universal junto a sus otros hermanos y el apartamiento no excluye de todos los derechos sucesorios, solo de la legítima.

Con respecto a la segunda parte de la pregunta número siete, se nos plantea qué ocurriría con la cuota vacante de Dña. Dulce en caso de no heredar de su padre D. Carlos Daniel.

En primer lugar, en el caso negativo planteado, Dña. Dulce no tendría derecho a heredar y por haber sido apartada, según el art. 224 LDCG, tampoco tendrían derecho a heredar sus descendientes o, como versa el artículo: linaje, quedando una cuota de la comunidad hereditaria vacante.

De todas formas, a pesar de que Dña. Dulce fuera apartada, se le tendrá en cuenta a la hora de la imputación de la legítima, así como versa el art. 239 LDCG: *A pesar de no tener la condición de legitimarios, los apartados, los que repudiaran el llamamiento legitimario así como sus descendientes hacen número para el cálculo de las legítimas.*

En otras palabras, el cuarto de legítima correspondiente a los cuatro hermanos habrá de ser dividido entre cuatro para calcular la legítima que le corresponde a cada uno, a pesar de haber sido apartada Dña. Dulce.

A mayores, según el art. 244.2 LDCG el importe de la legítima que le correspondería a Dña. Dulce se sumaría a la parte de libre disposición por la diferencia entre el valor actualizado de lo dado en apartación y el valor teórico que tendría a la apertura de la sucesión su legítima⁵³. Si bien cabe detallar que, en el presente caso no

⁵² REBOLLEDO VARELA, A.L. (et al.): *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia Ley 2/2006, de 14 de junio*, Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 979 - 981

⁵³ *Ibidem*, pp. 1022 - 1023

disponemos de datos suficientes para realizar este cálculo, por lo que queda señalado de forma teórica.

Con respecto a la cuota vacante de Dña. Dulce, esta será un cuarto de la comunidad hereditaria al ser los cuatro hermanos herederos universales, según lo dispuesto en el art.765 Cc.⁵⁴. Este cuarto, en caso de no poder heredar Dña. Dulce, se podría distribuir entre los otros herederos universales a través del derecho de acrecer de estos. Para ello, habría que examinar las causas por las que Dña. Dulce no puede heredar, ya que dependiendo de las mismas se nos plantearían muy diversos y variados escenarios.

En términos generales, el derecho de acrecer, en palabras de BERCOVITZ⁵⁵, es una institución cuya finalidad es la supresión de las vacantes de cuota en la sucesión testada cuando alguno de los llamados a la herencia no puede o no quiere suceder, ocasionando un incremento en la cuota hereditaria de los restantes llamados y evitando que sobre la porción vacante deba abrirse la sucesión intestada.

El derecho de acrecer, recogido en los arts. 982 y ss. Cc., encuentra su fundamento en la presuposición de la voluntad del testador de que, cuando alguno de los llamados no pudiera o no quisiera suceder, el testador habría preferido que no se abriese una sucesión intestada, sino que se incrementase la cuota de los demás⁵⁶. Sin embargo, estos preceptos no son reglas imperativas, por lo que el testador puede disponer lo contrario.

Aun así, cabe hacer hincapié que, en el caso actual, como Dña. Dulce sí puede heredar, no daría lugar a sus coherederos ningún tipo de derecho de acrecer, ya que la parte de la herencia de Dña. Dulce como heredera universal le correspondería a ella misma.

Como la pregunta, reitero, se plantea en caso negativo, es decir, si Dña. Dulce no pudiese heredar, habría que analizar cuál sería el motivo de esta situación, ya que para que proceda del derecho de acrecer se tienen que cumplir una serie de circunstancias.

En primer lugar, para que pueda darse el derecho de acrecer es necesario que resulte de la voluntad del testador, bien porque lo haya dispuesto expresamente, bien porque no lo haya excluido, bien porque lo revelen sus actos anteriores o bien porque se pueda presumir que el testador quiso el acrecimiento⁵⁷. Esta voluntad está establecida en el art. 982 Cc. que resume estas circunstancias en los siguientes requisitos: *1.º Que dos o más sean llamados a una misma herencia, o a una misma porción de ella, sin especial designación de partes, y 2.º Que uno de los llamados muera antes que el testador, o que renuncie la herencia, o sea incapaz de recibirla.* Es decir, para acogernos a este supuesto, dos o más herederos tendrían que ser llamados a la misma sin especial designación, lo cual se cumple al ser los hermanos herederos universales, y que uno de los llamados muera antes del testador, lo cual no ocurre, o que renuncie la herencia o sea incapaz de recibirla, lo cual se supone que tampoco tiene lugar.

De todas formas, como no tenemos un motivo o causa hipotética por la que Dña. Dulce no pudiera o quisiera heredar, tampoco podemos afirmar nada ya que, como se ha

⁵⁴ Art. 765 Cc.: *Los herederos instituidos sin designación de partes heredarán por partes iguales.*

⁵⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Manual de Derecho civil. Sucesiones, op. cit.*, p. 38

⁵⁶ CARRASCO PERERA, A. (dir) y MARTÍNEZ ESPÍN, P.: *Lecciones de Derecho civil. Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 70 - 71

⁵⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Manual de Derecho civil. Sucesiones, op. cit.*, p. 39

especificado anteriormente, según el motivo por el que no herede se podrá o no aplicar el derecho de acrecer por parte de los hermanos.

En resumidas cuentas, en caso de cumplirse los requisitos mencionados arriba, el derecho de acrecer por parte del resto de hermanos podría llevarse a cabo, según el art. 984 Cc., *los herederos a quienes acrezca la herencia sucederán en todos los derechos y obligaciones que tendría el que no quiso o no pudo recibirla* y, según los arts. 765 y 779 Cc., como son varios herederos con derecho a acrecer, el acrecimiento se producirá en una cuantía proporcional a su cuota inicial en la herencia.

En cambio, si no se cumpliesen los requisitos artículo 982 Cc., sería de aplicación lo dispuesto en el art. 986 Cc. que dispone: *en la sucesión testamentaria, cuando no tenga lugar el derecho de acrecer, la porción vacante del instituido, a quien no se hubiese designado sustituto, pasará a los herederos legítimos del testador, los cuales la recibirán con las mismas cargas y obligaciones*. Es decir, al ser herederos legítimos de D. Carlos Daniel, el resto de sus hijos heredarán la cuota vacante de Dña. Dulce.

En definitiva, de una manera u otra, se distribuiría la cuota vacante de Dña. Dulce entre sus hermanos de la misma forma en la que el causante, D. Carlos Daniel, dividió su herencia. En este caso sería a partes iguales al ser nombrados herederos universales todos los hermanos.

VII. El contrato de cuenta corriente bancaria

Cuando el cliente que posee disponible en una entidad de crédito, bien sea porque ha depositado fondos en ella o porque se le ha concedido un crédito por la misma, suele convenir con dicha entidad un contrato de cuenta corriente bancaria⁵⁸.

Un mismo cliente puede tener varias cuentas corrientes en una misma entidad y varias personas pueden ser titulares en una misma cuenta. Este último caso, ha traído a lo largo de toda la historia del contrato de cuenta corriente bancaria serios litigios entre los titulares supervivientes y los herederos del causante titular de la misma en las posiciones que este ostentaba.

Para responder de forma correcta y ordenada a la última cuestión del presente trabajo, es necesario efectuar una breve exposición del concepto y contenido del contrato de cuenta corriente bancaria para posteriormente abordar la resolución a una de las cuestiones más frecuentes en esta materia: la posibilidad de condominio sobre los fondos de una cuenta bancaria por la titularidad indistinta de dicha cuenta.

VII.1 Concepto y contenido

Según VALPUESTA GASTAMINZA⁵⁹, *el contrato de cuenta corriente es aquel mediante el cual el cliente de una entidad de crédito y ésta convienen que la entidad atenderá las órdenes de pago y de domiciliación de ingresos que determine el cliente, y*

⁵⁸ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho mercantil. Volumen II*, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 243-244

⁵⁹ DE LA CUESTA RUTE, J. M. (dir.): *Contratos mercantiles. Tomo III. Contratos bancarios, del mercado de valores y de seguro*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 126-127

que los flujos dinerarios generados por estos pagos e ingresos se anoten mediante un sistema contable de adeudo y abono, determinando en cada momento el saldo exigible.

Así, el contenido fundamental del contrato consiste, por un lado, en la obtención del llamado “servicio de caja”, el cual permite al cliente disponer del dinero existente en la cuenta mediante diversas vías como, por ejemplo, a través de las ventanillas o la caja del Banco, cajeros automáticos, transferencias, cheques, tarjetas bancarias, domiciliación de recibos, etc., así como realizar ingresos, también, de diversas maneras, como mediante pagos realizados por terceros, ingresos propios del titular, domiciliación de nóminas, cheques, etc. Y, por otro, la cuenta corriente emplea la técnica contable del “debe” y “haber” mediante la cual se anotan estos pagos e ingresos, determinando un saldo a favor de una de las partes contractuales y facilitando a ambas partes la llevanza de la contabilidad de modo que en cualquier momento cualquiera de las partes puede ver el numerario del cliente en el Banco.

A mayores, la cuenta corriente sirve de soporte instrumental a diversos contratos con la entidad crediticia, como el depósito, préstamo, etc. y una forma de disponer del dinero sin movilizarlo físicamente. Ahora bien, la existencia del contrato de cuenta corriente bancaria no debe considerarse como una cláusula accesorio de otros contratos que pueda tener el cliente con el Banco, sino que ha de entenderse esta como un contrato totalmente independiente, así como lo recogen las SSTS de 29 de abril de 1983 [RJ 1983/2198] y de 15 de julio de 1993 [RJ 1993/5805], entre otras.

Aun así, la cuenta corriente, como se ha indicado anteriormente, es un instrumento a través del cual se efectúan operaciones, es decir, la cuenta corriente no justifica su existencia por sí sola, sino en función de las diversas operaciones que el cliente espera realizar con la misma. Si bien la existencia de la cuenta corriente es totalmente vital para realizar cualquier operación bancaria, su fin no es tenerla abierta en sí, sino las operaciones que podrán realizarse una vez abierta con base a la misma⁶⁰.

El contrato de cuenta corriente bancaria se encuentra mencionado en los arts. 175.9, 177 y 180 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio⁶¹, aunque no está regulado en ninguno de ellos. La regulación del contrato de cuenta corriente ha de hallarse, como gran parte de los contratos bancarios, en los pactos alcanzados entre las partes⁶².

Este contrato es consensual, no real y se celebra por escrito, aunque no sea un contrato formal. Una vez celebrado, obliga a la entidad de crédito a prestar al cliente los servicios de caja y anotación contable, realizando los diferentes apuntes a medida que van teniendo lugar. A mayores, la entidad tiene la obligación de informar al cliente sobre el estado de la cuenta remitiéndole periódicamente un extracto con los movimientos habidos en su cuenta durante el periodo a pactar, ya que este puede ser semanal, quincenal, mensual, etc. aunque hoy en día esta obligación está tendiendo a quedar en desuso por la propia iniciativa del cliente al disponer de diversos medios telemáticos por los que el cliente puede consultar sus posiciones en el momento que quiera.

⁶⁰ GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.: “La cuenta corriente bancaria en descubierto y los contratos de crédito: criterios para una interpretación legal y contractual”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº18, 1985, pp. 414

⁶¹ BOE núm. 289, de 16 de octubre de 1885; en adelante, Cco.

⁶² BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho mercantil. Volumen II, op. cit.*, p. 244

A su vez, el contrato de cuenta corriente bancaria hace nacer en el cliente la obligación de pagar los gastos y retribuir las comisiones por los servicios prestados por la entidad, atendiendo a las tarifas pactadas en la celebración del contrato.

Según la mayor parte de la doctrina⁶³, entre los que se encuentran GARRIGUES, SÁNCHEZ-CALERO o EMBID IRUJO entre otros, el contrato de cuenta corriente bancaria es considerado en parte un contrato de mandato o comisión, porque el banco gestiona el dinero existente en la cuenta corriente de acuerdo con las órdenes del cliente.

Todo lo anterior mencionado, podemos encontrarlo resumido en la STS de 19 de diciembre de 1995 [RJ 1995/9425] en la cual se considera al contrato de cuenta corriente bancaria como *una figura atípica que encuentra su singularidad o elemento causal, desde el punto de vista de los titulares de la cuenta, en el llamado "Servicio de Caja", encuadrarle en nuestro Derecho dentro del marco general del contrato de comisión, el banco en cuanto mandatario ejecuta las instrucciones del cliente (abonos, cargos...) y como contraprestación recibe unas determinadas comisiones, asumiendo la responsabilidad propia de un comisionista. Asimismo, en cuanto a su significado jurídico comercial se decía en Sentencia de esta Sala de 15 de julio de 1993 : "Ha de hacerse constar que la cuenta corriente bancaria va adquiriendo cada vez más autonomía contractual, despegándose del depósito bancario que le servía de base y solo actúa como soporte cable en todo caso la cuenta corriente bancaria expresa siempre una disponibilidad de fondos a favor de los titulares de la misma contra el banco que los retiene y que encuentra causa, tanto en operaciones activas como pasivas, es decir, que responde tanto a operaciones efectivas en dinero como de créditos que el banco concede a los clientes su autonomía la decide al salir del círculo banco-cuenta correntista para realizarse mediante la misma operaciones de caja, a través de las cuales se efectúan transferencias y pagos a terceros, mediante las correspondientes órdenes de los titulares, lo que obliga a las entidades, en cumplimiento de la Orden de 12 de diciembre de 1989 , a facilitar a los clientes información adecuada, extractos de las operaciones que con su cuenta son realizadas y los cargos de gastos por intereses devengados a favor o contra comisiones y demás autorizados...*

VII.2 Determinación de la propiedad sobre los fondos en cuenta corriente con titularidad indistinta

Como se ha planteado en la introducción de este apartado, un mismo cliente puede tener varias cuentas en un mismo Banco y varios clientes pueden ser titulares de una misma cuenta corriente. Con respecto al primer caso, no suele haber mayor problema con respecto a la propiedad de esos fondos, en relación al segundo no se puede decir lo mismo.

Por creencia general, la mayor parte de la población piensa que por estar de titular en una cuenta con otra persona ya son propietarios de la mitad de los fondos que en ella se encuentran. Pues bien, esto es totalmente incierto.

Antes de entrar de lleno en la titularidad indistinta de una cuenta corriente conviene hacer unos pequeños matices. En primer lugar, existe una diferencia muy clara entre la categoría de titular de la cuenta y la persona con poder de disposición o, como se es conocida comúnmente, persona autorizada. El titular es la persona o personas que firman el contrato con el Banco y se obligan a cumplir lo estipulado en él, en cambio, la persona

⁶³ DE LA CUESTA RUTE, J. M. (dir.): *Contratos mercantiles. Tomo III. Contratos bancarios, del mercado de valores y de seguro, op. cit.*, p. 129

autorizada, es aquella que con su firma puede realizar cargos en la cuenta. Esta última puede ser el mismo titular, un representante o un tercero de confianza. En la práctica la persona autorizada no puede causar descubiertos, cancelar la cuenta o bloquearla, ya que no son contratantes con el banco y, según MUÑOZ PLANAS⁶⁴, sus acciones no pueden suponer una variación de elementos fundamentales de la cuenta corriente.

También cabe señalar, cuando existe una pluralidad de personas con poder de disposición, cómo puede ser el régimen para ordenar pagos. Pues bien, existen dos alternativas, que la cuenta corriente tenga firma mancomunada o solidaria. En el primero de los casos, se habrá pactado con el Banco que para disponer del dinero se requiera la firma de dos o más de esas personas. Este tipo de firma suele conllevar un mayor control de los fondos, pero hace más laborioso el disponer de los mismos.

La firma solidaria, por su parte, es aquella en la que se habrá pactado con el Banco que cualquiera de las personas que tienen poder de disposición puedan hacerlo con su propia firma. En este tipo de firma se da mayor facilidad a la hora de disponer de los fondos, pero también es más fácil que surjan conflictos entre los titulares o personas autorizadas, ya que todos pueden retirar con su firma sin supervisión de los otros partícipes.

Ahora entrando en la materia que nos concierne, las cuentas con titularidad indistinta suelen acarrear en muchos casos problemas entre los titulares, con la Agencia Tributaria, acreedores, etc. Esto viene dado por la confusión entre el poder disponer de los fondos cara al Banco y la propiedad de los mismos.

Para ello el Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones, como en la STS de 15 de julio de 1993 [RJ 1993/5805], de 29 de septiembre de 1997 [RJ 1997/6825], de 5 de julio de 1999 [RJ 1999/5966] o la comentada anteriormente STS de 19 de diciembre de 1995 [RJ 1995/9425] entre otras, sobre estas situaciones. El TS ha negado que la existencia de varios titulares de una misma cuenta corriente suponga la propiedad de estos sobre los fondos depositados en dicha cuenta, sino que la propiedad del dinero existente se habrá de determinar mediante las normas de Derecho civil. Así estableció que: *el mero hecho de la apertura de una cuenta corriente bancaria a nombre de dos o más personas, lo único que comporta «prima facie», como norma general, es que cualquiera de dichos titulares tendrá frente al Banco depositario, facultades respecto al saldo que arroje la cuenta, pero no determina un condominio sobre dicho saldo, ya que esto vendrá precisado únicamente por las relaciones internas que medien entre dichos titulares bancarios y, más concretamente por la originaria pertenencia de los fondos de que se nutre dicha cuenta.*

En otras palabras, el Banco se compromete a proporcionar el dinero habido en la cuenta a sus titulares, pero esta categoría solo opera cara las relaciones con el Banco, ya que no les otorga titularidad en lo que a régimen de propiedad recogido en nuestro Cc. se refiere.

Un supuesto en el que se dan esta serie de conflictos sobre la titularidad indistinta en cuenta corriente bancaria son los casos de fallecimiento de alguno de los titulares y el consiguiente enfrentamiento entre los herederos del titular fallecido y los titulares supervivientes. Pues bien, según ha dispuesto el TS en las SSTS mencionadas arriba: *a la hora de distinguir entre la disposición o gestión de sus fondos o numerario y la propiedad de los mismos, sobre todo, cuando ha fallecido su titular, y cuando dicha cuenta o*

⁶⁴ MUÑOZ PLANAS, J.M.: *Cuentas bancarias con varios titulares*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 79 - 82

depósito figure abierta a nombre de dos o más titulares -en la titularidad única o unipersonal inexistente el problema por confusión entre titularidad de disposición y dominical-, ya que, entonces, aparece el conflicto sobre si el propietario fue el premuerto y de él derivarlo mortis causa a sus causahabientes o, bien, lo es el titular supérstite, eventualidad ésta que en la práctica bancaria se suele resolver con base a los arts. 1.137 y 1.138, del Código Civil en el sentido de que si la cuenta figuraba mancomunadamente, sólo podía disponerse con la firma de todos los titulares, no así cuando se está con el rito de la cuenta "indistinta o solidariamente", que ha de figurar expresamente, pues, entonces, cualquiera de ellos puede disponer de parte o del todo y hasta resolverla o extinguirla vía art. 279 del Código Civil, proyectando esta tesis en la, en su caso, adscripción dominical, excluyendo la mortis causa, a favor del supérstite.

Por otra parte, como ya se estableció más arriba para la correcta atribución de la propiedad de los fondos a cualquiera de los titulares esta *habrá de venir determinado únicamente por las relaciones internas entre ambos titulares y, más concretamente por la originaria pertenencia de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta.*

Para el caso concreto de esa sentencia *ha de tenerse en cuenta que en los autos a que se refiere este recurso aparece plenamente probado que los fondos de que se ha venido abasteciendo la cuenta corriente litigiosa procedían únicamente del negocio "C" cuyo propietario único y exclusivo era V. G. por lo que resulta evidente que la propiedad del saldo de dicha cuenta ha de pertenecer en su totalidad a la heredera única.*

Por lo que al poder probarse la procedencia de los fondos, ya se puede probar que la propiedad de los mismos corresponde, en este caso, a la heredera única.

En definitiva, y resumiendo lo expuesto en este apartado, la titularidad indistinta de los fondos de una cuenta corriente no atribuye en ningún caso el condominio de los mismos, sino que habrá que analizar la relación de sus titulares y la procedencia de los mismos. Por esto, y como manifiesta el TS habrá que analizar caso por caso según sus circunstancias, ya que no siempre se resuelve de la misma manera.

VII.3 Aplicación al caso. Cuestión nº 8

En el caso que nos atañe se nos pregunta, en primer lugar, qué ocurrirá con los fondos de la cuenta corriente con titularidad indistinta de Dña. Dulce y su padre, D. Carlos Daniel.

Pues bien, atendiendo a la doctrina seguida por el Tribunal Supremo, expuesta anteriormente, y resumible, según la STS de 19 de diciembre de 1995 [RJ 1995/9425] entre otras, en que: *el mero hecho de la apertura de una cuenta corriente bancaria a nombre de dos o más personas, lo único que comporta «prima facie», como norma general, es que cualquiera de dichos titulares tendrá frente al Banco depositario, facultades respecto al saldo que arroje la cuenta, pero no determina un condominio sobre dicho saldo, ya que esto vendrá precisado únicamente por las relaciones internas que medien entre dichos titulares bancarios y, más concretamente por la originaria pertenencia de los fondos de que se nutre dicha cuenta; y, teniendo en cuenta que según versa el caso expuesto: los únicos movimientos de esta cuenta corriente son el ingreso de la pensión de jubilación de D. Carlos Daniel y algunas retiradas de efectivo realizadas por él mismo, podemos atribuir la propiedad de los fondos a D. Carlos Daniel, ya que los fondos de los que se nutre la cuenta corriente en la que él y Dña. Dulce son titulares.*

Al quedar probada la propiedad de los fondos de la cuenta corriente y haber fallecido su titular, estos se integrarán en el caudal hereditario tal y como recoge el art. 659 Cc⁶⁵.

Posteriormente, al ser integrados, los fondos, en la herencia estos se adjudicarán según testamento y atendiendo a las particularidades del caso.

Respecto a la segunda pregunta planteada en la octava cuestión, sobre sí ha de darse la razón a Dña. Dulce o a sus hermanos, cabe afirmar tajantemente que la razón será de sus hermanos al quedar probada la procedencia de los fondos de dicha cuenta y su inminente integración en el caudal hereditario, según se ha expuesto anteriormente.

Dña. Dulce estaría obligada a la restitución de la cantidad que retiró de la cuenta en la que ella y su padre estaban de titulares, ya que no es la propietaria de dichos fondos.

⁶⁵ Art. 659 Cc.

La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte.

Conclusiones

En base a los argumentos expuestos en todo el trabajo, basados, a su vez, en la doctrina, la jurisprudencia y la norma en sí, podemos establecer una serie de conclusiones con las que contestar de forma resumida a cada una de las preguntas.

Con respecto a la posible inclusión de la finca donada por D. Carlos Daniel a D. Teodoro en el inventario de la comunidad hereditaria, debemos pronunciarnos de forma negativa. Teniendo en cuenta que puede realizarse la colación, ya que se cumplen los requisitos del art. 1035 Cc, la finca no será incluida en el inventario sino su valor, tal y como recoge el art. 1045 Cc., y D. Teodoro *tomará de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiese recibido*.⁶⁶ Ahora bien, esta donación sí que se tendrá en cuenta para el cálculo de la fijación de la legítima, tal y como recoge el art. 818 Cc., y en caso de no poder cubrirse las legítimas del resto de herederos, será posible emprender las acciones de suplemento de la legítima o la acción de reducción por considerar la donación inoficiosa.

En relación a la conducta de D. Carlos Daniel al no tributar ganancia patrimonial por la donación de la finca mediante IRPF, no cabe la menor duda de que ha sido totalmente errónea. Toda transmisión lucrativa *inter vivos* cuyo valor de transmisión sea superior al de adquisición, tributará esa ganancia patrimonial por IRPF de la manera dispuesta en los arts. 34.1.a), 35 y 36 LIRPF.

La presunción de desafección tácita para el caso de cese de actividad que alegan los herederos por la jubilación de D. Carlos Daniel no opera en este caso, tal y como se recoge en la SSTS de 14 de noviembre de 2016 [RJ 2016/5815] y de 18 de marzo de 2010 [RJ 2010/2584], ya que *no puede compartirse que exista necesaria y automáticamente una vinculación entre la jubilación y el cese en la actividad empresarial*.

Para determinar cómo deben tributar las rentas devengadas por la venta de los terrenos a efectos del IRPF, bien como ganancia patrimonial o bien como rendimiento de actividades económicas, habrá que acudir al origen de los mismos, es decir, si proceden del patrimonio personal de D. Carlos Daniel o del patrimonio empresarial. En el primer caso, al provenir del patrimonio personal tributarán como ganancia patrimonial, en el segundo tendremos que analizar si son parte del activo fijo de la empresa o existencias. Si forman parte del activo fijo, estos tributarán como ganancia patrimonial, en cambio si son existencias tributarán como rendimiento de actividades económicas, tal y como se recoge en las SSTS de 11 de mayo de 2004 [RJ 2004/5236], de 18 de marzo de 2010 [RJ 2010/2584], de 28 de noviembre de 2013 [RJ 2014/207], de 4 de marzo de 2015 [RJ 2015/1096].

También cabe añadir que las existencias no podrán bajo ningún motivo desafectarse de la actividad económica, sino que se autoconsumirán.

Aún así, teniendo en cuenta que los herederos pretenden probar la presunción de desafección tácita para el caso de cese de actividad por la jubilación de D. Carlos Daniel podemos intuir que los bienes sí estuvieran afectos en algún momento anterior a la jubilación del mismo. Por esto y considerándolos como existencias, dada la actividad económica que realizaba el causante, y que estas no fueron autoconsumidas, las rentas devengadas tributarán como rendimientos de actividades económicas.

⁶⁶ Vid. art. 1047 Cc.

Por lo anterior expuesto, la vinculación habitual y continuada de D. Carlos Daniel con las dos mercantiles en las que era accionista mayoritario no influye en la calificación de las rentas ya que habrá que analizar la procedencia de los bienes.

Con respecto a la posible aplicación de los coeficientes reductores de abatimiento sobre estas rentas se puede deducir que no procede dicha aplicación al considerarse rendimientos de actividades económicas. Y, en el fortuito supuesto en el que se pudiese considerar como ganancias patrimoniales, al no haber transcurrido más de tres años desde la desafectación hasta la enajenación, tal y como dispone la DT9ª de la LIRPF, los coeficientes reductores no serán de aplicación.

Ante la pregunta sobre la consideración de la apartación como negocio *mortis causa* exento de tributar a través de IRPF, el TSJ y el TS en numerosas sentencias, especialmente la última, STS de 9 de febrero de 2016 [RJ 2016/1365], han dejado claro que es un negocio jurídico *mortis causa* y le es de aplicación el art. 33.3.b) LIRPF por lo que no tributará por IRPF. Por otro lado, el apartante, en este caso D. Carlos Daniel, al tratarse de un negocio jurídico *mortis causa* no tendrá que tributar ninguna ganancia patrimonial al considerarse como “plusvalía del muerto”, la cual no existe en nuestro ordenamiento jurídico.

A mayores, la apartación, tal y como recoge el art. 224 LDCG, solo excluye la condición de legitimario, por lo que en caso de ser nombrado heredero, y respondiendo a la séptima pregunta, el apartado podrá heredar a pesar de haber sido apartado.

En caso de no poder heredar Dña. Dulce, bien por aplicación del derecho de acrecer de los otros coherederos o por la inaplicación del mismo, su cuota vacante se distribuiría entre sus hermanos.

En último lugar, los fondos de la cuenta corriente con titularidad indistinta de Dña. Dulce y su padre habrán de incluirse en el inventario de la comunidad hereditaria por aplicación del art. 659 Cc., ya que, atendiendo a la STS de 19 de diciembre de 1995 [RJ 1995/9425], el mero hecho de la apertura de una cuenta corriente bancaria a nombre de dos o más personas no determina un condominio sobre dicho saldo, ya que este vendrá precisado, entre otros, por la originaria pertenencia de los fondos de que se nutre dicha cuenta; y, teniendo en cuenta que los únicos movimientos de esta cuenta corriente son el ingreso de la pensión de jubilación de D. Carlos Daniel y algunas retiradas de efectivo realizadas por él mismo, queda constatada la propiedad de D. Carlos Daniel sobre los mismos.

Bibliografía

- AGENCIA TRIBUTARIA. MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA. Manual práctico Renta y Patrimonio 2016, Madrid, 2017, pp. 378-379
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Manual de Derecho civil. Sucesiones*, Bercal, S.A., Madrid, 2015
- BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho mercantil. Volumen II*, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 243-244
- BUSTO LAGO, J.M.: “Los pactos sucesorios en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 84, núm. 706, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008, pp. 517-578
- BUSTO LAGO, J.M. (dir.), ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F.: *Curso de Derecho civil de Galicia*, Atelier, Barcelona, 2015, p. 419-454
- CARRASCO PERERA, A. (dir) y MARTÍNEZ ESPÍN, P.: *Lecciones de Derecho civil. Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 70-71
- DE LA CUESTA RUTE, J. M. (dir.): *Contratos mercantiles. Tomo III. Contratos bancarios, del mercado de valores y de seguro*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 126-137
- DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil. Volumen IV (tomo 2)*, Tecnos, Madrid, 2012
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: “La colación su ámbito personal y sus efectos: Colación legal y colación voluntaria (A propósito de una Sentencia del Tribunal Supremo)”, en *Anuario de Derecho civil*, Año 1992, Vol. 45, núm. 1, pp. 377-418
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.: “La cuenta corriente bancaria en descubierto y los contratos de crédito: criterios para una interpretación legal y contractual”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº18, 1985, pp. 413-442
- LASARTE, C.: *Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho civil VII*, Marcial Pons, Madrid, 2015
- MARTIN QUERALT, J., TEJERIZO LÓPEZ, J.M. y CAYÓN GALIARDO, A. (dirs.): *Manual de Derecho tributario. Parte especial*, Aranzadi, Pamplona, 2014
- MERINO JARA, I. (dir.): *Derecho tributario. Parte especial*, Tecnos, Madrid, 2015
- MUÑOZ PLANAS, J.M.: *Cuentas bancarias con varios titulares*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 79-82
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (coord.), MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P. y CÁMARA LAPUENTE, S.: *Curso de Derecho civil (V). Derecho de Sucesiones*, Colex, Madrid, 2013
- PÉREZ ROYO, F. (et al.): *Curso de Derecho tributario*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 233
- REBOLLEDO VARELA, A.L. (coord.): *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia Ley 2/2006, de 14 de junio*, Aranzadi, Pamplona, 2008
- RINCÓN DE PABLO, G.: “La lenta agonía de los coeficientes de abatimiento y la muerte de los coeficientes de corrección monetaria”, en *Observatorio Inmobiliario y de la Construcción*, núm. 71, OBS, Madrid, 2014, p. 66-71

Apéndice jurisprudencial

Sentencias del Tribunal Supremo:

STS de 22 de enero de 1963 [RJ 1963/447]
STS de 29 de abril de 1983 [RJ 1983/2198]
STS de 17 de marzo de 1989 [RJ 1989/2161]
STS de 21 de abril de 1990 [RJ 1990/2762]
STS de 15 de julio de 1993 [RJ 1993/5805]
STS de 19 de diciembre de 1995 [RJ 1995/9425]
STS de 29 de septiembre de 1997 [RJ 1997/6825]
STS de 20 de enero de 1998 [RJ 1998/57]
STS de 5 de julio de 1999 [RJ 1999/5966]
STS de 6 de noviembre de 2003 [RJ 2003/8266]
STS de 11 de mayo de 2004 [RJ 2004/5236]
STS de 21 de enero de 2010 [RJ 2010/11]
STS de 28 de noviembre de 2013 [RJ 2014/207]
STS de 19 de febrero de 2015 [RJ 2015/1400]
STS de 4 de marzo de 2015 [RJ 2015/1096]
STS de 9 de febrero de 2016 [RJ 2016/1365]
STS de 14 de noviembre de 2016 [RJ 2016/5815]

Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia:

STSJ de Galicia de 16 de julio de 2012 [JR 2012/270734]
STSJ de Galicia de 24 de septiembre de 2012 [JT 2012/1130]
STSJ de Galicia de 23 de enero de 2013 [JUR 2013/56863]
STSJ de Galicia de 6 de febrero de 2013 [JUR 2013/94829]
STSJ de Galicia de 19 de junio de 2013 [JT 2013/1488]
STSJ de Galicia de 2 de octubre de 2013 [JUR 2013/322974]
STSJ de Galicia de 9 de octubre de 2013 [JUR 2013/325659]

Sentencias de la Audiencia Nacional:

SAN de 4 de junio de 2014 [JT 2014/1261]

Resoluciones de la Dirección General de Tributos:

Resolución de la DGT de 4 de septiembre de 2013 [V2643-13]
Resolución de la DGT de 9 de diciembre de 2013 [V3558-13]
Resolución de la DGT de 16 de julio de 2014 [V1932-14]
Resolución de la DGT de 22 de mayo de 2015 [V1543-15]

Apéndice normativo

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio

Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último.

Orden, de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, modificado por la Orden de 31 de julio de 1976

Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, del Estatuto de Autonomía de Galicia

Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido

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

Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica

Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

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

Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia

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

Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero

Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad

Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo

Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014

Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el texto refundido de la

Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias
Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades