

Actos a título gratuito y su repercusión fiscal

JOSÉ LUIS FERRERO HORMIGO (*)
Notario

JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

La ayuda que unas generaciones prestan a las siguientes, llamadas a relevarlas, es la clave del sucesivo, y esperamos que constante en el futuro, desarrollo de la humanidad. Nuestros mayores nos legaron sus conocimientos y los bienes materiales resultado de su esfuerzo. Con ello, no hicieron sino cumplir la obligación moral que el mismo legado recibido por ellos de multitud de anteriores generaciones les había hecho contraer. Y esa misma obligación la tenemos nosotros y debemos cumplirla lo más sabiamente posible con nuestros descendientes. Esta cadena de transmisión de bienes morales, filosóficos, intelectuales y materiales, así recibidos y progresivamente mejorados por cada generación, ha permitido el progreso del ser humano y ha encontrado su cauce lógico en esa institución esencial de nuestra sociedad que es la familia. Los padres, receptores un día de ese legado, son los obligados a transmitirlo a sus hijos.

Las nuevas generaciones necesitan recibir ese legado para perfeccionarlo y, después, transmitirlo. Y esa necesidad, constante en la historia, es mayor, hoy, que nunca pues la mejora de ese legado, lo ha perfeccionado hasta tal

punto que lo ha convertido en indispensable.

El adelanto de tal legado, aunque sea parcialmente, en el tiempo supone su realización en vida de los padres. Y ese adelanto posibilita una más rápida incorporación a la vida activa por parte de los hijos. Las ventajas de ello para la sociedad son evidentes.

Aquí, desde esta tribuna, vamos a tratar de aportar algunas ideas que faciliten el traspaso de ese legado de padres a hijos en su aspecto material. Vamos a considerar, pues, las transmisiones de bienes y derechos realizadas a título gratuito por los padres a los hijos, situadas, por descontado, tales transmisiones en nuestra actual realidad social y jurídica.

Para mejor entender el tema pensemos en lo sentido y vivido en nuestras actuales familias. Unos padres, conocedores de la necesidad de un determinado bien de su propiedad que un hijo suyo tiene, deciden entregárselo y hacerlo en la forma que consideran más lógica, normalmente en proporción a sus respectivas posibilidades. Además desean dar a su hijo ese bien, que ya han considerado el más adecuado para cubrir esa necesidad del hijo, prescindiendo, por un lado, de que dicho bien les pertenez-

(*) Conferencia pronunciada ante la Academia Sevillana del Notariado el día 12 de mayo de 1994.

ca en común o sea de uno solo de ellos, aunque queriendo, por otro lado, que ese desprenderse sea soportado por ambos en una proporción justa.

La misión de los juristas, y por supuesto del legislador, es encontrar, a esa vivencia y deseo generalizado de los padres, cauces dentro del total ordenamiento jurídico, facilitarla y no entorpecerla o desvirtuarla.

Estudiaremos, pues, los actos a título gratuito intervivos realizados por los padres, casados en régimen de gananciales (al ser este el más generalizado en nuestro país), a favor de sus hijos y el tratamiento, mejor diría yo el coste, fiscal de tales actos.

Pero ¿qué es un ACTO A TÍTULO GRATUITO?

Los actos a título gratuito, en un sistema causal como el nuestro, son aquellos: 1) cuya causa es el ánimo liberal, "la mera liberalidad del bienhechor (art. 1.274 C.C.)". 2) aquellos por los que una persona proporciona a otra algún beneficio sin contraprestación.

1) Ese ánimo liberal entendido como causa del acto a título gratuito nos permite excluir del concepto a aquellos que no obedezcan a esa "mera liberalidad", es decir, a las ventajas sin contraprestación justificadas:

a) por beneficios indirectos para el propio agente (ejemplo fianza o aval prestados a favor de persona jurídica cuya buena marcha negocial o beneficio incide en el patrimonio propio del fiador o avalista, por ser, por ejemplo, socio de dicha Sociedad; otro ejemplo: los regalos de propaganda).

b) por auténticas obligaciones jurídicas del propio agente encaminadas a la protección de intereses familiares: son los alimentos contemplados en sentido amplio en los artículos 142 y 1.041 de nuestro Código, esto es, gastos de alimento, educación, curación de enferme-

dades (aún las extraordinarias), aprendizaje o equipo ordinario.

c) por usos o costumbres sociales. Son las liberalidades de uso a que se refiere, por ejemplo, el artículo 1.378 C.C., en su vigente redacción tras la reforma de 1981, es decir, aquellas liberalidades que se realizan sin total libertad, por imperativos sociales (limosnas, propinas, regalos de boda).

2) Hemos dicho que los actos a título gratuito proporcionan un beneficio sin contraprestación.

Un acto de A beneficia a B sin que este realice ninguna prestación a favor de A, ni le beneficie en forma alguna.

Elo nos lleva ahora a contemplar:

a) Los actos a título gratuito remuneratorios, es decir, los hechos a una persona para compensar servicios prestados sin que exista propiamente una deuda (pues entonces sería una dación en pago, no un acto de liberalidad). El servicio del donatario ha producido un beneficio al donante y este, para recompensarle, le procura una ventaja.

b) Los actos gratuitos modales o con causa onerosa, o sea, aquellos en que se impone al donatario una carga o gravamen.

c) Los negocios mixtos con donación.

En estos tres supuestos, el artículo 622 C.C., correctamente interpretado, aplica las reglas de la donación a la parte en que son auténticamente liberales y las de los contratos onerosos en aquel punto en que la liberalidad es absorbida por el valor de la carga o servicio remunerado, lo que llevado al tema de esta conferencia obliga a excluir de su consideración a los actos gratuitos remuneratorios, modales o con causa onerosa y a los negocios mixtos con donación en la medida en que la liberalidad es absorbida por el valor del ser-

vicio o carga. Sólo en lo que sean auténticamente liberales les son de aplicación las afirmaciones que para los actos a título gratuito estableceremos en nuestra charla.

El acto a título gratuito supone además un empobrecimiento del agente, lo cual nos lleva a excluir también a aquellos que proporcionan un beneficio a otro pero sin empobrecimiento del agente. Así: la cesión gratuita del uso de una cosa (conservando el uso el cedente) o el préstamo sin interés.

El empobrecimiento-enriquecimiento deben estar unidos causalmente por ese ánimo liberal. En el acto a título gratuito el agente se empobrece con ánimo liberal de que el beneficiario se enriquezca. Ello excluye, por tanto, a las renunciaciones abdicativas de derechos, las no realizadas a favor de persona determinada.

Por último, aclaremos que nuestra conferencia se referirá a los actos a título gratuito intervivos. Muy diversos pueden ser estos actos, algunos aludidos en el artículo 12 del Reglamento del Impuesto sobre donaciones: La condonación de deuda con ánimo de liberalidad, la renuncia de derechos a favor de persona determinada, la asunción liberatoria de la deuda de otro sin contraprestación, el desistimiento o allanamiento con ánimo liberal, el seguro sobre la vida, en caso de sobrevivencia del asegurado y el seguro para el caso de fallecimiento del asegurado que sea persona distinta del contratante, cuando en uno y otro caso el beneficiario sea persona distinta del contratante. Pero el prototipo de acto a título gratuito es la donación, o sea, aquella liberalidad realizada mediante contrato por el que una persona, el donante, se empobrece en su patrimonio en beneficio de otra persona, el donatario, que se enriquece a su vez. Por eso, en la presente conferencia, y a partir de aquí, para simplificar y para mejor entendimiento emplearemos el concepto de donación, a sabiendas de que lo que para estas pre-

diquemos será aplicable a los restantes actos a título gratuito. Y lo que digamos es predicable tanto de las donaciones transmisivas como de las obligatorias.

Esos actos a título gratuito intervivos que los cónyuges realizan en favor de sus hijos, son realizados por cónyuges cuyo régimen matrimonial es, en casi todos los casos, el de sociedad de gananciales. Desde esta perspectiva afrontaremos, pues, nuestra disertación.

Es evidente que esta conferencia no pretende plantearse la cuestión tan debatida de cual sea la naturaleza de la sociedad de gananciales, pero tampoco puedo dejar de sentar, brevemente, mis ideas sobre ella en la medida en que mi propia postura permitirá a los oyentes entender mejor posteriores afirmaciones mías.

La doctrina actual va progresivamente abandonando la visión de la sociedad de gananciales como una mera comunidad germánica o en mano común. Entre otros motivos porque, decir que es una comunidad germánica obliga a definir que fuere esta comunidad. No es una mera comunidad, ni siquiera una comunidad en mano común porque no se reduce a la administración y disfrute de un conjunto patrimonial, implica, además, una actividad continuada de ambos cónyuges que, desean atender, con esa actividad, esas ganancias y esos bienes comunes, a las necesidades y cargas familiares. Ello, desde nuestro punto de vista aproxima la sociedad de gananciales al régimen de una sociedad civil, una sociedad universal de ganancias, pero con características propias: Sin personalidad jurídica, de base familiar, sin ánimo de lucro, sin posibilidad de disolución por voluntad de un socio, sin derecho de cada socio a disponer de su parte en la sociedad, una sociedad universal que afecta incluso a los frutos de los bienes futuros (no ya sólo de los presentes) de los cónyuges, en que ambos cónyuges tienen no una mera cuota de valor sino un auténtico derecho sobre los

bienes gananciales, derecho que existe desde el comienzo de la sociedad y no referido al momento de la liquidación, una sociedad que, al mismo tiempo, es un régimen económico del matrimonio.

En todo caso, lo que sí parece claro es que la sociedad de gananciales presupone la existencia de tres patrimonios (los privativos y el ganancial) que no operan como compartimentos estancos sino que admiten relaciones entre sí presididas por los principios de subrogación real y de generación de créditos recíprocos entre ese patrimonio ganancial y los privativos.

La idea que acabamos de exponer tiene su afirmación más clara en el vigente artículo 1.323 C.C., que permite que "marido y mujer puedan transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos". Si este artículo no existiere también existiría tal posibilidad, al no estarles prohibida, pero, dados los antecedentes no muy lejanos de prohibición de contratos entre cónyuges, el legislador del 81 prefirió dejarla clara, con su afirmación.

La protección de los cónyuges o terceros frente a contratos celebrados entre cónyuges viene dada por las normas de aplicación general en el ámbito negocial. Así:

— El posible engaño o coacción que un cónyuge sufra procedente del otro está sancionado por la normativa sobre los vicios del consentimiento (art. 1.300 y siguientes C.C.).

— Si el negocio entre cónyuges se realiza en fraude de su legítima, los legitimarios podrán impugnarlo y también tienen la vía de pedir la reducción de las donaciones inoficiosas (arts. 636 y concordantes C.C.).

— Si el contrato se hubiese celebrado en fraude de acreedores estos podrían pedir su rescisión conforme a los artículos 1.291 a 1.297 del C.C.

Queremos resaltar este artículo 1.323 C.C., porque su correcto entendimiento es clave para la comprensión de los distintos supuestos, a que luego aludiremos, de donaciones de cónyuges a favor de los hijos.

Otra idea fundamental para nuestro estudio es el del derecho al reembolso del valor satisfecho que establecen los artículos 1.358 y 1.364 C.C. Tanto créditos de un cónyuge frente a la sociedad como de esta frente a uno o ambos cónyuges. Dicha deuda de valor actualizada, normalmente no exigida de inmediato, estará sujeta a la cuenta final en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta.

Y otro artículo fundamental del C.C., a los efectos de esta conferencia es el 1.363 que, por su importancia leemos literalmente: "Serán también de cargo de la sociedad las cantidades donadas o prometidas por ambos cónyuges de común acuerdo, cuando no hubiesen pactado que hayan de satisfacerse con los bienes privativos de uno de ellos en todo o en parte".

Este artículo, ubicado en la sección 3.ª del capítulo regulador de la sociedad de gananciales, De las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, leído literalmente, repensado, lleva a la diversidad que a continuación expresaremos de posibles donaciones a favor de los hijos.

Recordemos ahora lo dicho al principio de esta conferencia:

Ese propósito lógico de los cónyuges de ayudar a sus hijos en la medida de sus respectivas posibilidades y precisamente con aquel o aquellos de sus bienes más adecuados para ello. Veamos, pues, los distintos supuestos a que ello nos lleva en el marco del régimen económico de la Sociedad de gananciales.

Comenzamos con los supuestos de hecho más acordes con lo proclamado

por el art. 1.363 del C.C., de considerar de cargo de la sociedad lo donado o prometido por los cónyuges a sus hijos.

Primer supuesto (y más frecuente). Marido y mujer deciden donar un bien ganancial a favor de un hijo suyo. Así expuesto parece algo muy simple. Sin embargo pensemos en las distintas opciones que los cónyuges tienen de imputar esa donación a sus patrimonios:

Primera opción.- Puedan acordar que el empobrecimiento patrimonial que la donación supone sea soportada por ambos al 50 por ciento.

Segunda opción.- Pueden convenir que dicho empobrecimiento sea soportado desigualmente por cada uno (por ejemplo uno el 25 por ciento y otro el 75 por ciento).

Tercera opción.- Puedan incluso pactar que el empobrecimiento sea soportado exclusivamente por uno de ellos.

Antes de seguir digamos que ser soportada la donación desigualmente por ambos cónyuges o exclusivamente por uno de ellos puede encontrar su justificación, por ejemplo, en que el montante del patrimonio ganancial sea pequeño y, en cambio, sea muy cuantioso el del caudal privativo de un cónyuge, lo que perfectamente puede llevar a marido y mujer a pensar que lo justo es que sea soportado en mayor proporción, o incluso totalmente, por aquél cuya fortuna es cuantiosa, sin serlo la común.

Luego esa diversidad de pactos en cuanto a la forma de soportar el empobrecimiento típico de la donación puede obedecer a una justa causa (la que hemos dado como ejemplo o cualquier otra).

Recordemos que el artículo 1.323 del C.C. permite todo tipo de pactos entre cónyuges y que si estos pactos ocasionasen perjuicio indebido para cualquiera de los propios cónyuges, de

acreedores o herederos forzosos, estos tendrían los remedios ya comentados con anterioridad.

Ello nos lleva a afirmar la validez y licitud de tales pactos entre cónyuges. Pero ¿cuál es la naturaleza jurídica de los mismos?. Desde luego son los cónyuges los que pueden libremente darles el calificativo y la regulación jurídica que estimen adecuada y aunque esta pueda obedecer excepcionalmente a otra posible causa, lo normal es que sea una liquidación de la sociedad de gananciales con las siguientes características: Anticipada en el tiempo, pues aún no se ha disuelto la sociedad; y parcial, por definición sólo afecta a algunos bienes y origina unos recíprocos derechos a llevar de más o de menos en el momento de la liquidación definitiva de la sociedad de gananciales. Es una operación liquidatoria, parcial y anticipada, de la sociedad de gananciales, consistente en una determinación contable del respectivo crédito o deuda de cada cónyuge, derivado de su compromiso de soporte del empobrecimiento que la donación implica, a tener en cuenta en el momento del cierre definitivo de tal cuenta, cierre que, como sabemos, tiene lugar en el momento de la disolución de la sociedad de gananciales.

¿Y si los cónyuges nada pactan sobre el tanto por ciento en que se debe soportar por ambos el empobrecimiento?. Ante todo he de decir que es conveniente pactar expresamente, en el documento en que se formalice la donación, ese tanto por ciento en que el empobrecimiento debe afectar a cada cónyuge. Así se clarifican no sólo las cuestiones fiscales que luego trataré, sino también se deja total precisión en torno a como operarán la reducción por inoficiosidad, el derecho de reversión, la revocación por incumplimiento de cargas o por ingratitud, o la colación.

Pero ello no impide, incluso es el supuesto actual de redacción de muchí-

simas donaciones, que falte ese pacto expreso sobre el tanto por ciento en que cada cónyuge soporta el empobrecimiento ¿Qué ocurre entonces?

La solución viene dada por el artículo 1.138 del C.C., "la deuda se presume dividida en tantas partes iguales como deudores". En nuestro caso 2, y por tanto el empobrecimiento será soportado por 1/2 por ambos cónyuges.

¿Sigue existiendo una liquidación parcial anticipada de la sociedad de gananciales?. A nuestro juicio, y a diferencia de lo que sucede en los actos a título oneroso en que, por el juego del principio de subrogación, lo adquirido a cambio sustituye a lo enajenado, en toda donación de bienes gananciales efectuada por los cónyuges, al producirse un empobrecimiento que debe ser soportado por ambos, y al carecer la sociedad de gananciales de personalidad jurídica, ello implica necesariamente una liquidación parcial y anticipada de la misma. Así se siente por ambos esposos que saben que donan ambos y es lo más acorde para explicar esa ausencia de subrogación y las repercusiones de las instituciones ya citadas de la inoficiosidad, reversión o revocación de las donaciones, o la colación.

El esquema gráfico de estas donaciones de bienes gananciales a los hijos es, pues, el siguiente:

1) Liquidación parcial y anticipada de la sociedad de gananciales.

2) Donación.

En tal esquema la liquidación parcial de gananciales entre los cónyuges donantes es preparatoria del negocio definitivo, la donación, fin negocial o causa fundamental perseguida por donantes y donatario, que es facilitado por la simultánea liquidación parcial de gananciales. Estamos, pues, ante dos negocios típicos por sí sólo considerados, pero que están conexiónados entre sí al modo de un negocio complejo

querido como un todo, no como mera yuxtaposición de una pluralidad de negocios.

La unidad contractual de ese negocio complejo es evidente, tanto si la consideramos desde el punto de vista subjetivo, consistente en el intento empírico perseguido por las partes, como si lo vemos desde un punto de vista objetivo de la función del contrato. Hay, a nuestro juicio, un único contrato complejo, en el que la finalidad esencial perseguida es la donación.

Suponiendo que la donación sea soportada (igual o desigualmente) por ambos cónyuges, ¿cuántas donaciones hay?. El hecho de que exista un solo bien y un solo donatario ¿debe llevarnos a pensar que hay una sola donación?. Radicalmente no, hay tantas donaciones como donantes (en nuestro caso 2), en la proporción marcada por ambos a efectos de su respectivo empobrecimiento patrimonial y aceptada por el donatario, cuyo consentimiento entiendo afecta también a este punto, pues debe aceptar como un todo lo dispuesto por los donantes. El intentar pensar que existe una sola donación nos llevaría a un callejón sin salida en materia de reducción por inoficiosidad, reversión, revocación, o colación.

Sólo hay un caso de donación de gananciales a favor de los hijos en que existe una sola donación. Cuando ambos cónyuges pactan que el empobrecimiento sea soportado exclusivamente por uno de ellos. Este sería el único donante (sólo él se empobrece y tiene animus donandi) y en virtud de esa liquidación parcial anticipada tendrá que recibir de menos, a la hora de la liquidación definitiva (tras la disolución de la sociedad) el importe del valor de lo donado.

¿Cómo se actualizan esas deudas de valor de un cónyuge respecto de la sociedad de gananciales o de ésta respecto de algún cónyuge?.

El importe de esas deudas se actualiza aplicando el índice de variación del valor de la moneda. Y ello para que el acreedor de tal deuda conserve el mismo valor o poder adquisitivo que ese importe nominal tenía en el momento de nacer la deuda (arts. 1.364 y 1.397-3 C.C., para los créditos de ésta contra un cónyuge).

NULIDAD ACTOS A TÍTULO GRATUITO SOBRE BIENES COMUNES (ART. 1.322) O GANANCIALES (ART. 1.378) SI NO CONCURRE EL CONSENTIMIENTO DE AMBOS CÓNYUGES

El trato tan diferente que los dos artículos del Código Civil aplican a los actos a título gratuito respecto a los onerosos está justificado porque en los onerosos existe una contraprestación que ingresa en el patrimonio, lo que, por definición, no es posible en los gratuitos.

El acto a título gratuito de un cónyuge sin consentimiento del otro está viciado de nulidad radical lo que imposibilita la actuación judicial supletoria. Según gran parte de nuestra doctrina tampoco será posible su confirmación o ratificación por el otro cónyuge. ¿Es, pues, necesario que ese consentimiento sea coetáneo? Es evidente que, mientras no se produzca ese consentimiento del otro cónyuge, estaremos ante un supuesto de nulidad que permite a cualquier interesado (incluso al propio donante) invocarla y que el negocio no puede sanarse por el mero transcurso del tiempo. Pero, no invocada tal nulidad por el donante, hoy que presuponer la subsistencia de su consentimiento y voluntad de donar, por lo que, manifestado, más tarde, por el otro cónyuge su consentimiento favorable a la donación, no encontramos argumentos lógicos que impidan calificar de válida tal donación (aunque evidentemente sin efectos retroactivos respecto a terceros). CAMARA llega a un resul-

tado similar al por nosotros propuesto aplicando, a los artículos 1.322 y 1.378 C.C., la doctrina de la ineficacia de los negocios otorgados por el que no tiene poder de disposición lo que le lleva a proclamar la convalidación de la donación por el consentimiento posterior del otro cónyuge. Análogos resultados predica PRETEL sobre la base de que subsiste la actuación orgánica de cada cónyuge en los actos a título gratuito.

DONACIÓN DE BIENES PRIVATIVOS

Posibilidades de donación que existen en cuanto a ellos:

1.º El propio cónyuge titular del bien privativo lo dona a un hijo, soportando íntegramente en su patrimonio el empobrecimiento que tal donación supone. Es el supuesto normal de donación y ninguna especialidad existe con relación al mismo a los efectos del objeto de esta conferencia.

2.º Posibilidad (y no infrecuente).

Ambos cónyuges, sabedores de que ese es el bien que su hijo necesita, deciden donárselo y convienen en que, aplicando la regla del artículo 1.363, el empobrecimiento derivado de la donación sea a cargo de la sociedad de gananciales.

¿Cómo calificar jurídicamente tal actuación de los cónyuges?

Nuevamente hay que advertir que los cónyuges son libres de utilizar las formas negociales típicas o atípicas que estimen adecuadas, pero voy a hablar aquí de lo que considero el supuesto normal. En el último momento el bien sale del patrimonio ganancial. Y, por tanto, a este último momento le son de aplicación las consideraciones que, para la donación de bienes gananciales, hemos hecho antes, con sus posibles variantes, por pacto expreso entre cónyuges, de ser soportado el empobrecimiento por ambos al cincuenta por cien-

to o en proporción desigual, o en su totalidad por el cónyuge no titular, o de ser soportada al cincuenta por ciento por ambos cónyuges si no hubiese pacto expreso.

No encaja aquí la posibilidad de pacto que implicare el que el empobrecimiento sea soportado por el propio cónyuge titular del bien, pues estaríamos ante el supuesto de donación por este de un bien privativo suyo, al que antes hemos aludido como una donación sin especialidad a los efectos de esta conferencia.

Al ser igual ese momento final al examinado respecto a los bienes gananciales no cansaré a ustedes con una repetición de lo antes dicho. Sólo recordar que hay una liquidación parcial anticipada de la sociedad de gananciales a tener en cuenta en el momento de la liquidación definitiva de tal sociedad y que esa liquidación es simultánea a la donación, al modo de un negocio complejo. Pero ¿cómo puede ser que el empobrecimiento sea soportado como si se tratase de un bien ganancial, si el bien es privativo? La explicación es de lo más fácil, el cónyuge titular del bien, previamente a la donación, lo ha aportado al patrimonio ganancial. Estamos ante el supuesto contemplado por el artículo 1.364 C.C., con arreglo al cual el cónyuge aportante adquiere a su favor, a cambio del bien, un crédito de valor del que debe ser reintegrado en el momento de la liquidación definitiva de la sociedad de gananciales.

El esquema, pues, de estas donaciones sería el siguiente:

- Aportación a la sociedad de gananciales.
- Liquidación parcial anticipada de dicha sociedad.
- Donación.

Y todo ello en la forma antes expuesta de negocio complejo.

Antes de acabar el aspecto civil de

mi disertación quiero insistir en la conveniencia de que la totalidad de las fases o negocios integrantes de tal negocio complejo se recojan expresamente, aunque sea abreviadamente, en el documento en que se formaliza la donación. Lo contrario lleva a la necesidad de interpretar el negocio, y ello disminuye evidentemente la claridad tanto de su soporte documental como del propio negocio en sí.

RÉGIMEN FISCAL. IMPUESTO SOBRE DONACIONES

¿Cómo repercute este impuesto que, en palabras de la Exposición de Motivos de la Ley 29/1987, reguladora del mismo, cierra el marco de la imposición directa con el carácter de complementario del Impuesto sobre la Renta de las personas físicas?. No vamos a hacer aquí, no habría tiempo, un estudio exhaustivo del Impuesto sobre Donaciones. Su consideración la vamos a limitar a lo que ha sido objeto de esta conferencia.

Con brevedad recordaremos que este Impuesto directo grava los incrementos patrimoniales obtenidos, a título gratuito, por personas físicas. Por tanto, entre otros, los derivados de los actos a título gratuito que los padres realicen a favor de sus hijos.

¿Cómo se comporta nuestro legislador fiscal con las donaciones o actos a título gratuito que los padres realicen a favor de sus hijos? ¿Tiene en cuenta esa conveniencia para la sociedad en general de tales donaciones de la que hablamos al principio de esta conferencia?

Entendemos que no. De entrada, las donaciones intervivos quedan en peor condición que las transmisiones hereditarias. A estas aplica la Ley una reducción de la base imponible, en su artículo 20.1, Grupo I y II (aplicable a los descendientes), que la propia Ley no entiende aplicable a las donaciones.

¿Por qué este trato discriminatorio? Pensemos que, por los motivos familiares que sean, los padres deciden, vía donación, entregar a un hijo la totalidad de la futura herencia de éste (ejemplo frecuente es el de proporcionarle, o al menos facilitarle, una vivienda digna al hijo que va a contraer matrimonio). ¿Por qué este hijo sufre un peor trato fiscal que si su incremento patrimonial fuese a título hereditario? La injusticia en el tratamiento es evidente y claramente indicadora de que nuestro legislador no ha tenido en cuenta la conveniencia social de las donaciones inter vivos.

Pero este trato injusto para las donaciones que contemplamos en esta conferencia llega al paroxismo en el Reglamento del Impuesto, el cual contiene un artículo para mí asombroso. El Artículo 38 del dicho Reglamento dice: "Donación de bienes comunes de la sociedad conyugal.- En la donación por ambos cónyuges de bienes o derechos comunes de la sociedad conyugal se entenderá que existe una sola donación".

Este artículo recuerda la imagen clásica del elefante desatado que entra en una tienda de porcelana fina. La tienda, en nuestro caso, sería el fino entramado de nuestro ordenamiento jurídico sobre la sociedad de gananciales y las donaciones de los cónyuges a los hijos que creo ha quedado perfilado en esta conferencia. El elefante nuestro Ministerio de Economía y Hacienda que, desatado por su preocupación recaudatoria, va en contra del resto de nuestro ordenamiento y, de paso, se crea asimismo problemas técnicos insolubles.

El artículo 38 del Reglamento no hace sino recoger la doctrina establecida por el T.E.A.C., desde sus resoluciones de 27 de Febrero y 16 de Octubre de 1964, sostenida por dicho tribunal hasta el día de hoy (al afirmar que "hay una sola donación conjunta; al modo como donaría cualquier sociedad; en este caso una sociedad conyugal" (S. de 7-10-92) o que "al no ser la sociedad de

gananciales una comunidad por cuotas, sino una comunidad en mano común, sin división ideal en cuotas, la donación que hagan los cónyuges de un bien ganancial debe reputarse como una sola donación de la totalidad del bien realizada por la sociedad ganancial. (S. de 2-12-92).

El desajuste de esta doctrina con nuestro ordenamiento jurídico es insostenible. Tal doctrina sentada por el T.E.A.C. en el año 1964 es incompatible con la actual redacción del Código Civil, y la interpretación de nuestra mejor doctrina, tras la reforma de 1981. Aunque no lo diga expresamente el T.E.A.C. trata a la sociedad de gananciales como un ente dotado de personalidad jurídica que viese disminuido su patrimonio en la misma medida que se enriquece el del donatario. Ello es un absurdo. El empobrecimiento es sufrido por cada cónyuge en la proporción que haya sido fijado por ambos y aceptado por el donatario. Y este criterio de atribución de personalidad societaria al patrimonio ganancial, es contraria al de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio que en su artículo 7, tras declarar de "aplicación de normas sobre titularidad jurídica de los bienes y derechos contenidas en las disposiciones reguladoras del régimen económico del matrimonio, así como en los preceptos de la legislación civil aplicables en cada caso a las relaciones patrimoniales entre los miembros de la familia", contiene la siguiente clarísima regla: "La titularidad de los bienes y derechos que, conforme a las disposiciones o pactos reguladores del correspondiente régimen económico matrimonial, sean comunes a ambos cónyuges, se atribuirá por mitad a cada uno de ellos, salvo que se justifique otra cuota de participación". Precepto tan claro excusa de todo comentario. El artículo 38 del Reglamento del Impuesto sobre Donaciones es contrario, pues, a esa norma de rango legal.

Además, el artículo 38 del Reglamento del Impuesto sobre Donaciones introduce un desigual trato entre

los hijos donatarios, sujetos pasivos del Impuesto; según que el régimen económico del matrimonio de sus padres sea el ganancial o el de separación de bienes. ¿Qué puede justificar tal trato discriminatorio, salvo un deseo de mayor recaudación totalmente injustificable?. O sea, el repetido artículo 38 es contrario al principio de igualdad ante la Ley y no discriminación del artículo 14 de nuestra Constitución.

Pero es que, además, ese deseo de obtener una mayor progresividad que late en el artículo 38 del Reglamento, plantea una serie de problemas técnicos al contacto con otras instituciones que pasamos a considerar:

1.º) Acumulación de donaciones.

¿Cómo acumular esa única donación a otras donaciones de bienes privativos del marido o mujer realizadas al mismo hijo dentro del plazo de tres años que marca el artículo 30 de la Ley del Impuesto sobre Donaciones?

El redactor del Reglamento para resolver tal escollo redacta el artículo 60.4: "Si la donación o donaciones anteriores se hubiesen realizado por ambos cónyuges de bienes comunes de la sociedad conyugal y la nueva la realizare uno solo de ellos de sus bienes privativos, la acumulación afectará sólo a la parte proporcional del valor de la donación anterior imputable al cónyuge nuevamente donante". Es decir, que, para poder acumular, que sí que beneficia la progresividad y la recaudación, sí que acepta el Reglamento que hay que imputar el valor de la donación anterior a cada cónyuge. Más claro, nada de imputaciones de valor a efectos del artículo 38, sí a efectos de la acumulación del artículo 60, pues, si no, no se podría aplicar la regla de la acumulación.

El artículo 38 del Reglamento sienta, pues, un criterio totalmente opuesto al del artículo 60, que es la correcta. El recaudador fiscal quiere estar a las maduras, pero no a las duras.

Y ese mismo criterio diferente lo vuelve a repetir, al regular la acumulación de donaciones a la herencia del donante, en el artículo 61.4 que afirma: "...4. Si la donación o donaciones anteriores se hubieren realizado por ambos cónyuges de bienes comunes de la sociedad conyugal la acumulación afectará sólo a la parte proporcional de su valor imputable al causante". Luego hay un valor imputable al causante, más claramente un empobrecimiento personal en el momento de la donación.

2.º) Que el parentesco del donatario sea distinto con cada uno de los cónyuges donantes ¿Cómo aplicar entonces el coeficiente multiplicador del artículo 22 de la Ley del Impuesto?. El artículo 44.5 del Reglamento determina a tal fin: "...5.- Cuando el donatario de bienes comunes de la sociedad conyugal, por su parentesco con cada uno de los cónyuges donantes, esté incluido en más de un Grupo de los que figuran en el artículo 42 de este Reglamento, la cuota tributaria se obtendrá sumando las cantidades que resulten de aplicar la parte de cuota íntegra que corresponda al valor donado por cada cónyuge el respectivo coeficiente multiplicador". Quiero destacar que el precepto reconoce que hay "un valor donado por cada cónyuge", con lo que el redactor del Reglamento sostiene ahora un criterio diferente al del artículo 38. Por otra parte matemáticamente, para una donación de bienes gananciales imputable al 50 por ciento para ambos cónyuges, el 44.5 del Reglamento supone aplicar la siguiente fórmula: La cuota íntegra, resultante de tomar como base el total valor del bien ganancial, se divide por dos y a cada mitad de cuota se aplicaría el correspondiente coeficiente multiplicador; ¿Qué complicaciones se crea el legislador fiscal como consecuencia de lo absurdo del criterio del artículo 38 del Reglamento!

3.º) En la donación simultánea de bienes gananciales y privativos de padre consanguíneo y madre por afinidad, o a la inversa ¿qué ocurre?. Parece que el liquidador tendrá que girar cuatro liquidaciones diferentes: Una para los

bienes privativos donados por el marido, otra para los de la mujer, otra para la parte de cuota íntegra que correspondería al valor donado por el padre (artículo 60.4) a efectos de la aplicación, a dicha parte, del coeficiente multiplicador del artículo 22 de la Ley y otra en análogos términos por la parte proporcional de cuota íntegra correspondiente a la madre por afinidad.

¿Será aplicable la regla que, para la acumulación de donaciones, establece el artículo 60.4? Parece lo lógico que sí y ello nos llevaría a simplificar el esquema liquidatorio en dos liquidaciones sólo, pero, a cambio, forzosamente habría que abandonar lo dispuesto por el artículo 38 del Reglamento y aplicar el criterio del 60.4 del mismo Reglamento, pues no puede aplicarse en la misma liquidación dos principios contradictorios entre sí.

Y 4.º) Por último nada digamos si se plantean supuestos de reducción de la donación por inoficiosidad, revocación por supervivencia o por ingratitud, colación a efectos hereditarios, o de donaciones con reserva de facultad de disponer y ejercicio de tal facultad reservada por el donante, ¿cómo afrontar estos supuestos a efectos fiscales con el criterio del artículo artículo 38 del Reglamento en caso de donación de bienes gananciales?

Tenemos, pues, una norma reglamentaria, el artículo 38 del Reglamento del Impuesto de Donaciones, que:

a) Contradice la prohibición de discriminación del artículo 14 de la Constitución.

b) Que es contrario a lo dispuesto por el artículo 7 de la Ley del Patrimonio.

c) Que es contradictorio con lo que el propio Reglamento establece en sus artículos 60.4 y 61.4.

d) Que conduce a todos los problemas antes enunciados.

e) Y sobre todo, a nuestro juicio, que, es contrario al principio constitucional de legalidad o reserva de Ley en materia fiscal que formulado por el artículo 31 de nuestra Constitución es concretado por el artículo 10 de la L.G.T. que, a nuestros efectos, dice: "Se regularán, en todo caso, por Ley: a)... La determinación de... la base... y de todos los demás elementos directamente determinantes de la cuantía de la deuda tributaria...".

Y el artículo 38 del Reglamento del Impuesto de Donaciones regula claramente la base imponible de las donaciones de bienes comunes de la sociedad conyugal.

¿Qué calificativo merece pues tal precepto reglamentario? En cuanto opuesto a la Constitución es inaplicable, en cuanto contrario al Código Civil, a la Ley del Patrimonio, y sobre todo a la Ley General Tributaria, es radicalmente nulo y además es incompatible con otros preceptos reglamentarios. Y al ser un precepto nulo los particulares pueden impugnar los actos concretos de aplicación de dicho precepto reglamentario, en nuestro caso las liquidaciones que se giren en base al mismo, a partir del momento de su notificación, tanto por la vía económico-administrativa, como ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa.

La correcta interpretación, tanto a efectos civiles como fiscales, creo haberlo demostrado es que existe entre los cónyuges un pacto previo a la donación que determina el empobrecimiento patrimonial de cada uno y que, cuando se trata de bienes gananciales, implica una previa liquidación parcial y anticipada que impide la aplicación de la interpretación legal del artículo 38. A efectos prácticos y para que la interpretación del artículo 38 claramente no sea aplicable, creo prudente recoger expresamente, en la donación por los padres a sus hijos, esos pactos a los que hemos aludido en esta conferencia. Así no habría duda alguna de esa previa liquidación parcial

de la sociedad de gananciales que impide, a nuestro juicio, la aplicación del criterio interpretativo sentado por el artículo 38 del Reglamento del Impuesto sobre Donaciones y nuestro T.E.A.C.

Hasta aquí hemos examinado el aspecto fiscal más importante de ese negocio complejo que la donación a hijos supone, esto es, el gravamen fiscal correspondiente al incremento patrimonial obtenido a título gratuito por el hijo. Nos quedan por considerar fiscalmente los otros dos negocios conexados y previos al acto a título gratuito dentro de ese complejo negocio. Es decir:

1.- Esa liquidación parcial y anticipada de gananciales. Tal liquidación, como se deduce de lo ya dicho en esta conferencia, no supone una auténtica transmisión a cada cónyuge de una mitad indivisa (o en la porción pactada) del dominio del bien donado. Es más bien una operación liquidatoria que imputa el empobrecimiento a cada cónyuge en el tanto por ciento por ellos acordado, y aceptado por el hijo. Empobrecimiento que supone un llevar de menos en el momento de la liquidación definitiva de la sociedad de gananciales. En tal sentido creemos que es acto no sujeto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, al no haber transmisión

de bienes, faltando en consecuencia el hecho imponible de este impuesto y, por la misma razón de no existir transmisión, en caso de formalizarse en escritura pública y referirse a bienes inmuebles, no origina un título inscribible en el Registro de la Propiedad (lo que se inscribirá será la donación, pero no la liquidación previa), por lo que tampoco será acto sujeto al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

Si se estimase que tal liquidación tiene efectos transmisivos a cada cónyuge, previos a la donación, estaríamos, a mi juicio, en el supuesto de exención que establece el artículo 45 I.B.3 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones.

2.- La aportación previa que, dentro del total negocio complejo, realiza el cónyuge titular del bien donado desde su patrimonio privativo al ganancial para que sea soportado dentro del régimen de gananciales en cualquiera de las variantes apuntadas en esta conferencia. Tal aportación, que hace nacer un derecho de crédito a favor del cónyuge aportante, está exenta del Impuesto de Transmisiones conforme al ya citado artículo 45. I.B.3 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones.