

TRIBUTACIÓN	NOVEDADES EN EL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO, IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES E IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS PARA 2003	Núm. 10/2003
--------------------	---	-------------------------

FRANCISCO DE ASÍS POZUELO ANTONI

Inspector de Hacienda del Estado

Extracto:

EN el presente trabajo se tratan las novedades para 2003 en los principales impuestos cedidos a las Comunidades Autónomas, circunscribiéndose a las modificaciones contenidas en leyes estatales y, fundamentalmente, en la Ley 46/2002, de 19 de diciembre, *de reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y por la que se modifican las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes*, la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, *de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo*, Ley 51/2002, de 27 de diciembre, *de reforma de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales*, Ley 52/2002, de 30 de diciembre, *de Presupuestos Generales del Estado para el año 2003* y la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, *de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*, en lo que concierne al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados e Impuesto sobre el Patrimonio.

Sumario:

Introducción.

I. Impuesto sobre el Patrimonio.

- A) Modificación de la exención de determinadas participaciones (disposición adicional undécima Ley 51/2002).
- B) Modificación del límite de la cuota íntegra del Impuesto sobre el Patrimonio (disposición final cuarta Ley 46/2002).
- C) Modificación de la bonificación de la cuota en Ceuta y Melilla (art. 2 Ley 53/2002).

II. Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (art. 3 Ley 53/2002).

- A) Nueva bonificación de la cuota en Ceuta y Melilla.
- B) Prescripción de los documentos autorizados por funcionarios extranjeros.
- C) Reglas de liquidación de la adquisición de la nuda propiedad y la extinción del usufructo.
- D) Modificación de los supuestos que dan derecho a la reducción del 95 por 100 en la adquisición sucesoria de una empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades.
- E) Modificación de las reglas de acumulación de donaciones.
- F) Eliminación de determinados justificantes.

III. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

- 1. Exención en la liquidación de sociedades transparentes [letra a) del apartado 2 de la disposición transitoria segunda Ley 46/2002].
- 2. Nueva formulación de determinadas exenciones (disposición adicional tercera Ley 49/2002).
- 3. Supresión de la exención en operaciones societarias de las aportaciones no dinerarias (art. sexagesimonoveno de la Ley 46/2002 que modifica el apartado 2 de la disposición adicional octava LIS y apartado 6 del art. 1 Ley 53/2002 que modifica ese mismo apartado 2).
- 4. En el artículo 61 de la Ley 52/2002 se actualiza la escala de las tarifas por transmisión y rehabilitación de Grandezas y Títulos nobiliarios con efectos desde 1 de enero del año 2003.
- 5. Precisión de la base imponible en los derechos reales de garantía y en las escrituras que documenten préstamos con garantía (art. 5.Uno Ley 53/2002).
- 6. Incorporación del Registro de Bienes Muebles al concepto AJD (art. 5.Dos Ley 53/2002).
- 7. Prescripción de documentos extranjeros (art. 50.Tres Ley 53/2002).
- 8. Regulación de la figura de representante de los no residentes (art. 5.Cuatro Ley 53/2002).
- 9. Bonificación de la cuota en Ceuta y Melilla (art. 5.Cinco Ley 53/2002).
- 10. No tributación del cambio de valor de las acciones (disposición derogatoria única Ley 53/2002).

INTRODUCCIÓN

Ya desde hace unos años, la primera precaución que ha de tenerse cuando se estudian las novedades fiscales sobre impuestos cedidos a las Comunidades Autónomas de régimen común (en adelante CCAA), es la de distinguir aquellas que, establecidas por el Estado, tienen aplicación general, de aquellas otras que puedan haber introducido los respectivos parlamentos autonómicos para el concreto ámbito tributario que los distintos puntos de conexión diseñen.

La ampliación de la capacidad normativa de las CCAA, sumada a la responsabilidad y conocimiento que implica la gestión de este tipo de impuestos, hace que las principales modificaciones legislativas no siempre se encuentren en las leyes estatales sino en las propias de cada Comunidad Autónoma. Para el año 2003 valga como ejemplo la medida que, para Cantabria, supone la práctica eliminación del impuesto sucesorio en las herencias de padres a hijos.

Sin embargo, el objeto de este trabajo se circunscribe a las modificaciones contenidas en leyes estatales, y fundamentalmente en la Ley 46/2002, de 19 de diciembre, *de reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y por la que se modifican las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes*, la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, *de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo*, Ley 51/2002, de 27 de diciembre, *de reforma de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales*, Ley 52/2002, de 30 de diciembre de *Presupuestos Generales del Estado para el año 2003* y la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, *de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*, en lo que concierne al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (en adelante ISD), Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante ITP y AJD) e Impuesto sobre el Patrimonio (en adelante IP).

Y dentro de este marco normativo nos centraremos, como es obvio, en aquellas medidas establecidas de modo expreso. Pero con ello no olvidamos que buena parte de la modificación de la praxis fiscal puede venir de cambios en los presupuestos fácticos de aplicación de un impuesto, o de los establecidos para otros tributos. Sirven de ejemplo la posible influencia en el ISD de la creación de

los planes de previsión asegurados (atrayendo hacia el IRPF lo que de otro modo podría haber sido un seguro de vida o colectivo sujeto al ISD) o el establecimiento de un favorable y accesible régimen de fundaciones como alternativa para la ordenación del propio patrimonio tras el fallecimiento.

Las modificaciones se irán estudiando impuesto por impuesto, y dentro de cada uno, se estructuran según la ley que las incorpora.

I. IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO

A) Modificación de la exención de determinadas participaciones (disposición adicional undécima Ley 51/2002).

Con efectos desde el 1 de enero de 2003 se modifica el apartado dos del artículo 4.octavo de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, que quedará redactado en los siguientes términos:

«Dos. Las participaciones en entidades, con o sin cotización en mercados organizados, siempre que concurran las condiciones siguientes:

- a) Que la entidad no tenga por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. Se entenderá que una entidad no gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario y que, por lo tanto, realiza una actividad empresarial cuando, por aplicación de lo establecido en el artículo 75 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, dicha entidad no reúna las condiciones para considerar que más de la mitad de su activo está constituido por valores o es de mera tenencia de bienes.*
- b) Que, cuando la entidad revista la forma societaria, no concurran los supuestos establecidos en el artículo 75 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.*
- c) Que la participación del sujeto pasivo en el capital de la entidad sea al menos del 5 por 100, computado de forma individual, o del 20 por 100 conjuntamente con su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción.*

(...)»

Dos cambios con distinta justificación se incorporan en el precepto.

La letra b) en su redacción anterior, con la excepción de las sociedades de profesionales, prohibía la exención cuando la entidad estuviera en transparencia fiscal. Ahora se adapta a la supresión de este régimen y a la implantación del régimen de sociedades patrimoniales. Lo que ocurre es que, como en la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante LIS) se ha aprovechado el artículo 75 (antes regulador de los supuestos de transparencia fiscal) para definir los supuestos de sociedades patrimoniales, la mera lectura del precepto no evidencia el cambio.

De hecho, formalmente el cambio ha sido la supresión de la mención de la letra b) del artículo 75.1 LIS, con la que se permitía la exención en los supuestos de transparencia fiscal de sociedades de profesionales. Como tal tipo de sociedades no constituye un supuesto de sociedad patrimonial, la salvedad que debía hacerse con el régimen anterior del Impuesto sobre Sociedades ahora es irrelevante.

Por tanto, y si consideramos las sociedades patrimoniales como las «sucesoras» de determinadas sociedades transparentes, no ha habido cambio sustancial en la exención. Tan es así, que la dificultad para distinguir la prohibición contenida en la letra b) de la contenida en la letra a) sigue existiendo en sus mismos términos ¹.

El otro cambio, más trascendente, es la rebaja del porcentaje de participación necesario para ganar la exención. Cuando ese cómputo se haga de modo individual, bastará un 5 por 100 de participación (frente al 15% anterior).

La modificación sugiere varias reflexiones. La primera ha de hacerse desde la contemplación del sentido de la exención. Supuestamente esta exención trata de favorecer a la empresa familiar. Y fiscalmente, a falta de otro concepto tipificado, por tal se entiende aquella en la que la participación de un socio, que además ejerza labores de dirección, supere determinado porcentaje. Si ese porcentaje se cifra ahora en un 5 por 100, rara será la empresa que no pueda calificarse como familiar respecto de alguno de sus socios.

En esa misma línea puede apuntarse que, con la disminución del porcentaje, es más factible que participaciones en entidades negociadas en mercados secundarios ganen la exención. En efecto, si disponer de un 15 por 100 del capital de sociedades con cotización oficial no es habitual, algo más lo es el alcanzar un 5 por 100. Y cuantas más sociedades bursátiles permitan la exención, más parece alejarse ésta de su genuino sentido.

Como última reflexión desde la finalidad de la norma, hay que reparar en que con esta rebaja se está atribuyendo la exención a quien en determinadas sociedades tenga un mero papel directivo, siempre que además tenga una participación en el capital (que incluso puede haberse adquirido como fórmula de retribución). Pero no parece que estos casos estén en la base de la exención ni en los postulados de la Unión Europea en los que originariamente se asentó el beneficio.

Desde otra perspectiva es cierto que, con la disminución de exigencia, se adapta la exención a lo que en determinadas CCAA se consideraba porcentaje válido para acceder a la reducción en el ISD. De hecho, con esta reforma, parece perfilarse como porcentaje de referencia en el ámbito de la

fiscalidad patrimonial el 5 por 100, ya relevante para la definición de sociedad de cartera (y con más precisión para la consideración como bien afecto de determinados valores a la hora de considerar una sociedad como transparente o patrimonial) o de aportación no dineraria fiscalmente protegida (art. 108 LIS).

La medición de la incidencia práctica de la norma debería hacerse, en todo caso, teniendo presente que, con el régimen anterior, quien tenía un 5 por 100 de participación en una entidad podía ganar la exención mediante el fácil expediente de interponer entre él y tal sociedad otra entidad.

B) Modificación del límite de la cuota íntegra del Impuesto sobre el Patrimonio (disposición final cuarta Ley 46/2002).

«Se modifica el artículo 31 (límite de la cuota íntegra) de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, que tendrá la siguiente redacción:

1. La cuota íntegra de este Impuesto, conjuntamente con la porción de la cuota correspondiente a la parte general de la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, no podrá exceder, para los sujetos pasivos sometidos al impuesto por obligación personal, del 60 por 100 de la parte general de la base imponible de este último.

A estos efectos:

- a) No se tendrá en cuenta la parte del Impuesto sobre el Patrimonio que corresponda a elementos patrimoniales que, por su naturaleza o destino, no sean susceptibles de producir los rendimientos gravados por la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.*
- b) Se sumará a la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas el importe de los dividendos y participaciones en beneficios a los que se refiere el artículo 76.1.a de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.*
- c) En el supuesto de que la suma de ambas cuotas supere el límite anterior, se reducirá la cuota del Impuesto sobre el Patrimonio hasta alcanzar el límite indicado, sin que la reducción pueda exceder del 80 por 100. (...)»*

El artículo 31 LIP, para evitar la posible confiscatoriedad de la imposición directa anual, establece un límite (calculado sobre la base imponible del IRPF) de lo que se puede pagar por IRPF e IP.

Los cambios producidos en el precepto, de gran importancia, afectan tanto a la propia definición del límite como a la porción de cuota del IRPF que hay que considerar.

1) Definición del límite. Varios cambios pueden apuntarse sobre este extremo:

- El límite pasa a ser del 60 por 100 en lugar del 70 por 100 anterior. Con ello se ayuda a disminuir la persistente crítica del carácter confiscatorio de esta acumulación de impuestos. Aunque es fácil pronosticar que con el cambio no se logrará zanjar definitivamente el debate.
- La cifra sobre la que se aplica el 60 por 100 es la suma de la parte general de la base imponible del IRPF más el importe de dividendos y participaciones en beneficios referidos en el artículo 76 LIS. Este segundo sumando resulta de la letra b) del artículo 31.1.
- En la misma línea de beneficio fiscal que representa la disminución al 60 por 100, juega el que ese nuevo porcentaje se aplique sobre la parte general de la base imponible y no (como hasta ahora) sobre la totalidad de tal magnitud.
- Pero en sentido contrario tira la disposición establecida para los dividendos de las sociedades patrimoniales.

En efecto, en las condiciones establecidas en el artículo 76 LIS, los dividendos y participaciones distribuidos por sociedades patrimoniales no se integran en la renta del período impositivo del IRPF correspondiente al socio. De no existir en el IP la norma que ahora se analizará, resultaría que los beneficios y plusvalías obtenidos por las sociedades patrimoniales, no sólo no se imputarían a los socios ni tributarían cuando se repartieran como dividendos, sino que, al no constituir base imponible del IRPF, el límite que se aplicaría por la tributación conjunta IRPF-IP a las personas físicas socios de este tipo de entidades sería menor.

Para evitar tal situación (que haría de peor condición tributaria al socio de una entidad de régimen general comparado con el de una patrimonial), se ordena sumar a la base imponible del IRPF (a resaltar que la letra b del 31.1 no dice a «la parte general de la base imponible») el importe de los citados dividendos.

A pesar de que el segundo sumando se defina en el 31.1.b) como «base imponible» del IRPF, habrá que entender que los dividendos se añaden a la parte general de tal magnitud (que es la otra cifra sobre la que gira el 60 por 100 según el primer inciso de este artículo) y no a toda ella. Entendemos que esta falta de sintonía entre distintos párrafos de un mismo artículo es una contradicción menor –que habrá que atribuir a los vaivenes legislativos del precepto– subsanable con la visión conjunta y sistemática del precepto.

- También conviene plantearse la relación de esta nueva norma (que «convierte» en renta a efectos del IP lo que no lo es a efectos del IRPF) con la establecida en la letra a) de este mismo apartado 1 del artículo 31. Esta letra a), que es la norma para excluir del límite a la parte de cuota del IP correspondiente a los bienes «improductivos» (los no susceptibles de generar rentas en el IRPF), no se ha alterado. ¿Debe entenderse que, a estos efectos, las acciones o participaciones de entidades patrimoniales son susceptibles de producir rendimientos gravados por la LIRPF?

A favor de considerar que sí son susceptibles de generarlos, y que por ello la parte de cuota del IP que les correspondiera no se excluiría del límite, hay que señalar que producen rendimientos (los dividendos) sujetos con carácter general al IRPF. Y como argumento auxiliar estaría el que, a efectos del límite de tributación conjunta, se equiparan a renta gravada.

En sentido contrario el argumento central es el que tales dividendos no tributan de modo efectivo en el IRPF. Y lo que en el 31.1.a) ventila la exclusión es que no se puedan producir rendimientos «gravados».

En esta disyuntiva quizás la clave esté en un inciso legal en el que hasta ahora no se ha insistido. Conforme al mismo, la imposibilidad de producir rendimientos gravados debe derivar de la «naturaleza o destino» de los elementos patrimoniales. Si entendemos que tanto la naturaleza como el destino de unas acciones son idóneos para generar rendimientos gravados en el IRPF, y que la no sujeción (la LIS habla de «no integración») en el IRPF deriva exclusivamente de su peculiar y favorable régimen fiscal, habrá que concluir en que las acciones de sociedades patrimoniales son bienes cuya parte de cuota en el IP no queda excluida a efectos del límite.

2) Definición de cuota del IRPF que se tiene en consideración: hasta esta modificación, lo que se sumaba a la cuota del IP era la cuota íntegra del IRPF. En consonancia con el cambio ya citado de calcular el 60 por 100 sobre la parte general de la base imponible, la cuota del IRPF que se tiene en cuenta es la «correspondiente» a esa misma magnitud. A pesar de que la nueva redacción pudiera ser menos precisa que la anterior, no parece haber duda –por antecedentes históricos y por homogeneidad– de que la porción de cuota del IRPF que hay que considerar es la correspondiente a la íntegra.

Ahora bien, sentado que no hay un concepto único de cuota íntegra en el IRPF, a la vista de que en este impuesto hay cuota estatal y autonómica, que ambas comprenden una escala y un tipo especial, y que la escala se aplica sobre la base liquidable y no sobre la base imponible, quedan por precisar varias cuestiones:

- Parece indiscutible que por cuota íntegra hay que entender la suma de la estatal y de la autonómica.
- Por cuota íntegra (estatal más autonómica) correspondiente a la parte general de la base imponible hay que entender la que se derive de aplicar las respectivas escalas (arts. 50 y 61). Queda fuera, por tanto, la parte especial de la base imponible.
- Finalmente hay que decidir si la magnitud sobre la que hay que aplicar la escala correspondiente es la parte general de la base imponible (como literalmente dice la nueva norma) o la base liquidable general (como se desprende del sistema liquidatorio del IRPF). Al hilo del sentido de la norma (establecer un límite a la tributación conjunta y real de dos impuestos), entendemos que la cuota a considerar es la que realmente se haya satisfecho conforme a la escala (es decir, la correspondiente a la base liquidable). Además, con esta inter-

pretación (que tiene la ventaja añadida de su sencilla aplicación y el evitar una liquidación ficticia) no se violenta la literalidad de la ley, pues el modo en el que realmente se calcula la cuota derivada de la parte general de la base imponible exige la conversión de ésta en base liquidable. Es decir, que a pesar de la redacción, lo que se toma en consideración es la cuota íntegra derivada de la base liquidable general. Entendemos que tal conclusión no es contradictoria con que el límite del 60 por 100 se calcule, conforme a lo que venía siendo habitual, sobre la base imponible y no sobre la base liquidable.

C) Modificación de la bonificación de la cuota en Ceuta y Melilla (art. 2 Ley 53/2002).

Para los bienes situados en Ceuta o Melilla ha sido tradicional en el Impuesto (art. 33 LIP) la aplicación de una bonificación de la cuota correspondiente a tales bienes. El beneficio hasta 1 de enero de 2003 era del 50 por 100 mientras que a partir de esa fecha se eleva al 75 por 100.

II. IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES (ART. 3 LEY 53/2002)

A) Nueva bonificación de la cuota en Ceuta y Melilla.

Al igual que en el IP y en el ITP y AJD se refuerza el mejor trato fiscal en esas Ciudades Autónomas con una bonificación en el ISD del 50 por 100. La bonificación abarca los tres conceptos impositivos del tributo, pero se estructura en distintos apartados para recoger adecuadamente el juego de los correspondientes puntos de conexión.

A destacar que, a pesar de la mención final del apartado 4, la bonificación en las adquisiciones sucesorias y seguros de vida precisa, según el apartado 1, la residencia habitual del causante en tales Ciudades, tanto a fecha de devengo (y eso es lo que determinará el sujeto acreedor de la obligación tributaria), como en los cinco años anteriores.

Una norma de parecido corte –con la que habrá que buscar la compatibilidad– es el artículo 24.5 de la Ley 21/2001, que elige la aplicación de la ley fiscal sucesoria (no sólo los beneficios fiscales) en función de la Comunidad Autónoma en que se hubiera residido durante los últimos cinco años anteriores al devengo del impuesto.

B) Prescripción de los documentos autorizados por funcionarios extranjeros.

El nuevo artículo 25 LISD queda redactado en los siguientes términos:

«1. La prescripción se aplicará de acuerdo con lo previsto en los artículos 64 y siguientes de la Ley General Tributaria.

2. En el supuesto de escrituras autorizadas por funcionarios extranjeros, el plazo de prescripción se computará desde la fecha de su presentación ante cualquier Administración española, salvo que un Tratado, Convenio o Acuerdo Internacional, suscrito por España, fije otra fecha para el inicio de dicho plazo.»

Lo novedoso es el segundo apartado, pero como en el ITP y AJD existe la misma modificación, y es en este impuesto donde puede tener más importancia, aplazamos al análisis de tal tributo el comentario de la reforma.

C) Reglas de liquidación de la adquisición de la nuda propiedad y la extinción del usufructo ².

Se ha añadido un párrafo en la letra a) del artículo 26 LISD del siguiente tenor:

«Al adquirir la nuda propiedad se efectuará la liquidación teniendo en cuenta el valor correspondiente a aquélla, minorado, en su caso, por el importe de todas las reducciones a que tenga derecho el contribuyente y con aplicación del tipo medio efectivo de gravamen correspondiente al valor íntegro de los bienes.»

Por su parte, en la letra c) se añade un último inciso:

«c) En la extinción del usufructo se exigirá el impuesto según el título de constitución, aplicando el tipo medio efectivo de gravamen correspondiente a la desmembración del dominio.»

Para comentar la modificación del artículo 26 debe tenerse presente que uno de los esquemas más habituales de adquisición *mortis causa* es el adquirir en primer lugar la nuda propiedad y, fallecido el usufructuario, consolidar posteriormente la plena propiedad.

También conviene tener presente que la incorporación de nuevos beneficios fiscales en los últimos años (en forma de reducciones de la base imponible y especialmente las de empresas y vivienda habitual), había dejado desfasada la regulación fiscal del desmembramiento y consolidación cuando hay un usufructo adquirido *mortis causa* (tal regulación está en el art. 51 RISD).

El párrafo que se añade al final de la letra a) del artículo 26 de la ley tiene –respecto de este tipo de adquisiciones– dos consecuencias fundamentales:

Primero, contribuir a un mejor respeto del principio de legalidad, al recoger en norma con tal rango y valor lo que hasta ahora se dictaba reglamentariamente.

Después, y más trascendente, el adecuar la tributación de la adquisición de la nuda propiedad (la que identificábamos antes como primera parte del esquema sucesorio más habitual) a la existencia de reducciones de la base imponible distintas de las de parentesco.

Siendo beneficiosa esta mayor precisión normativa, tiene, sin embargo, alguna insuficiencia: regula parcialmente la aplicación de las reducciones cuando se adquiere la nuda propiedad y mantiene el vacío normativo cuando se trata de aplicarlas en la consolidación del dominio.

Para justificar adecuadamente la existencia de estas eventuales lagunas, conviene repasar la fiscalidad de la adquisición *mortis causa* de la nuda propiedad y el usufructo.

Cuando se transmite *mortis causa* un bien, atribuyendo separadamente un derecho de nuda propiedad y otro de usufructo, se grava tanto al usufructuario como al nudo propietario. A éste, la liquidación que se le exige, resulta de aplicar al valor de la nuda propiedad el tipo efectivo que corresponda teóricamente a la base liquidable derivada del valor total de los bienes.

Es precisamente esta liquidación la que la nueva redacción de la letra a) del artículo 26 contempla:

- Cuando se adquiere la nuda propiedad, la base liquidable que corresponda incluye la reducción por parentesco y la que pueda proceder por vivienda habitual o por empresa. Esa inclusión ya se venía haciendo, con la justificación *lege lata* en el artículo 20.2.c) LISD, aunque el artículo 51.2 del Reglamento (que es el que contenía las reglas de liquidación) sólo contemplara la reducción por parentesco. Con la modificación del artículo 26 se consagra, en consecuencia, lo que venía siendo práctica habitual y pacífica.
- En ese mismo momento, para calcular el tipo medio efectivo que corresponde al valor íntegro de los bienes, debería precisarse por la ley que se tienen en cuenta todas las reducciones vinculadas a ese valor. Porque, como en el caso anterior, lo que exclusivamente contempla el artículo 51 RISD es la aplicación de las reducciones por parentesco. En la práctica, dado que las reducciones empresariales son posteriores a la publicación del Reglamento, y habida cuenta que es coherente con el sistema de liquidación, se restan también estas reducciones.

Por otro lado, lo que el nuevo artículo 26 tampoco regula es lo que, en nuestra opinión, quizás hubiera merecido atención preferente (por claridad, pero también por contar con el adecuado rango normativo dado el absoluto silencio de la ley): *la consolidación de la plena propiedad*.

Cuando se extinga el usufructo, y lo «reciba» el nudo propietario, pagará (así lo precisa la modificación en la letra c) aplicando sobre el valor del usufructo el tipo efectivo que se calculó en

el momento del desmembramiento. De este modo, y como quiere la norma, lo que satisface el adquirente final del bien es el impuesto correspondiente al valor total de los bienes en el momento del primer fallecimiento, sólo que fraccionado en dos momentos.

La práctica administrativa seguida cuando finalmente hay que tributar por la consolidación del dominio ha sido el minorar la base imponible con las reducciones correspondientes al valor del usufructo.

Este criterio se justificaría en que si lo que la norma diseña para este tipo de adquisiciones es una especie de liquidación global por el valor total de los bienes (aunque escindida en dos momentos), lo propio sería que la reducción empresarial girara tanto sobre el valor de la nuda propiedad como sobre el resto de valor.

Esta manera de proceder tampoco tiene realmente una base normativa. El citado artículo 51.2 RISD lo que prevé es aplicar el resto de reducción (por parentesco) «*que no se hubiese agotado en la liquidación practicada por la adquisición de la nuda propiedad*». Pero en el caso de las reducciones empresariales (o de la vivienda), de tan distinta naturaleza si se compara con las de parentesco, lo que se viene restando en la consolidación no es exactamente una reducción no agotada, lo que se aplica es la reducción que correspondería al valor del usufructo de esos bienes. Y es que el sistema del Reglamento de aplicar en la consolidación las reducciones no agotadas en la adquisición de la nuda propiedad carece de sentido respecto de las reducciones del 95 por 100.

A esta técnica de liquidación en la consolidación, pacífica por lo que tiene de favorable para el contribuyente, es a lo que nos referíamos como de conveniente formulación legal.

D) Modificación de los supuestos que dan derecho a la reducción del 95 por 100 en la adquisición sucesoria de una empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades.

Con efectos desde 1 de enero del año 2003, se introducen las siguientes modificaciones en el primer párrafo de la letra c), del apartado 2 del artículo 20, que quedará redactado de la siguiente forma:

«c) En los casos en los que en la base imponible de una adquisición mortis causa que corresponda a los cónyuges, descendientes o adoptados de la persona fallecida, estuviese incluido el valor de una empresa individual, de un negocio profesional o participaciones en entidades, a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, o el valor de derechos de usufructo sobre los mismos, o de derechos económicos derivados de la extinción de dicho usufructo, siempre que con motivo del fallecimiento se consolidara el pleno dominio en el cónyuge, descendientes o adoptados, o percibieran éstos los derechos debidos a la finalización del usufructo en forma de participaciones en la empresa, negocio o entidad afectada»

tada, para obtener la base liquidable se aplicará en la imponible, con independencia de las reducciones que procedan de acuerdo con arreglo a los apartados anteriores, otra del 95 por 100 del mencionado valor; siempre que la adquisición se mantenga, durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciera el adquirente dentro de ese plazo.»

En esta norma, fundamental en la liquidación del impuesto, se modifica el supuesto de hecho manteniendo en sus mismos términos el régimen jurídico que al mismo se vinculaba.

Dos son las precisiones:

- Donde decía «derechos de usufructo» dice «valor de derechos de usufructo».
- Se establece un nuevo caso generador de beneficio: los derechos económicos derivados de la extinción de un usufructo, siempre que con motivo del fallecimiento se consolidara el pleno dominio en el cónyuge, descendientes o adoptados, o percibieran éstos los derechos debidos a la finalización del usufructo en forma de participaciones en la empresa, negocio o entidad afectada.

1) La sustitución de la expresión «derecho» por «valor del derecho» (de usufructo) aparenta ser una ampliación de este supuesto. En efecto, mientras el sustantivo «derecho» remite necesariamente a la configuración jurídica del correspondiente instituto, la fórmula «valor del derecho» conduce a una acepción más económica, o al menos, más patrimonial. Y en tal acepción cabrá desde lo que jurídicamente sea adquisición de un derecho de usufructo hasta supuestos patrimonialmente equivalentes.

Pero realmente la modificación es poco clara respecto de lo que se ha pretendido. De hecho, y sin perjuicio de desarrollar inmediatamente las distintas alternativas de interpretación que nacen del conocimiento de los trabajos y documentos manejados para elaborar el proyecto de ley, habría un modo distinto de acoger y resumir esta norma. Así, se podría entender que la ley se ha cambiado por una mera cuestión de técnica legislativa. En efecto, al hablar de valor del derecho se pone en consonancia este supuesto con el resto del apartado, que lo que hace es indicar los supuestos privilegiados en función de su inclusión en la base imponible del ISD. Y lo que se incluye en base imponible son valores, no derechos. Sin embargo, lo que pone de manifiesto el manejo de los antecedentes y documentos que acompañaron la tramitación del proyecto de ley es algo más trascendente.

Para ejemplificar el alcance de esta medida ³ conviene distinguir distintas situaciones:

- Caso de que el fallecido tuviera la plena propiedad de bienes que gozaban de la exención en el IP: con independencia de que sus causahabientes adquirieran los bienes en plena propiedad, nuda propiedad o usufructo, todos ellos podrán aplicar la reducción en el ISD. Debe

destacarse que, aunque el usufructo de participaciones no permite la exención en el IP, la adquisición sucesoria de tal tipo de derecho sí está bonificada. La modificación normativa que se comenta no afecta, en consecuencia, a este supuesto.

- Situación distinta a adquirir el usufructo sobre unos bienes que pertenecían en plena propiedad al fallecido, es la que plantea la «herencia» de un usufructo temporal que el causante tuviera sobre bienes empresariales. Aunque civilmente tal tipo de derecho pueda ser objeto de herencia, fiscalmente la reducción en el ISD no será posible. La razón es que al tener el fallecido el derecho de usufructo sobre una empresa o participaciones, la exención en el IP no podría disfrutarse, pues en caso de dominio escindido, este beneficio se reserva exclusivamente para el nudo propietario. Entendemos que este régimen fiscal no cambia con la nueva normativa.
- Una tercera situación es la de consolidación del dominio. Al comentar el artículo 26 se ha reseñado que con su modificación no se legalizaba la práctica que se sigue sobre la aplicación de las reducciones en el momento de la consolidación. ¿Suple esta modificación del artículo 20 tal carencia?

Desde luego, si ésta ha sido la finalidad de la norma, hubiera sido más correcto modificar el artículo 26 LISD o el artículo 51 del Reglamento.

Por otro lado, una de las condiciones para ganar la reducción en el ISD es que exista una adquisición *mortis causa*. ¿Se puede entender que la consolidación del dominio equivale a adquirir «el valor de derechos de usufructo»? Civilmente es complicado argumentar en tal sentido. La consolidación es un efecto de la extinción del usufructo, causada a su vez por la muerte del usufructuario. Lo que el Código Civil liga a la muerte del usufructuario es la extinción del derecho. No una especie de transmisión de ese derecho a quien era nudo propietario. Si por no haber transmisión no hay adquisición del derecho, difícilmente se cumplirá el presupuesto del beneficio fiscal consistente en una «adquisición sucesoria».

Fiscalmente, de manera cónsona con esta visión civilista, la adquisición sucesoria que se contempla es, aunque estructurada en dos liquidaciones distintas, la de la plena propiedad de los bienes. Ni puede entenderse que la consolidación sea un hecho imponible autónomo, ni existe norma alguna que regule la liquidación que procedería en la consolidación cuando la liquidación por la nuda propiedad no se hizo. En el sistema teórico del impuesto tiene muy difícil encaje el entender que la consolidación es una adquisición sucesoria, porque su eventual autonomía queda absorbida en la consideración fiscal de una adquisición mayor como es la de la plena propiedad. Otra cosa es, y se aborda como cuarta opción, que se consolide la plena propiedad sin haberse liquidado la nuda propiedad.

Por tanto, y desde esa conjunta perspectiva civil y fiscal, entendemos que la modificación tampoco cumple la función de dar rango legal a la práctica gestora habitual.

- La cuarta situación que proponemos –y en la que, finalmente, vamos a ubicar la eficacia de la modificación– es la siguiente: Puede suceder que no habiéndose liquidado (por el motivo que fuera) la adquisición de la nuda propiedad, haya que liquidar posteriormente la

consolidación. Y, como se acaba de comentar, para tal situación no hay norma especial. O puede suceder que en el momento en el que se desmembró el dominio, no se tuviera derecho a las reducciones empresariales por la sencilla razón de que el beneficio no existió hasta 1996. Para este tipo de supuestos –que tendrían como denominador común el tratarse de la consolidación de la plena propiedad cuando no hubo aplicación de beneficios fiscales en la primera liquidación (la que debió hacerse por la nuda propiedad y el usufructo)– es para lo que aparentemente se ha modificado la norma.

La diferencia con la tercera opción que barajábamos es que aquí no queda subsumida fiscalmente la operación de consolidación en la figura de la adquisición sucesoria de la plena propiedad. No hay civilmente en estos casos adquisición autónoma de un derecho. Pero fiscalmente hay un incremento patrimonial liquidable. Y el *quantum* de ese mayor valor es, precisamente, el valor del derecho de usufructo que se extingue.

Además, esta interpretación da sentido, a diferencia de lo que ocurriría con la tercera opción anterior, a la aplicación del requisito de mantenimiento de 10 años de lo adquirido ⁴. En efecto, como fiscalmente la consolidación se equipara en estos casos a una adquisición, tiene lógica el exigir durante 10 años, a partir de esa adquisición, el mantenimiento de los bienes sobre los que se proyecta el usufructo.

Con todo hay que subrayar que, si esta interpretación es la buena, en muchos casos se estará favoreciendo a quien no cumplió correctamente sus obligaciones tributarias al desmembrarse la propiedad. Y en muchos otros casos – en los que se dé el beneficio a quien consolide la propiedad desmembrada antes de 1996– no sólo se darán las contradicciones teóricas que antes apuntábamos respecto de la tercera opción (en esencia, que sí que hay una liquidación fiscal que contempla globalmente la adquisición de la plena propiedad), sino que la norma tiene también un cierto halo retroactivo que exigiría una mayor claridad.

2) La modificación más importante en este artículo 20.2 es la que extiende la reducción del 95 por 100 a los casos en los que en la base imponible de una adquisición *mortis causa*, que corresponda a los cónyuges, descendientes o adoptados de la persona fallecida, estuviese incluido el valor de derechos económicos derivados de la extinción de un usufructo sobre una empresa individual, negocio profesional o participaciones societarias exentos en el IP. Para ello se exige que con motivo del fallecimiento se consolidara el pleno dominio en el cónyuge, descendientes o adoptados o percibieran éstos los derechos debidos a la finalización del usufructo en forma de participaciones en la empresa, negocio o entidad afectada.

La comprensión de la norma, por redacción y por ignota finalidad, resulta complicada. Para mejor explicar la modificación conviene referirse ⁵ a una Contestación de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda (en adelante DGT), de 28 de agosto de 2001, en la que se negaba la reducción a los supuestos que a partir del uno de enero de este año la van a disfrutar.

El caso consultado era si el derecho atribuido al usufructuario en el artículo 68.1 de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante LSA) gozaba o no de reducción. La DGT contesta negando la

reducción al derecho de crédito que el heredero de un usufructuario de acciones tiene frente al nudo propietario. Fundamentaba la negativa en que la reducción tiene como condición «*sine qua non*» la previa exención de las participaciones en el IP. Y como el causante usufructuario no la tenía (pues tal tipo de derecho no genera la exención conforme al art. 4.2 RIP), su heredero no podía gozar de la reducción en el ISD.

Con este antecedente, la primera impresión es que la norma persigue atribuir la reducción a este tipo de derechos. Pero la singularidad del supuesto de hecho mercantil, la trascendencia fiscal de la medida, y la confusa superposición de requisitos y condiciones, exigen un examen más detallado de su alcance. Para ello desgajamos de la literalidad de la norma los distintos elementos:

a) Derechos derivados de la extinción de un usufructo.

El elemento objetivo de la reducción son los derechos económicos derivados de la extinción de un derecho de usufructo. La primera indagación ha de ser, en consecuencia, cuándo la extinción de un usufructo origina derechos económicos gravables por el ISD.

Ejemplo paradigmático es el artículo 68 LSA. En él se recoge el derecho del usufructuario a exigir del nudo propietario, una vez finalizado el usufructo, «*el incremento de valor experimentado por las acciones usufructuadas que corresponda a los beneficios propios de la explotación de la sociedad integrados durante el usufructo en las reservas expresas que figuren en el balance de la sociedad*». La transmisibilidad *mortis causa* de este tipo de derecho, como el de cualquier crédito, resulta también pacífica. Por su parte, el nudo propietario podrá pagar –conforme al art. 71 LSA– en metálico o en acciones de la misma clase que las que hubieran estado sujetas a usufructo.

Como va a ser central en nuestro comentario, conviene ampliar desde un principio las referencias a la normativa mercantil.

El usufructo de acciones da al usufructuario el derecho al cobro de los dividendos acordados por la sociedad durante el período del usufructo. El resto de derechos derivados de la acción corresponde al nudo propietario que es quien tiene la condición de socio. Solucionando el silencio de la ley mercantil anterior, la actual da respuesta a la situación en la que el usufructuario ve vaciado su derecho al no repartir la sociedad dividendos por los beneficios obtenidos. El remedio (equivalente al derecho que también le asiste en la liquidación de la sociedad) es la posibilidad de exigir al nudo propietario (no a la entidad) una compensación equivalente a los beneficios no distribuidos durante la pendencia del derecho. La obligación a cargo del nudo propietario hay que justificarla –en un terreno puramente económico o patrimonial– en que el no reparto de dividendos supone un mayor valor teórico o bursátil de sus acciones. Y en que ese valor se nutre del que tengan los beneficios de la sociedad que, por no distribuirse, no se perciben por quien conforme a la normativa tendría derecho a ello existiendo un usufructo (es decir, el usufructuario).

Pero junto a esa comprensión hay que situar el que la carga a la que se somete al nudo propietario es de cierta magnitud. Téngase en cuenta que no limita la norma mercantil la obligación a los casos en que el no reparto de beneficios sea debido a una conducta negligente o dolosa del nudo propietario (por ejemplo por hacer valer su posición dominante en la junta). En unos tales casos (cercanos a un enriquecimiento injusto y que muy probablemente estén en la razón de ser de la norma) la compensación tendría más sentido, pero ampliarla a todo supuesto, como hace la ley mercantil, no parece siempre justificable.

El régimen establecido para el usufructo de acciones se extiende ⁶ también a las participaciones en sociedades limitadas con las siguientes precisiones (art. 36 de su Ley):

- La obligación de compensación existe salvo disposición en contrario del título constitutivo del usufructo.
- No se prevé la opción de que el nudo propietario pague entregando participaciones.

Una vez resumido el régimen de la extinción del usufructo de acciones y participaciones, para el resto de bienes, y salvo normativas específicas, habrá que estar a lo dispuesto en el Código Civil o normativa civil autonómica. Adelantando algo que luego se razonará (que la norma sólo cabe respecto de bienes exentos en el IP por su condición de empresariales), limitamos nuestra búsqueda a las reglas de extinción del usufructo sobre empresa individual o negocio profesional ⁷.

Para el negocio individual, el Código Civil (arts. 474 y 475) considera frutos civiles (frente a los «naturales») el goce de los beneficios de una explotación, entendiéndose percibidos día por día y perteneciendo al usufructuario en proporción al tiempo que dure el usufructo. Pero no regula realmente el nacimiento de ningún derecho económico como consecuencia de la extinción de dicho usufructo. Y naturalmente no hay ninguna referencia a la posibilidad de satisfacer en especie ese derecho.

Hay, además, una diferencia notable con el régimen mercantil. Si el usufructuario de acciones ve insatisfecho su derecho a los dividendos, no tiene ninguna acción frente a la sociedad que podría repartirlos. Ha sido precisa una reforma mercantil para resarcirle a costa del nudo propietario. Sin embargo, en el caso del usufructo de negocio, quien debe facilitar el cobro de los frutos es precisamente el nudo propietario, y para ello los recursos civiles son muy distintos a los de la ley mercantil.

Por tanto, como el derecho que pueda imputarse al usufructuario de un negocio (a percibir los rendimientos) no «deriva» de la extinción de tal derecho, y hay una notable diferencia jurídica con el supuesto de la LSA, debería concluirse en que en estos casos no existe derecho a la reducción.

No obstante esta última apreciación –basada en que la norma exige que los derechos «deriven» de la extinción–, habrá que estar a la interpretación que se haga de la misma, por cuanto, en puridad, ni siquiera en el caso del usufructo sobre acciones el derecho a la compensación *deriva*

(desde luego no exclusivamente) de la extinción de aquél. Si a esta posible imprecisión terminológica de la ley añadimos la tendencia a extender este beneficio, y que la norma, en su último inciso, alude a la «*empresa, negocio o entidad afectados*», la duda sobre la extensión de este beneficio al negocio individual puede finalmente decantarse por la respuesta afirmativa.

b) Derechos económicos derivados de la extinción de dicho usufructo.

De la dicción del presupuesto de hecho de la reducción traemos a colación ahora la parte que lo limita a determinados usufructos (a «*dicho*» usufructo). Gramatical y sintácticamente parece claro que el «*dicho usufructo*» remite a una mención anterior de tal tipo de derecho. Pero con esa remisión, se nos ocurren, sin desdeñar que pueda haber más, hasta cuatro alternativas de solución:

- Que valga cualquier usufructo sobre una empresa individual, un negocio profesional o participaciones en entidades.
- Que se refiera a un usufructo exento en el IP sobre esos tipos de bienes.
- Que se refiera a un usufructo sobre esos tipos de bienes siempre que estuvieran exentos en el IP del nudo propietario.
- Que se refiera a un usufructo que, en su constitución, hubiera gozado de reducción en el ISD.

La opción primera de aceptar cualquier usufructo sobre bienes empresariales no tiene respaldo ni gramatical, ni sistemático, ni finalista. Gramaticalmente, el reenvío que se hace a un tipo de usufructo «*ya dicho*», impide –y para ello basta una mera lectura del precepto– el aceptar esta alternativa. Sistemáticamente también parece claro que la norma va atribuyendo el beneficio a distintos supuestos sobre una premisa común de exención en el IP.

Por último, es difícil pronunciarse desde una vertiente finalista cuando no se sabe la intención del legislador. Pero como se inserta este derecho de compensación en una norma aparentemente protectora de la sucesión empresarial, y no se aprecia ninguna relación entre este derecho de compensación y tal finalidad, habrá que entender que tampoco la visión finalista del precepto ampara esta primera opción.

La segunda opción –exigir la exención en el IP al usufructo del que nace el derecho que se hereda– chocaría frontalmente con el resultado que se obtendría. En efecto, como el usufructo sobre acciones o participaciones no goza de exención en el IP, sería de imposible aplicación esta reducción.

El comentario de la tercera opción debe iniciarse diferenciándola de un caso que antes se ha manejado. El usufructo que pueda recibirse sucesoriamente sobre unas acciones tiene derecho a la reducción –como se ha comentado– siempre que el causante tuviera la plena propiedad de unos bie-

nes exentos en el IP. Ahora estamos ante un esquema jurídico y fiscal distinto. La plena propiedad está desmembrada antes del fallecimiento y, con éste, se produce la extinción del usufructo. Fiscalmente, antes del fallecimiento, había un nudo propietario con derecho (o no) a la exención de las acciones y un usufructuario sin beneficio fiscal en el IP.

En esta situación, esta tercera opción exigiría al nudo propietario la exención de sus acciones para que la compensación que va a pagar al usufructuario tuviera beneficio fiscal en el ISD.

Esta alternativa tiene la ventaja de su sencilla gestión y el demérito de su falta de sentido. En efecto, en un precepto que hace depender el beneficio fiscal de la situación tributaria que los bienes tuvieran en sede del causante (como es propio de la naturaleza del impuesto), sería una desviación poco justificada (tanto en el contexto gramatical como en una visión sistemática de la norma) el introducir como referencia el régimen fiscal que un tercero tuviera sobre esos bienes. Por otro lado, como el nudo propietario no tiene que ser necesariamente familiar ni del causante ni del causahabiente, tampoco la ausencia de este tipo de nexo –tan presente en este beneficio– le da consistencia.

Finalmente, el comprender globalmente la situación también lleva al rechazo de esta alternativa. Y así, de ser buena, se llegaría a la conclusión de que se va a beneficiar fiscalmente al heredero de un usufructuario por el hecho de que el nudo propietario (con el que puede no tener ninguna relación) le indemnice por la revalorización de las acciones sobre las que ahora éste consolida la plena propiedad. No vemos –como ya se ha mencionado y se volverá a insistir– que esta operación guarde una relación ni clara ni directa con el favorecimiento de la sucesión empresarial.

La cuarta alternativa es la exigencia de que el usufructo que se extingue hubiera tenido derecho a la reducción del 95 por 100 en el momento de su nacimiento.

A favor de esta interpretación está la falta de mejor alternativa, la exigencia de algún tipo de condición que relacione esta medida con la sucesión empresarial, y que se logre una cierta coherencia entre la lógica de la norma y su dicción. En este sentido, el imperativo de que el usufructo haya gozado de la reducción cumple todos esos requerimientos.

Lingüísticamente se justificaría identificando el «*dicho usufructo*» con aquel al que se refiere el inciso anterior de tan extensa norma. Y ése no es otro que el usufructo que puede gozar de derecho a la reducción en el ISD. Esta interpretación lleva implícita que los únicos usufructos que van a permitir la reducción de la compensación por su extinción son los nacidos lucrativamente. Pero tal implicación –como luego se argumenta– no es una limitación desorbitante y encaja fácilmente en el sentido de la norma.

Esta interpretación tiene, no obstante, serios inconvenientes. El central lo denuncia la perspectiva temporal que siempre conviene tener en este impuesto:

EJEMPLO:

Sea un usufructo que pudo gozar en 1996 de reducción en el ISD porque las acciones heredadas estaban exentas para el causante a fecha del fallecimiento. Al día siguiente del fallecimiento, la sociedad deja de tener actividad real y pasa a ser sociedad transparente y años más tarde sociedad patrimonial. Cuando llega el fallecimiento del usufructuario, su heredero reclama la compensación que la LSA le permite.

¿Es posible justificar y relacionar la reducción en el cobro de esa compensación con la protección de la empresa familiar en un caso así? Entendemos que no, por ser contradictorio con la finalidad de la norma el privilegiar la sucesión en una sociedad patrimonial.

Aunque este sinsentido es similar a otros consagrados legalmente ⁸, hay una diferencia que puede permitir soslayarlo. Esa distinción la situamos en que la exigencia de requisitos debe referirse al momento del devengo del impuesto concernido. En esta idea, y si se acepta como condición que el usufructo de origen debe tener derecho a la reducción, lo propio sería exigir el cumplimiento de los requisitos de la reducción, tanto en el momento en el que aquél se constituyó, como en el momento en el que se extingue. Obviamente, razonar la reducción de un derecho que se extingue lleva a una liquidación ficticia. Pero, además de que no sería extraño en este impuesto, nos parece una exigencia imprescindible (al menos comprobar que la sociedad en cuestión sigue teniendo real actividad y no es patrimonial) para evitar el hacer depender exclusivamente de un hecho pretérito el beneficio en cuestión.

Entendiendo defendible esta interpretación nos parece, sin embargo, que, alternativamente y *lege ferenda*, se ganaría consistencia en la reducción si la magnitud sobre la que aplicarla no fuera la totalidad del derecho de crédito, sino el importe de los beneficios (repartibles y no repartidos) obtenidos en los años en los que la sociedad no tuvo la condición de sociedad patrimonial ⁹.

c) El valor de los derechos económicos debe estar incluido en la base imponible de una adquisición mortis causa.

Esta exigencia no sólo es la primera que se lee en este artículo, sino que también es evidente que, para disfrutar de la reducción, la primera condición es la sujeción al impuesto del derecho del heredero del usufructuario. Y derivativamente la inclusión de su valor en la base imponible correspondiente. Dando por sentada¹⁰ la sujeción al impuesto de este derecho (tanto por el hecho de que se regule un beneficio para este crédito como por el criterio de la DGT en la consulta antes resumida), conviene diferenciar su tributación de la que se exija por la consolidación.

Para ello, como los derechos en cuestión nacen de la extinción de un usufructo, hay que distinguir la extinción por fallecimiento de la que se produce por cumplimiento del plazo. Si el usufructo era temporal, le corresponderá al usufructuario el ejecutar el crédito y no habrá hecho imponible en el ISD (salvo fallecimiento ulterior del usufructuario antes de cobrar el derecho). Pero si era vitalicio, el derecho no se extingue con el usufructo y se transmite, con carga tributaria, a los herederos. En esta dualidad parece evidente que la inclusión en la base imponible de una adquisición *mortis causa* sólo puede darse cuando se contemple la extinción de un usufructo por fallecimiento.

Ahora bien, la tributación del derecho de crédito heredado es diferente de la que pueda corresponder a la consolidación del dominio, que es el otro efecto jurídico que acompañará al fallecimiento del usufructuario.

Limitando las posibilidades sólo a las que deriven de no haberse transmitido la nuda propiedad, hay que distinguir las siguientes situaciones:

- Si el usufructo se constituyó onerosamente con carácter vitalicio, en el momento de la consolidación tributará el nudo propietario por ITP y AJD (art. 42.2 RITP). Pero el heredero realiza el hecho imponible del ISD al recibir un derecho de crédito.
- Si el usufructo se constituyó lucrativamente, la consolidación tributará por el mismo concepto impositivo. Por su parte, el heredero del derecho de crédito tributa también por ISD.

¿Tiene alguna trascendencia la tributación de la consolidación sobre la del derecho de crédito? Desde luego, si contemplamos exclusivamente la exigencia de sujeción al ISD de los derechos económicos, parece clara la respuesta negativa. Ahora bien, si retomamos lo que antes se razonó respecto de que ese derecho debía nacer de un usufructo que hubiera gozado de reducción en el ISD, se llegará a la conclusión de que un tal usufructo se «consolida» tributando en el ISD. Y por lo tanto, no es posible la reducción ¹¹ cuando el usufructo del que proceden los derechos económicos se desmembró onerosamente.

Sobre la inclusión de estos derechos económicos en la base imponible del impuesto no hay norma especial. Si nada ha dispuesto el causante, se aplicará el principio de igualdad en la partición y el derecho integrará la base imponible de todos los herederos. Si hubo disposición testamentaria a favor de uno solo de los herederos, sólo en su base imponible se incorporará el valor del derecho.

Sabida la consecuencia jurídica de esta regulación (la reducción del 95%), y analizado el supuesto privilegiado (derechos económicos sujetos al ISD derivados de la extinción de determinados usufructos), resta por comentar los requisitos de la norma. Éstos pueden agruparse en los específicos de este supuesto de reducción y en los requisitos generales de acceso a la reducción.

Los requisitos específicos de la norma son dos y se presentan como alternativos. Es decir, que basta que se cumpla uno de ellos para tener derecho a la reducción:

1) La primera posibilidad de acceder a la reducción es que con motivo del fallecimiento se consolidara el pleno dominio en el cónyuge, descendientes o adoptados.

La explicación del requisito parece sencilla: No toda extinción de usufructo que acarree la consolidación de la plena propiedad permite el beneficio. Es necesario que el nudo propietario fuera el cónyuge, descendiente o adoptado. ¿Pero de quién? ¿Del usufructuario fallecido o de su heredero? La norma no lo precisa, pero entendemos que deberá medirse el parentesco respecto del fallecido.

Si ésa es la respuesta correcta, y aunque no lo fuera, hay que dejar constancia de que es un requisito distinto del que exige (en los primeros incisos de este artículo), para cualquier supuesto de reducción del 95 por 100, que el adquirente del derecho de crédito sea cónyuge, descendiente o adoptado de la persona fallecida. Esta diferenciación lleva aparejada que la previsión del segundo párrafo de la letra c) del artículo 20.2, que extiende hasta el tercer grado el parentesco cuando no existan descendientes o adoptados, no es aplicable para el requisito específico de este concreto supuesto de reducción.

Por tanto, lo que este requisito plantea es beneficiar el pago de la compensación que se haga al usufructuario familiar del fallecido sólo cuando el nudo propietario sea también familiar del fallecido. Es irrelevante que el pago sea en metálico o en especie.

Supuesto especial (pero que puede ser frecuente) es aquel en el que nudo propietario y el heredero del usufructuario son la misma persona. La procedencia de la reducción, por lo que afecta a este requisito, parece fuera de toda duda siempre que se considere que, previamente, hay hecho imponible gravado en el ISD. Por otro lado, en estos casos, resulta obvio que no existirá pago de compensación. Lo que ocurre es que según se razone este extremo con base en que el derecho del artículo 68 no llega a nacer, o fundamentándolo en que, nacido el derecho, se produce la extinción de la obligación del nudo propietario, por ser deudor y acreedor la misma persona, las consecuencias son muy distintas. Inclinandonos por esta última opción, resulta que para que en el patrimonio del nudo propietario llegue a producirse esa extinción de la obligación, es necesario previamente que el derecho de crédito que como heredero le corresponde, ingrese en su patrimonio. Y en esa adquisición de derechos se devenga el ISD. Sobre este caso volveremos más adelante al abordar la posible finalidad de la norma.

2) De no consolidarse el pleno dominio en el cónyuge, descendientes o adoptados, bastará con que percibieran éstos los derechos debidos a la finalización del usufructo en forma de participaciones en la empresa, negocio o entidad afectada.

Este requisito alternativo ya se ha mencionado a la hora de analizar si en los usufructos sobre empresa individual o negocio profesional era aplicable la reducción. Aunque nos pronunciábamos por la respuesta negativa, apuntábamos que esa mención a la empresa o negocio afectados podía ser un argumento en contrario ¹². Con todo, y manteniendo nuestra opinión, puede hacerse alguna reflexión adicional sobre la mención final a la percepción de los derechos «en forma de participaciones en la empresa, negocio o entidad afectadas».

En concreto, sobre qué sea una participación en una empresa o negocio individuales. Porque si el concepto de participación en una entidad está perfectamente tipificado, es un bien objeto de tráfico jurídico, y su cita tributaria es coherente con su régimen mercantil, no ocurre lo mismo con los otros tipos de participación: Una participación en una empresa individual ni tiene respaldo en la normativa civilista ni tiene lógica tributaria. Y es que no parece viable que para pagar el nudo propietario lo debido al usufructuario, tenga que entregar la empresa (sería una participación del 100%) o constituir una comunidad de bienes con el heredero de éste (sería el caso de dar una participación en la empresa inferior al 100%).

También ahora manejaremos como único caso posible, salvo mención expresa, el usufructo sobre acciones. Contando con esta precisión, lo que supone este requisito es otorgar el beneficio al caso en que un nudo propietario, sin parentesco cercano al fallecido, compense al cónyuge o descendientes del usufructuario entregando acciones.

Si es correcta nuestra opinión anterior sobre la exigencia de que el usufructo extinguido goce de reducción en el momento de su constitución, este caso será poco probable. De hecho, si se exige que el usufructo nazca sucesoriamente, lo normal será que tanto nudo propietario como usufructuario tengan parentesco cercano con el fallecido y, por lo tanto, que también entre ellos se dé el parentesco exigido en la norma. Pero evidentemente el supuesto puede darse.

El cobro en especie de la compensación plantea sustanciales problemas. En lo teórico es llamativo que en un impuesto sucesorio, basado en la cuantificación económica del llamamiento hereditario, y en el que incluso son irrelevantes los actos de partición de la herencia, se otorgue tanta importancia a la materialización de un derecho de crédito heredado. Cuando además el cobro del derecho es un negocio *inter vivos* ajeno al sucesorio.

Si unimos esta idea con el ya mencionado principio de igualdad en la partición, resulta que, si el fallecido no hizo testamento, los derechos económicos corresponderán fiscalmente a sus herederos por partes iguales. Si éstos deciden atribuirlos a uno solo de ellos, será él quien cobre la compensación. Pero ni la base imponible de los restantes herederos se modificará ni perderán el derecho a la reducción.

En el orden puramente gestor, el hacer depender la liquidación tributaria procedente de cómo cobren los herederos es una complicación adicional. La complicación nace de que el plazo de seis meses para autoliquidar el impuesto puede ser insuficiente para que se haya materializado la compensación. Y como la procedencia de la reducción depende de la forma de pago de esos derechos económicos, la liquidación hecha en primera instancia puede no ser la correcta. Queda al juego de las distintas normas procedimentales de la liquidación administrativa y de la autoliquidación el cómo solventar en uno y otro caso la cuestión.

Si los dos requisitos alternativos se contemplan en conjunto y se resume su contenido, se evidencia que el uno hace ganar el beneficio en función del parentesco y el otro en función del cobro de acciones. Ambos factores son claves en el resto de supuestos generadores de la reducción, pero

siempre de modo acumulativo. Por eso, y por ganar sintonía con la finalidad de la norma, entendemos que estos requisitos, al margen de los problemas que puedan plantear en otro orden de cosas, deberían formularse como acumulativos y no de modo disyuntivo.

Junto a estos requisitos específicos, este nuevo supuesto de reducción ha de cumplir otro tradicional en la norma: el mantenimiento de lo adquirido durante diez años. Este requisito lo ha ido perfilando la doctrina administrativa en unos términos que lo convierten en una exigencia menor. Pero como sigue existiendo en la ley, y en los mismos términos en que se dictó originariamente, habrá que adecuarlo al caso de estos derechos económicos derivados de un usufructo.

La más importante precisión habrá de ser qué es lo que hay que mantener. El objeto de mantenimiento no puede ser, por falta de lógica y por incompatibilidad con la mención legal al cobro en especie, el derecho de crédito. Habrá que referir entonces el mantenimiento a los bienes cobrados en satisfacción del derecho.

En la primera opción –cobrar dinero del nudo propietario– el reto de concretar el objeto a mantener no es pequeño. La respuesta apegada a la literalidad normativa sería que hay que mantener durante diez años la suma cobrada. No apreciando el sentido de esa respuesta ni su vinculación con la sucesión empresarial, la respuesta alternativa es negar la lógica de este supuesto de reducción.

En la opción del cobro en especie el objeto es más fácil de concretar: las acciones percibidas como compensación. Pero inmediatamente habrá que precisar el día de inicio del cómputo de los diez años porque, mientras la ley lo fija en el día del fallecimiento, la lógica apunta al día en que se adquieran esas acciones.

Hecha la exégesis del precepto, merece la pena indagar el sentido de la medida y su vinculación con la protección de la sucesión empresarial:

- Aunque jurídicamente lo que adquiere el heredero es un derecho de crédito, económicamente se le está pagando (no por la sociedad sino por el nudo propietario) el importe correspondiente a los dividendos no distribuidos. No parece que el cobro de tal tipo de renta deba privilegiarse fiscalmente en el ISD. Lo que sí provoca la reducción en el ISD, si se considera esta compensación como una alternativa al cobro de dividendos gravados en el IRPF, es un campo para las economías de opción nada despreciable.
- Tampoco una supuesta protección del usufructuario (o de su heredero) puede justificar la norma. Ni es fin de la ley fiscal deshacer posibles situaciones de indefensión creadas por otros sectores del ordenamiento, ni siempre será imputable al nudo propietario la decisión societaria de no repartir dividendos.
- Tampoco una supuesta «neutralización» impositiva en el ISD puede justificar la norma. Podría pensarse que si el usufructuario no ha cobrado dividendos, ha visto insatisfecho el usufructo por el que fiscalmente pagó en su constitución. Y por tanto merece una recom-

pensa fiscal. Al margen de la vía que pueda abrir este tipo de razonamientos, entendemos que debe prevalecer, en sentido contrario, el carácter objetivo de valoración fiscal del usufructo (en función de porcentajes), la existencia de otros derechos o facultades del usufructuario de acciones, la comparación con el supuesto en el que la sociedad no distribuya beneficios porque no los tenga, y, finalmente, que a quien se privilegia no es al usufructuario sino a su heredero.

- Tampoco una interpretación sistemática de la reducción justifica este supuesto: Si la sucesión en un usufructo temporal no tiene reducción, no parece haber mayor mérito en heredar un derecho de cobro. De haberse planteado el legislador una ampliación de los derechos generadores de la reducción parece que habría otros preferentes a éste.
- A falta de otra explicación habrá que entender, entonces, que es la protección de la sucesión empresarial familiar la que justificaría esta medida. Pero tampoco nos parece tan claro:
 - Es verdad que esta norma incita indirectamente a la hipotéticamente deseable conducta de no repartir dividendos (que tributarían en el IRPF frente a la reducción del 95% del ISD). Pero parece que hay otros impuestos más apropiados, y de efectos más directos e inmediatos, para el fomento de esta práctica. Además, en origen, la medida mercantil protege al usufructuario frente a la acumulación de reservas. Tendría algo de contradictorio que fiscalmente se incentivara lo que, precisamente, trata de compensar la norma mercantil.
 - Que favorezca la sucesión empresarial el que uno de los socios (nudo propietario) tenga que pagar una compensación monetaria al heredero de quien, como usufructuario, no estaba vinculado ni mercantil ni fiscalmente a la empresa, no es fácil de entender. Ni el empobrecimiento del nudo propietario ni el enriquecimiento del heredero del usufructuario parecen contribuir al mantenimiento de la empresa.
 - En el caso de cobrar la compensación en acciones hay, al menos, un objeto (las acciones) que permite vincularlo con la empresa. Pero la esencia es la misma del apartado anterior: alguien reduce su porcentaje de participación en una entidad (nudo propietario) para que otro (heredero del usufructuario, normalmente sin parentesco con el anterior) lo incremente en la misma medida. Cómo pueda favorecer este tráfico jurídico a la empresa es algo que no puede responderse desde postulados generales.

En nuestra opinión, de considerar merecedor de protección estos derechos económicos, debería restringirse al caso en el que quien consolidara la plena propiedad fuera el mismo que adquiere aquéllos. En una tal hipótesis, los hechos imponderables para el contribuyente son: En el momento del desmembramiento de la propiedad, la adquisición de la nuda propiedad. Y en el momento de extinción del usufructo, dada la distinta naturaleza jurídica de tal derecho real y el derecho de crédito en que se nova, tributa por la consolidación y por el derecho de crédito.

Este esquema, si lo analizamos en términos de imposición económica, muestra que, al tributar por la consolidación del usufructo y por los derechos del artículo 68 LSA, se está gravando al mismo contribuyente por el valor fiscal del usufructo (que en el caso de las acciones se sustancia fundamentalmente en el valor del derecho al cobro de dividendos) y por el valor de las reservas que, de haberse distribuido, le hubieran correspondido como dividendos. Si además reparamos en el elemento temporal, resulta que la valoración fiscal del usufructo que sirve de base imponible a la consolidación depende de la duración del mismo. Y también el importe de reservas que sirve de base (mercantil y fiscal) al derecho del artículo 68 LSA abarca la vida del usufructo. Se podría concluir, entonces, en que hay una suerte de doble imposición en estos casos.

Si esta perspectiva la unimos al esquema fiscal de liquidación del ISD se refuerza la misma idea. Como hemos reiterado varias veces, cuando hay una separación de la nuda propiedad y del usufructo, la intención de la LISD es gravar la adquisición sucesoria de la plena propiedad de los bienes en dos fases. Para ello, con un mismo tipo efectivo de gravamen, se giran a ese adquirente final dos liquidaciones sobre las porciones de valor fiscal que representan aquellos dos tipos de derechos. Gravar además ese derecho del artículo 68 LSA, cuando ya se le está gravando por el valor total de los bienes que generan la compensación, y cuando tal derecho se va a extinguir por confusión, puede merecer otra alternativa. Qué mejor que una reducción del 95 por 100 podría ser una exención.

Por tanto, entendemos que mejor que el planteamiento actual, en el que no hay una justificación clara de la norma, debía haberse planteado la reforma con razones de técnica tributaria (evitar la doble imposición en consonancia con el sistema liquidatorio del impuesto) y limitar la reducción a los casos de identidad del heredero del derecho y el nudo propietario.

E) Modificación de las reglas de acumulación de donaciones.

Se han modificado los apartados 1 y 3 del artículo 30 LISD del siguiente modo:

«1. Las donaciones y demás transmisiones inter vivos equiparables que se otorguen por un mismo donante a un mismo donatario dentro del plazo de tres años, a contar desde la fecha de cada una, se considerarán como una sola transmisión a los efectos de la liquidación del impuesto. Para determinar la cuota tributaria se aplicará, a la base liquidable de la actual adquisición, el tipo medio correspondiente a la base liquidable teórica del total de las adquisiciones acumuladas.

3. A estos efectos se entenderá por base liquidable teórica del total de las adquisiciones acumuladas la suma de las bases liquidables de las donaciones y demás transmisiones inter vivos equiparables anteriores y la de la adquisición actual.»

La acumulación de donaciones es la técnica que tradicionalmente se ha venido recogiendo en el impuesto para encauzar la economía de opción que supone el fraccionar en varias operaciones lo

que podía haberse instrumentado en una sola. En el año 1997 se cambió su técnica de liquidación (equivalente en su resultado final con la anterior) al ordenar que se aplicara al valor de los bienes donados (o heredados) el tipo medio que correspondería al valor total de los acumulados.

Lo que se modifica ahora en el apartado 1 es tanto la magnitud sobre la que aplicar el tipo medio (la base liquidable de la última adquisición) como la que hay que tomar para calcular tal tipo (la base liquidable teórica que se define en el apartado 3).

En concreto, y para las dos cuestiones, se pasa de utilizar el «valor de los bienes» a manejar como referencia la base liquidable correspondiente (de la transmisión actual para una cuestión y de las acumuladas para la otra). El cambio tiene cierta importancia habida cuenta que, con la redacción anterior, las reducciones que pudieran haberse disfrutado en la donación de bienes empresariales no se tenían en cuenta para calcular el tipo medio.

Aunque formalmente la modificación se incluya en el apartado 1 del artículo 30 (el relativo a la acumulación de adquisiciones *inter vivos*), es también aplicable al supuesto del apartado 2 (el de acumulación de donaciones a una herencia). Y de hecho, la verdadera trascendencia de la norma debe residenciarse en este segundo apartado.

F) Eliminación de determinados justificantes.

Se añade un nuevo apartado 6 en el artículo 32 LISD dando redacción distinta a otro concorde que pasa a ser el apartado 7.

Los apartados interesados en la modificación son los siguientes:

«4. Los órganos judiciales, intermediarios financieros, Asociaciones, Fundaciones, Sociedades, funcionarios, particulares y cualesquiera otras entidades públicas o privadas no acordarán entregas de bienes a personas distintas de su titular sin que se acredite previamente el pago del impuesto o su exención, a menos que la Administración lo autorice.

5. Las Entidades de Seguros no podrán efectuar la liquidación y pago de los concertados sobre la vida de una persona a menos que se justifique haber presentado a liquidación la documentación correspondiente o, en su caso, el ingreso de la autoliquidación practicada.

6. Se exceptúan de lo dispuesto en los dos números anteriores los supuestos a los que se refiere el número 1 del artículo 8 de esta Ley, en los términos y con las condiciones allí establecidos.

7. El incumplimiento de las obligaciones establecidas en los números 1 al 5 anteriores se sancionará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 de esta Ley.»

El resumen de las modificaciones es que el apartado 7 es la adaptación necesaria del anterior apartado 6 a la incorporación de una excepción (en el actual apartado 6) a los apartados 4 y 5.

El artículo 8 LISD, en la redacción dada por el artículo 4 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, suprimió la responsabilidad subsidiaria de los intermediarios financieros cuando la entrega de bienes o venta de valores tuviera como exclusivo fin el pago del propio impuesto. Sin embargo, no se modificó el artículo 32 que en su apartado 4 establecía (y sigue diciendo) que *«los intermediarios financieros no acordarán entregas de bienes a personas distintas de su titular sin que se acredite previamente el pago del impuesto o su exención, a menos que la Administración lo autorice»*.

En ese estadio normativo parecía claro (al menos desde una perspectiva finalista) que si se suprimía la responsabilidad subsidiaria también debía entenderse caída la prohibición del artículo 32. Sin embargo, la combinación de la falta de sistemática de la norma con la inclinación de los intermediarios financieros a rodear de cautela cualquier actuación que suponga retirada de fondos, provocó que tales entidades siguieran exigiendo a quien pretendía retirar fondos o valores heredados la acreditación del pago del impuesto o la autorización administrativa correspondiente.

A paliar la eventual ineficacia práctica de la medida de la Ley 14/2000 viene ahora la modificación del artículo 32. En efecto, al exceptuar el apartado 6 la prohibición de los apartados 4 y 5 de disposición de bienes relictos en aquellos casos en los que según el artículo 8 no hay responsabilidad subsidiaria de los intermediarios financieros, parece ya expedita la posibilidad de que quien desee pagar el ISD con activos financieros heredados, pueda hacerlo sin necesidad ni de acreditar el pago o exención de impuestos ni de contar con autorización administrativa.

Es de prever y desear que la falta de adaptación del Reglamento del Impuesto (arts. 19.1, 80.3, 91.4 y 91.5) a los nuevos preceptos legales, no frustre la intención del legislador.

III. IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

1. Exención en la liquidación de sociedades transparentes [letra a) del apartado 2 de la disposición transitoria segunda Ley 46/2002].

Como un beneficio más del proceso liquidatorio al que se da opción a las sociedades transparentes en la Ley 46/2002, se declara la exención respecto del hecho imponible «disolución de sociedades».

Es frecuente que los paquetes fiscales en favor de determinadas operaciones incluyan este tipo de beneficio ¹³. Pero como en este tipo concreto de liquidación societaria será normal la entrega de

inmuebles a los socios, sí que debe tenerse presente que las entregas que estén sujetas y exentas del IVA no resultarán gravadas por el concepto impositivo de transmisiones patrimoniales onerosas, al estar incluidas en el ITP y AJD (sujetas con exención) en el concepto impositivo de operaciones societarias.

2. Nueva formulación de determinadas exenciones (disposición adicional tercera Ley 49/2002).

Nuevo texto del artículo 45.I.A) LITP:

«I. A) Estarán exentos del impuesto:

a) El Estado y las Administraciones públicas territoriales e institucionales y sus establecimientos de beneficencia, cultura, Seguridad Social, docentes o de fines científicos.

Esta exención será igualmente aplicable a aquellas entidades cuyo régimen fiscal haya sido equiparado por una Ley al del Estado o al de las Administraciones públicas citadas.

b) Las entidades sin fines lucrativos a que se refiere el artículo 2 de la Ley 49/2002, de..., de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, que se acojan al régimen fiscal especial en la forma prevista en el artículo 14 de dicha Ley.

A la autoliquidación en que se aplique la exención se acompañará la documentación que acredite el derecho a la exención.

c) Las cajas de ahorro, por las adquisiciones directamente destinadas a su obra social.

d) La Iglesia Católica y las iglesias, confesiones y comunidades religiosas que tengan suscritos acuerdos de cooperación con el Estado español.

e) El Instituto de España y las Reales Academias integradas en el mismo, así como las instituciones de las Comunidades Autónomas que tengan fines análogos a los de la Real Academia Española.

f) La Cruz Roja Española y la Organización Nacional de Ciegos Españoles.

g) La Obra Pía de los Santos Lugares.»

Esta modificación es consecuencia del profundo cambio de la legislación sustantiva y fiscal de las entidades sin fines de lucro. En la nueva redacción se unen nuevos supuestos de exención, adaptaciones al nuevo régimen de fundaciones y entidades sin ánimo de lucro y puras modificaciones de técnica legislativa.

Junto al lógico interés de conocer la nueva situación llama la atención el cambio en la rúbrica inicial de este apartado A). Con anterioridad se decía «*Gozarán de exención subjetiva...*» frente al actual «*Estarán exentos del impuesto...*». De la redacción anterior se desprendía que los supuestos de la letra A) eran exenciones subjetivas y que el resto, por oposición, eran exenciones objetivas.

El cambio tiene varias implicaciones:

- Como la letra B) no se ha modificado, y sigue encabezada por la frase «*Estarán exentas:...*», parece tener menor sentido el agrupar las exenciones en rúbricas distintas.
- La incorporación a la letra A) de la exención en favor de la Iglesia Católica y otras confesiones religiosas deja sustancialmente vaciada la referencia en la letra C) a la Ley Orgánica de Libertad Religiosa.
- De más enjundia es plantearse si el cambio en el encabezamiento de la letra A) supone la eliminación de la categoría de exenciones subjetivas tan tradicional en el impuesto. Y es que la cuestión no tiene un mero interés dogmático.

El artículo 47 de la Ley 21/2001, regulador del alcance de la delegación de competencias en relación con la gestión y liquidación de los impuestos cedidos a las CCAA, establece en la letra c) de su apartado 2 que los acuerdos de concesión de exenciones subjetivas en el ITP y AJD no son objeto de delegación a las CCAA. Por su parte, el artículo 89 del Reglamento sólo condicionaba las exenciones de las letras a) y b) del artículo 88 (equivalentes a esas mismas letras en el art. 45 LITP) a la incoación de un expediente de solicitud de exención.

Como los supuestos recogidos en el artículo 89 pueden entenderse sustituidos por la letra b) del actual artículo 45 I.A) LITP, y en tal caso la condición de entidad sin fin de lucro debe ir acompañada de los requisitos que el artículo 14 de la Ley 49/2002 exige, habrá que concluir en que la exigencia del artículo 89 de un expediente administrativo de reconocimiento de la exención en el ITP y AJD ha desaparecido.

3. Supresión de la exención en operaciones societarias de las aportaciones no dinerarias (art. sexagesimonoveno de la Ley 46/2002 que modifica el apartado 2 de la disposición adicional octava LIS y apartado 6 del art. 1 Ley 53/2002 que modifica ese mismo apartado 2).

La disposición adicional octava de la LIS tiene como función adaptar la legislación del ITP (tan cara de modificar directamente) al régimen fiscal que para determinadas operaciones societarias estableció la LIS en el año 1995. En concreto, las referencias de la LITP que se consideraron merecedoras de actualización fueron el artículo 21 y el 45.

En el artículo 21 se remite el concepto de operaciones de fusión y escisión a las definidas en la Ley 29/1991. La disposición adicional octava de la LIS precisó que a partir de 1-1-1996 esas definiciones debían entenderse hechas al artículo 97.1, 2, 3 y 5 y al artículo 108 LIS. Esa «*precisión*»

de qué fuera fusión y escisión tenía algo de «*extensiva*», pues los apartados del artículo 97 citados recogen el concepto de fusión y escisión pero también los de aportación no dineraria de rama de actividad y canje de valores. Por su parte, el artículo 108 recoge las aportaciones no dinerarias.

El cambio que introduce la Ley 46/2002 es que las aportaciones no dinerarias (las del 108 LIS) no se consideran, a los efectos del ITP y AJD, operaciones de fusión o escisión. Realmente, y situados de momento en el comentario del artículo 21 LITP, que las aportaciones no dinerarias no se consideren fusión o escisión tiene el efecto saludable de retomar su verdadera naturaleza jurídica.

Cuestión radicalmente distinta en lo fiscal es abordar el artículo 45 LITP, que declara la exención de las operaciones societarias del artículo 21. Del entramado normativo de ambos artículos (con la adaptación de la disposición adicional octava de la LIS) resulta que sólo las operaciones de fusión, escisión, aportación no dineraria de rama de actividad y canje de valores están exentas de la modalidad operaciones societarias del gravamen ITP y AJD. Al quedar fuera de la exención las aportaciones no dinerarias contempladas en el artículo 108, también se arrastra fuera de la exención el supuesto de aportación no dineraria a una entidad de tenencia de valores extranjeros contemplado en el artículo 132 LIS. Y ello porque la exención en estos supuestos se justificaba por la remisión de este artículo 132 al régimen del artículo 108.

Intuimos que el muy distinto régimen en ITP y AJD de las aportaciones no dinerarias (sin exención a partir de 1-1-2003), si se compara con el de las aportaciones de rama de actividad o canje de valores, va a exigir una cuidadosa y nada fácil calificación de las operaciones societarias.

En efecto, hasta la fecha, la distinción entre aportar una rama de actividad o un bien aislado, era cuestión menor, al existir sustancial coincidencia (total si nos referimos exclusivamente al ITP y AJD) en el régimen fiscal que a ambos tipos de operaciones se unía. El núcleo de la distinción seguirá siendo, como hasta ahora, el objeto aportado. Según haya o no haya rama de actividad, habrá o no exención.

Pero hay una serie de supuestos –fundamentalmente los clásicos de la tributación patrimonial: aportación de valores o de inmuebles– en los que la dificultad de fijar criterios generales que permitan identificar una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica (y con ello una rama de actividad), va a decidir la exención o tributación en el gravamen de operaciones societarias. Cuáles sean esos criterios quedará –en primera instancia y salvo desarrollo normativo más preciso– a la doctrina administrativa. Y entre la remisión a los requisitos de actividad económica según las normas de las sociedades patrimoniales, o la indicación de requisitos más adecuados al sentido mercantil de la operación y la finalidad de la norma, hay amplio campo de elección.

Con las operaciones de canje de valores pasa algo parecido pero distinguible. Si toda aportación de rama de actividad es una aportación no dineraria, un canje de valores puede también, pero no siempre (podría valer una permuta), instrumentarse mercantilmente como aportación no dineraria. La distinción, si antes era el objeto de la aportación, ahora es el efecto que desencadena. Y así,

si como consecuencia de la aportación que A hace de acciones de la entidad B, la entidad receptora C, que amplía capital, obtiene la mayoría de los derechos de voto en la sociedad B, se está fiscalmente ante un canje de valores y no ante una aportación no dineraria.

El régimen descrito en las líneas anteriores es el resultante de la modificación de la Ley 46/2002. Sin embargo, publicada esta norma en el BOE de 19 de diciembre, la Ley 53/2002 (BOE de 31 de diciembre) vuelve a retocar la disposición adicional octava LIS. En este caso para incluir en la exención de operaciones societarias a las aportaciones no dinerarias de valores de entidades no residentes en el caso del artículo 132 LIS regulador del beneficio para las entidades de tenencia de valores extranjeros.

Al situar la disposición final quinta de la Ley 46/2002 y la disposición final novena de la Ley 53/2002 la entrada en vigor de sus disposiciones el 1 de enero de 2003, no parece haber duda de que la reparación del «olvido» de la Ley 46/2002 llega en tiempo y forma. De este modo, las aportaciones no dinerarias a entidades de tenencia de valores extranjeros no han dejado de tener ni un solo día el beneficio que disfrutaban en el ITP y AJD.

4. En el artículo 61 de la Ley 52/2002 se actualiza la escala de las tarifas por transmisión y rehabilitación de Grandezas y Títulos nobiliarios con efectos desde 1 de enero del año 2003.

Como viene siendo tradicional en los últimos años se actualiza por la ley de presupuestos la tributación del único subconcepto impositivo no cedido a las CCAA.

5. Precisión de la base imponible en los derechos reales de garantía y en las escrituras que documenten préstamos con garantía (art. 5.Uno Ley 53/2002).

Se añaden en el apartado 1 del artículo 30 LITP dos tipos de menciones:

«1. En las primeras copias de escrituras públicas que tengan por objeto directo cantidad o cosa valuable servirá de base el valor declarado, sin perjuicio de la comprobación administrativa. La base imponible en los derechos reales de garantía y en las escrituras que documenten préstamos con garantía estará constituida por el importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos. Si no constare expresamente el importe de la cantidad garantizada, se tomará como base el capital y tres años de intereses.

En la posposición y mejora de rango de las hipotecas o de cualquier otro derecho de garantía, la base imponible estará constituida por la total responsabilidad asignada al derecho que empeore de rango. En la igualación de rango, la base imponible se determinará por el total importe de la responsabilidad correspondiente al derecho de garantía establecido en primer lugar.»

La primera modificación del artículo 30 del Texto Refundido (que regula con carácter general la base imponible en el concepto documentos notariales de la modalidad actos jurídicos documentados) consiste en incorporar la misma redacción que la recogida en la letra c) del apartado 2 del artículo 10 (que regula la base imponible de las hipotecas, prendas y anticresis en el concepto de transmisiones patrimoniales onerosas).

La modificación es buen ejemplo del tono común de las medidas sobre los impuestos cedidos para 2003. Se trata de ganar seguridad jurídica, incorporando a la norma con valor de ley aquellos aspectos que en la práctica gestora, o en los tribunales, hayan podido dar lugar a distintas interpretaciones.

Y lo cierto es que, en el ámbito de los préstamos hipotecarios, y puestos a identificar cuestiones litigiosas, había un buen vivero.

De todas las cuestiones que en los últimos años se han puesto en discusión sobre esta materia (la prevalencia a efectos fiscales del préstamo sobre la hipoteca o viceversa, la sujeción al IVA o al ITP y AJD, la tributación por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas o por actos jurídicos documentados, la aplicación de la exención sobre determinadas operaciones financieras, la identificación del sujeto pasivo o la cuantificación de la base imponible), la que se ha decidido clarificar es la concerniente a la base imponible de los préstamos hipotecarios sujetos como documentos notariales.

La polémica se asentaba en las siguientes circunstancias: El artículo 10.2.c) es un precepto ubicado entre las normas del concepto transmisiones patrimoniales onerosas. Por tanto, de aplicación para aquellos derechos de garantía (y préstamos) constituidos por particulares, esto es, por quienes no tuvieran la condición de sujetos pasivos del IVA.

Sin embargo, la mayor parte de operaciones hipotecarias son las que garantizan préstamos efectuados por entidades bancarias. Del juego de distintas normas del Impuesto se desprende que este tipo de préstamos (sujetos y exentos en el IVA) están sujetos (en la medida que la hipoteca es inscribible en el Registro de la Propiedad) a AJD. La práctica habitual de la Administración ha venido siendo el liquidar estos préstamos sobre la base del capital garantizado.

Pero como ésa es la valoración prevista en el artículo 10.2.c), y como el artículo 30 (el aplicable en AJD) se limitaba a aludir al «valor declarado», se ofrecía una vía de interpretación para reclamar como base imponible en este tipo de préstamos hipotecarios el principal del mismo.

Esta línea alternativa de interpretación –que la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15-3-1994 calificó de arbitraria y sin fundamento– no parecía suficientemente argumentada como para invalidar la actuación administrativa. Sí que es cierto que este tipo de préstamos no podían subsumirse en el artículo 10.2.c), pero no lo es menos que había fundados razonamientos¹⁴ para identificar como valor declarado de este hecho imponible al total capital garantizado. En cualquier caso, la modificación de la norma zanja para el futuro esta cuestión.

La otra modificación de este precepto es la precisión de la base imponible en la posposición, mejora e igualación de rango hipotecario. En este tipo de operaciones registrales el hecho imponible se justifica en que (así R. TEAC 10-2-1994) «*la preferencia o rango es un derecho evaluable económicamente*». En esta perspectiva, lo que empeora o mejora un acreedor hipotecario puede evaluarse – y ésta es la decisión de la norma– en la total responsabilidad asignada al derecho que empeore de rango. Pues ésta es, en definitiva, la «*ventaja*» que adquiere el acreedor favorecido por la mejora de su rango o el empeoramiento del de un tercero ¹⁵.

Para el caso de la igualación –en el que el razonamiento y conclusión anteriores no valen– se opta (y ya así se había pronunciado la DGT del Ministerio de Hacienda en contestación a Consulta de 8-10-2002) por tomar como referencia a la hipoteca establecida en primer lugar.

6. Incorporación del Registro de Bienes Muebles al concepto AJD (art. 5.Dos Ley 53/2002).

Se modifica el apartado 2 del artículo 31, que quedará de la siguiente manera:

*«2. Las primeras copias de escrituras y actas notariales, cuando tengan por objeto cantidad o cosa valuable, contengan actos o contratos inscribirles en los Registros de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad Industrial y de **Bienes Muebles** no sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o a los conceptos comprendidos en los números 1 y 2 del artículo 1 de esta Ley, tributarán, además, al tipo de gravamen que, conforme a lo previsto en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, haya sido aprobado por la Comunidad Autónoma...»*

La enumeración en el artículo 31.2 de los Registros en los que la inscribibilidad de determinados actos desencadena la tributación en AJD ha planteado alguna controversia en el pasado.

Así sucedió, por ejemplo, con el Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento (actualmente integrado en el Registro de Bienes Muebles). En ese debate, tuvo que ser la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1997 la que definitivamente estableciera que los actos y contratos inscribibles en el mismo, estaban sujetos a la modalidad de AJD.

En previsión de que el Registro de Bienes Muebles (que recoge en distintas secciones la titularidad y gravámenes sobre tal tipo de bienes) pueda plantear ese tipo de confusión, la norma, entendemos que con un carácter meramente aclaratorio, deja sentado la sujeción de los actos y contratos inscribibles en el Registro de Bienes Muebles creado por Real Decreto 1828/1990, de 3 de diciembre.

7. Prescripción de documentos extranjeros (art. 50.Tres Ley 53/2002).

Se añade un párrafo 4 al artículo 50, que queda redactado en los siguientes términos:

«4. En el supuesto de escrituras autorizadas por funcionarios extranjeros, el plazo de prescripción se computará desde la fecha de su presentación ante cualquier Administración española, salvo que un Tratado, Convenio o Acuerdo Internacional, suscrito por España, fije otra fecha para el inicio de dicho plazo.»

Este nuevo apartado 4 del artículo 50 (ignoramos la razón de que este artículo pase del apartado 2 al apartado 4 sin existir apartado 3) responde –como su equivalente en el ISD– a un supuesto muy concreto de elusión tributaria. Dada la relativa facilidad con que se puede acceder a la intervención de funcionarios extranjeros, dado también el difícil acceso de las Administraciones tributarias españolas a esos documentos, y dado finalmente que el valor civil de tales documentos puede ser equivalente al que tendría una escritura autorizada por notario español, una vía de ocultación de hechos imposables consiste sencillamente en documentar las operaciones en territorios cuya legislación (y la internacional) permitan reunir las ventajas anteriores. Cuando además en la propia Península Ibérica hay territorios calificados como paraísos fiscales, no es de extrañar la reacción del legislador.

Ya se ha hecho notar que esta medida existe tanto en el ISD como en el ITP y AJD, pero se echa en falta algún tipo de cautela que pueda cumplir equivalente función, fundamentalmente respecto de la prueba que quepa exigir ante las ganancias patrimoniales no justificadas, en el IRPF o incluso en el IS.

El análisis de los distintos elementos de la norma debe partir de su esquema jurídico: cuando exista una escritura autorizada por funcionario extranjero, la consecuencia legal es que el plazo de prescripción se computa desde su presentación ante una Administración española salvo norma internacional en contrario.

a) *Escritura autorizada por funcionario extranjero*: la mayor parte de los hechos imposables del ISD y del ITP y AJD van ligados a documentos públicos de los que la Administración tributaria tiene conocimiento gracias a las obligaciones que a cargo de los notarios españoles establecen ambos tributos. Pero quedan fuera de ese conocimiento (además de las operaciones que puedan no estar comprendidas en las obligaciones formales referidas) tanto los documentos privados como los documentos públicos extendidos por funcionarios extranjeros. Respecto de los primeros, el artículo 50.2 LITP y el 94.2 RITP solucionan la laguna presumiendo como fecha de tales documentos la de su presentación. Pero respecto de las escrituras extranjeras no había protección similar hasta esta reforma.

En el ámbito del ISD no había norma similar a las existentes en la LITP. Quizás la razón fuera que el hecho imponible más importante (la adquisición sucesoria) se devenga con la

fecha de fallecimiento y no con la del testamento o con la de la escritura de aceptación. Pero esta nueva norma, fundamentalmente respecto de las donaciones que puedan escriturarse en el extranjero, sí que puede tener cierta importancia práctica.

- b) *¿Qué plazo de prescripción es el contemplado en la norma?* En primera instancia, y por su inclusión tanto en la LISD como en la LITP, hay que limitar la eficacia de la norma a esos dos impuestos. Pero como en ambos hay tres conceptos impositivos, es necesaria una mayor precisión.

Por lo que respecta al ITP hay que distinguir la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas de las de operaciones societarias y actos jurídicos documentados. En la primera el devengo se produce cuando se realiza el acto o contrato gravado, mientras que en las otras dos el devengo se sitúa el día en que se formalice el acto sujeto a gravamen.

En puridad, una norma como ésta, que toma como presupuesto la existencia de una escritura, y que tiene como consecuencia referir la prescripción a la fecha de presentación del documento, sólo tiene sentido si se refiere a hechos impositivos estrechamente ligados al documento (por tanto operaciones societarias y actos jurídicos documentados). Pero sin embargo, no sólo el precepto se presenta como aplicable a todo el impuesto ¹⁶, sino que también es cierto que en la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas suele haber coincidencia entre la realización del acto o contrato y la formalización del mismo.

Por lo que respecta al ISD el comentario gira en parecida línea. En las adquisiciones sucesorias y en los seguros de vida, como el devengo se produce con el fallecimiento, la previsión del artículo 25 LISD es de muy difícil asunción por la irrelevancia del documento sobre el devengo y por su carácter fundamental en la nueva norma. Respecto de las donaciones, que se devengan cuando se realice el acto o contrato, la norma tiene más sentido aunque sean oponibles las mismas reservas que antes expresábamos respecto de la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas.

- c) *El inicio del plazo se produce desde su presentación a una Administración española.* La razón de esa redacción es que, estando cedidos la mayor parte de los hechos impositivos del ISD y del ITP y AJD a las CCAA, hay que contemplar la existencia de distintas Administraciones. Sin embargo, la norma no exige ni que sea la Administración Tributaria de cada Comunidad Autónoma, ni que sea, precisamente, ante la Comunidad Autónoma competente conforme al punto de conexión.

La solución, por otra parte, es igual a la ya prevista para los documentos privados.

- d) *Salvedad por norma internacional:* La aplicación literal de la norma («salvo que un Tratado, Convenio o Acuerdo Internacional, suscrito por España, fije otra fecha para el inicio de dicho plazo») la hace prácticamente inviable. Pues difícilmente existirá algún instrumento jurídico internacional que fije un plazo de prescripción tributaria en el ITP y AJD o en el ISD distinto del de la legislación patria.

A pesar de la lectura anterior, y dado que la excepción no queda cerrada a ninguna norma concreta, es obligado referirse y anticipar el juego fundamental del Convenio de La Haya de 1961, sobre la eliminación del requisito de la legalización de documentos públicos extran-

jeros. Por el número de Estados firmantes del Acuerdo y por la cualidad de alguno de ellos (entre los firmantes se encuentran paraísos fiscales, destacando con luz propia y por obvias razones geográficas Andorra), esta excepción se antoja de tal importancia que, de matizarse el tenor literal que antes ofrecíamos, posiblemente sea el elemento decisivo de la verdadera trascendencia de la norma.

El propósito de este Convenio (que desde luego no fija otra fecha de inicio de la prescripción distinta al art. 50 LITP) es eximir¹⁷ de legalización a determinados documentos públicos (no sólo escrituras) cuando hayan de ser presentados en territorio distinto en el que fueron autorizados. Esa legalización se sustituye por la Apostilla que certifica «*la autenticidad de la firma, el carácter con que ha actuado el signatario del documento y, de corresponder, la identidad del sello o del timbre que lleva el documento*» (art. 3 del Convenio). Entre esta precisión y el aceptar como válida la fecha del documento público extranjero sólo se interpone la literalidad del artículo 50 LITP.

8. Regulación de la figura de representante de los no residentes (art. 5.Cuatro Ley 53/2002).

Se añade un nuevo apartado 5 al artículo 56, que quedará redactado de la siguiente manera:

«5. En las transmisiones de inmuebles, los contribuyentes no residentes en España tendrán su domicilio fiscal, a efectos del cumplimiento de sus obligaciones tributarias por este impuesto, en el domicilio de su representante, que deben designar según lo previsto en el artículo 9 de la Ley 41/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de no Residentes y Normas Tributarias. Dicho nombramiento deberá ser comunicado a la Administración Tributaria competente en el plazo de dos meses desde la fecha de adquisición del inmueble.

Cuando no se hubiese designado representante o se hubiese incumplido la obligación de comunicar dicha designación, se considerará como domicilio fiscal del contribuyente no residente el inmueble objeto de la transmisión.»

Ha sido tradicional en el ITP y AJD, y en el ISD, una figura extraña a otros impuestos: el presentador del documento. Las normas le atribuyen, por el solo hecho de la presentación, la condición de mandatario de los obligados al pago del impuesto. Tan es así, que el artículo 56.4 del Texto Refundido señala que «*todas las notificaciones que se le hagan en relación con el documento que haya presentado, así como las diligencias que suscriba, tendrán el mismo valor y producirán iguales efectos que si se hubieran entendido con los propios interesados*».

Esta figura –no exenta de grandes problemas teóricos y prácticos– no cumplía, en el caso de contribuyentes no residentes, los fines que la normativa le reservaba. A esta limitación contribuían tanto la singularidad de los impuestos de devengo instantáneo y declaración no periódica, como la presión indirecta que sobre el «mandatario» de un no residente se pudiera estar estableciendo.

Sea como fuere, y al modo que existe en otros impuestos, se regula expresamente la figura del representante del no residente.

El esquema legal de esta institución es una mezcla de distintos mandatos:

- Se debe designar representante según lo previsto en el artículo 9 de la Ley 41/1998 (relativa al Impuesto sobre la Renta de No Residentes, en adelante IRNR).
- Consecuencia de lo anterior es la obligación de comunicar a la Administración Tributaria el nombramiento en el plazo de dos meses desde la adquisición del inmueble.
- El domicilio fiscal del contribuyente no residente estará en el domicilio de su representante. Caso de no nombrarse representante, el domicilio estará donde radicara el inmueble.

a) Obligación de designar un representante según el artículo 9 Ley 41/1998.

La remisión a una normativa de un impuesto de naturaleza tan distinta (el IRNR) exige analizar en qué medida y con qué matices la norma a la que se reenvía es aplicable. Por tanto, procede comparar las distintas previsiones de ese artículo 9 con la normativa del ITP y AJD.

- Supuestos de nombramiento obligatorio:

La obligación –según la norma del ITP y AJD– incumbe al contribuyente (no residente) en una transmisión de inmuebles¹⁸. Ahora bien, la designación conforme al IRNR nos podría llevar a otros supuestos. Los potencialmente aplicables al ITP y AJD quedan reducidos a los casos en que, cuando «debido a la cuantía y características de la renta obtenida en territorio español por el contribuyente, así lo requiera la Administración tributaria». ¿Es aplicable al ITP y AJD esta restricción en la obligación de nombrar representante o todos los supuestos de adquisición de inmuebles exigirán el nombramiento? Entendemos que existiendo una limitación propia en el ITP y AJD para el nombramiento de representante (la que lo circunscribe a la adquisición de inmuebles), y dado que la renta obtenida en territorio español por el contribuyente es irrelevante y ajena a la materia imponible del ITP y AJD, la remisión a la LIRNR no debe entenderse a los supuestos de hecho que generan la obligación de nombramiento.

- Plazo para el nombramiento:

La nueva redacción de la LIRNR –solucionando por fin lo que de ingenuidad o laguna tuviera la anterior– fija el plazo para nombrar representante en la finalización del de declaración de la renta obtenida en España. No nos parece contradictorio con nuestro razonamiento anterior (en el que negábamos extrapolar las referencias hechas a la obtención de renta para su aplicación en un impuesto indirecto), el señalar ahora que, para el ITP y AJD, habría que entender¹⁹ que el plazo de nombramiento expira cuando lo haga el de declaración de la

adquisición efectuada. Bien es verdad que el establecimiento de un plazo para comunicar a la Administración ese nombramiento, y que el inicio de ese plazo no se sitúe en la fecha del nombramiento sino en la de la adquisición del inmueble, pueden hacer innecesario la fijación de un plazo específico de nombramiento de representante.

- Cualidad del representante:

Las indicaciones del IRNR exigiendo la residencia en España de la persona física o jurídica que represente al no residente parecen fácil y obligatoriamente aplicables en el ITP y AJD.

La función del representante del no residente (abandonada ya hace unos años la de hacerle responsable solidario de sus deudas) es principalmente la de agente colaborador de la Hacienda Pública. En el caso del ITP y AJD la colaboración que la Administración precisaría sería la de un interlocutor para la recepción de notificaciones y la formulación de las alegaciones que fueran precisas.

En el IRNR, de la condición de representante se desprenden dos cuestiones distintas: 1) Es quien representa ²⁰ ante la Administración tributaria al no residente (art. 9) y 2) El domicilio fiscal del no residente se ubica en el domicilio fiscal del representante.

En el ITP y AJD esa doble implicación no se aprecia tan claramente. Sí que resulta de la mera lectura de la norma que el domicilio fiscal del no residente será el de su representante a los efectos de este impuesto. Pero nada se dice sobre que ese representante asuma obligaciones adicionales. ¿Debe entenderse que, a pesar de su no inclusión expresa en la norma del ITP y AJD, las funciones del representante son en este impuesto las mismas que en el IRNR? Nuestra opinión es afirmativa por cuanto:

- El silencio de la norma del ITP y AJD puede entenderse justificado por la remisión que se hace al IRNR, dado que en este impuesto se caracteriza adecuadamente el ámbito de la representación.
- Aun sin esa remisión, carecería de sentido que se estableciera la obligación de nombrar representante, para no actuar como representante, y servir única e indirectamente para señalar un domicilio a efectos de notificaciones. El sinsentido (de nombrar para nada a un representante) se acentúa si se recuerda que el presupuesto del nombramiento es estar ante una adquisición de inmueble en España. Si lo que la norma pretendía era simplemente fijar un domicilio a efectos de notificaciones, hubiera sido más coherente el señalar como tal el inmueble adquirido por el no residente.

b) Obligación de comunicar el nombramiento a la Administración tributaria competente.

El plazo son dos meses desde la adquisición del inmueble. Como se ha mencionado, al fijar el inicio del plazo en una fecha cierta, la norma hace innecesario el establecimiento de un plazo autónomo y diferenciado de nombramiento del representante.

c) Incumplimiento de las obligaciones establecidas.

La consecuencia de no designar representante o no comunicar dicha designación es considerar domicilio fiscal del contribuyente al inmueble objeto de la transmisión. Nada se dice de la posibilidad de entender cometida una infracción simple. El cuadro normativo de la punibilidad de este tipo de conductas no deja de ser curioso: en el IRNR (art. 9) se prevé la infracción y la sanción. En el IVA (art. 82 RIVA) se prevé la infracción. En el ITP y AJD no se prevé nada. Sin embargo, entendemos que, de darse el elemento subjetivo exigido por el artículo 77 de la LGT, los incumplimientos que se comentan podrían ser sancionados por tener fácil subsunción en el artículo 78 de la misma norma.

9. Bonificación de la cuota en Ceuta y Melilla (art. 5.Cinco Ley 53/2002).

El nuevo artículo 57 bis LITP –pieza clave en el régimen fiscal de ambas ciudades– recoge prácticamente todos los supuestos (notoria es la exclusión de las letras de cambio) cuyo rendimiento está cedido en este impuesto a las Comunidades y Ciudades autónomas. Por tanto, el resumen del mismo es que el ITP y AJD aplicable en ambas ciudades es el 50 por 100 del que correspondería en el resto de España si las CCAA no hubieran ejercitado su capacidad normativa.

10. No tributación del cambio de valor de las acciones (disposición derogatoria única Ley 53/2002).

La norma con rango de ley formal que se está analizando se dedica en este apartado a derogar una disposición reglamentaria. En concreto, el artículo 75.6 RITP que establecía la sujeción por AJD de las escrituras que documentaban el cambio de valor de las acciones o su condición de nominativas o al portador. Y es que la vida de este precepto, como ahora se detallará, ha sido escasamente gloriosa.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1997 lo anuló por lo que se refería al cambio de condición de nominativas o al portador, al considerarlo incompatible con la Directiva 69/335/CEE y por no apreciar acto con cantidad valuable.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2001, sin llegar a la anulación del precepto, consideró que un cambio de valor de las acciones, por no repercutir en la cifra de capital ni implicar aportación alguna de los socios, era incompatible con la citada norma europea.

En esta coyuntura, la derogación del precepto tiene todos los visos de ser la certificación de lo que ya el Tribunal Supremo había determinado.

NOTAS

- ¹ Por eso mismo, seguimos encontrando su sentido fundamentalmente en que en la letra b) incurren las sociedades de cartera y mera tenencia de bienes que además reúnen los requisitos exigidos (de número y condición de socio) para ser consideradas patrimoniales.
- ² Alteramos para nuestro análisis el orden numérico de los artículos por la relación que este primero (el 26) tiene con uno de los elementos liquidatorios más importantes del impuesto (el art. 20 referido a las reducciones empresariales y de vivienda habitual) y por la conveniencia de comentarlo anticipadamente.
- ³ Sin llegar a los extremos de la modificación que se analizará a continuación, la escasa claridad de la norma exige una mejor formulación y su urgente explicación vía doctrina administrativa.
- ⁴ Como este requisito no nos parece ejemplo de las mejores creaciones fiscales intentamos limitar al máximo el usarlo como referencia. Pero en este caso sí creemos conveniente su cita.
- ⁵ El resumen que hace la DGT de los hechos y de la cuestión planteada no permite deducir si exactamente está tratando este caso concreto. Por un lado, contesta indicando la valoración fiscal del derecho recogido en el artículo 68 LSA. Pero en la segunda parte de la contestación responde a la aplicación de la reducción del 95 por 100 a los «supuestos de consolidación contemplados en el escrito de consulta» (*sic*). Como los únicos supuestos contemplados en el resumen son los del artículo 68, y como la aplicación de la reducción en la consolidación la ha venido confirmando la DGT, entendemos que los casos en los que la niega son sólo los del artículo 68 LSA. Pero de ser así parece haber una inadecuada mezcla de tal derecho con la consolidación del dominio.
- ⁶ Por ello se aludirá indistintamente en este trabajo a acciones o participaciones cuando el régimen fiscal sea idéntico para ambos tipos de valores.
- ⁷ También a la empresa individual y al negocio profesional se aludirá indistintamente en este trabajo.
- ⁸ Nos referimos a que, en esta reducción, no se exige durante el período de mantenimiento de 10 años de los bienes heredados ningún tipo de requisito. Es decir, se exige que las acciones que se heredan estén exentas en el causante. Pero si al día siguiente la sociedad en cuestión se convierte en patrimonial, no se pierde la reducción.
- ⁹ Otra alternativa sería referir ese período de tiempo a los años en los que las participaciones gozaran de exención en el IP. Pero, siendo razonable este criterio, choca con el inconveniente de referir la reducción en el ISD del heredero del usufructuario a la situación tributaria del nudo propietario.
- ¹⁰ El análisis global de la fiscalidad de este derecho excede de nuestro propósito en este trabajo. Clave de la misma ha de ser su naturaleza jurídica. Dependiendo de que la finalización del usufructo determine el nacimiento, o simplemente la exigibilidad del crédito, la tributación en IP será muy distinta. También el que se determine que la finalización del usufructo opera *ipso iure* sobre este derecho o que, por el contrario, sea necesaria la voluntad del heredero, puede tener efectos sobre la sujeción en el ISD. Finalmente, estas cuestiones son también claves en un supuesto que puede ser frecuente: cuando el heredero del usufructuario sea, precisamente, el nudo propietario. En tales casos, el que el crédito se extinga por confusión, o que no llegue a nacer, determinará los efectos fiscales en el ISD.
- ¹¹ La otra alternativa –que la herencia de esos derechos económicos tenga reducción también cuando aquéllos procedan de un usufructo nacido onerosamente– nos alejaría un poco más del sentido de la reducción.
- ¹² Con todo sobre la mención final a la percepción de los derechos «en forma de participaciones en las empresas, negocio o entidades afectados», aún puede hacerse alguna reflexión adicional. En concreto, sobre que sea una participación en una empresa o negocio individual. Porque si la participación en una entidad sí es un bien concreto, y además sintoniza con la legislación mercantil, una «participación» en una empresa individual ni parece tan lógica ni tiene respaldo iusprivatista. No tiene sentido que el nudo propietario pague al usufructuario entregando toda la empresa, ni que le ceda una cuota de participación.
- ¹³ Suele pasar también que en este impuesto los beneficios adoptan la forma de exenciones mientras que en el IS, el IRPF o el Impuesto municipal sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana se arbitran como diferimiento. Pero este caso concreto presenta algún tipo de singularidad. Y así, la presencia de beneficios para quien opte por liquidar la entidad sólo puede entenderse desde la rotunda preferencia por la neutralidad fiscal como principio de la reforma. El régimen de transparencia fiscal era obligatorio y tenía una finalidad cautelar que permitiría calificarlo de «penalizador». Cuando se suprime este régimen, la alternativa para tales sociedades es el tributar conforme al régimen general o conforme al régimen de sociedades patrimoniales. Como entendemos que el régimen de sociedades patrimoniales, a pesar de ese llamativo tipo del 40 por 100, no es para la generalidad de las sociedades más gravoso que el de transparencia fiscal,

la situación que se abre ante las sociedades transparentes (y fundamentalmente a sus socios personas físicas) es la de migrar desde un régimen obligatorio y cautelar a uno más favorable (sea el general o el de patrimoniales) o, al menos, similar. Y en ese esquema (que evidentemente puede tener excepciones) no deberían tener cabida, salvo por la ya referida preferencia por una absoluta (y casi retroactiva) neutralidad, los beneficios fiscales.

- ¹⁴ En nuestra opinión, los argumentos para tomar como valor declarado la cifra que propugnaba el artículo 10.2.c) eran más que suficientes:
- Por coherencia entre hecho imponible y base imponible: el objeto directo de la escritura (y en AJD éste es el elemento objetivo del hecho imponible) es la hipoteca. Si no hubiera tal derecho de garantía, el contrato de préstamo podría recogerse en documento privado. Además, la razón de que el contrato sea inscribible (y derivativamente objeto de gravamen) es la hipoteca, no el préstamo. Pues bien, el valor de la hipoteca (arts. 114 y concordantes de la Ley hipotecaria) no es otro que el capital total garantizado incluyendo principal, intereses y demás partidas pactadas.
 - En consecuencia, la Administración no aplicaba el artículo 10.2.c) a un concepto impositivo distinto. Su cita, con todo, no era inapropiada. Este precepto es una precisión de la regla general del 10.1, que remite al valor real del derecho que se constituya. Y si la ley entiende, «*en particular*» (encabezamiento del art. 10.2), que ese valor real es el capital garantizado, también debería ser ésa la conclusión cuando la norma genérica del artículo 30 apelaba al valor declarado.
- ¹⁵ En este sentido ya se pronunció la DGT (Consulta de 29-7-2002).
- ¹⁶ La reflexión que hacemos sobre el sentido de esta medida la extendemos también a lo que dispone el artículo 50.2 sobre los documentos privados.
- ¹⁷ Como indica el propio artículo 2 del Acuerdo se trata de evitar las formalidades que normalmente corresponden a los agentes diplomáticos o consulares.
- ¹⁸ Realmente transmisión de inmuebles puede haberla en los tres conceptos impositivos de este tributo, aunque lo normal será que afecte la norma a las modalidades de transmisiones patrimoniales onerosas y de actos jurídicos documentados.
- ¹⁹ Es una adaptación que no parece en exceso forzada en la medida que la otra norma que se podría tomar como referencia –el art. 82 del Reglamento del IVA regulador de la obligación de nombrar representante por el no residente– todavía hace más perentorio el plazo al exigir el nombramiento antes de realizar las operaciones sujetas. No obstante esta conclusión, entendemos que, por los problemas de gestión que las adquisiciones de no residentes plantean, no sería desorbitado el que la norma optara en un futuro – al modo que se hace en el IVA– por exigir la obligación de representante antes de adquirir el inmueble.
- ²⁰ Tal y como se regula esta figura en el IRNR, en el IVA y en el ITP y AJD parece existir una estanquidad en la representación. Esto es, que para cada impuesto se precisa un mandato distinto.