

TRIBUTACIÓN

**ECONOMÍAS DE OPCIÓN EN
EL GRAVAMEN DE LAS PLUSVALÍAS
INMOBILIARIAS**

**Núm.
54/2002**

JOSÉ M. PEÑA GARBÍN

Inspector de Hacienda del Estado

Extracto:

TRAS una explicación de la importancia y las fórmulas para calcular el gravamen de las plusvalías en el IRPF el autor hace un detallado recorrido por los distintos beneficios fiscales que afectan a las plusvalías generadas en las transmisiones de inmuebles, y que van desde la venta de una modesta «vivienda habitual» hasta la planificación en la sucesión de los grandes patrimonios inmobiliarios.

La exposición se apoya en numerosos ejemplos prácticos e incluye no pocos comentarios muy útiles para entender el verdadero alcance de algunas normas poco conocidas. Y termina con algunas sugerencias de especial interés en estos momentos en que se proyecta una reforma en nuestro IRPF y la LGT.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Régimen general y transitorio de las plusvalías en el IRPF.
 1. Régimen general.
 2. Régimen transitorio.
 3. El problema de los elementos «afectos» a actividades económicas.
- III. Casos particulares.
 1. Las plusvalías en inmuebles «comunes» a los cónyuges.
 - A. Los problemas en la disolución de la sociedad de gananciales y extinción del régimen de participación o separación de bienes.
 - B. Bienes comunes que se utilizan en una actividad económica.
 2. Beneficios en la transmisión de la «vivienda habitual».
 - A. Exención por reinversión.
 - B. Exención a personas mayores de 65 años.
 3. Ventajas en las sucesiones y donaciones de la llamada «empresa familiar».
 - A. Transmisión de las acciones.
 - B. Transmisión de los inmuebles.
- IV. Aportaciones de inmuebles a sociedades.
 1. Régimen general.
 2. Aportaciones no dinerarias «especiales».
- V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Según diversos estudios de reciente publicación, en nuestro país cerca del 70% del patrimonio familiar está constituido por inversiones en inmuebles, ostentando el récord europeo en porcentaje de viviendas secundarias y desocupadas. La otra cara de la moneda es que en los últimos 20 años el precio de la vivienda en España aumentó un 726% en términos nominales, seis veces más que en el resto de Europa, y también encabezamos el *ranking* en el esfuerzo financiero que necesitan las familias españolas para acceder a la propiedad de su vivienda.

El *boom* inmobiliario que vivió nuestro país en los ochenta y el más reciente de los últimos años hace que para muchos ciudadanos las plusvalías que han obtenido o pueden obtener con la transmisión de sus inmuebles les puede suponer tanta renta como la que han conseguido ahorrar durante su vida laboral con sus fuentes ordinarias de ingresos. Estos hechos son ya suficientemente expresivos de la importancia que tiene el tratamiento de las plusvalías inmobiliarias en el IRPF, una importancia que se acentúa para los afortunados que tengan inmuebles adquiridos hace tiempo y que recobra actualidad en estos momentos en que se proyecta una modificación en el IRPF que pudiera afectar al tratamiento de las plusvalías.

El gravamen de las plusvalías en nuestro IRPF ha sufrido importantes cambios a lo largo del tiempo, entre otras razones, para tener en cuenta el efecto de la inflación sobre las plusvalías nominales obtenidas. De una etapa en que el efecto de la inflación se corregía con la simple aplicación de unos «coeficientes de actualización» del valor de adquisición se pasó a un sistema basado en la aplicación de unos «coeficientes reductores» de la plusvalía en función de la antigüedad del bien transmitido, lo que implica que a partir de una cierta antigüedad la plusvalía quedaba totalmente exenta, al principio por el transcurso de 20 años y más tarde se rebajó a 10 años tratándose de inmuebles no afectos a actividades económicas. Esta situación volvió a cambiar con las reformas iniciadas en 1996 aunque, como veremos, se mantiene un régimen transitorio que resulta especialmente interesante para inmuebles adquiridos con una cierta antigüedad.

Al analizar el gravamen de las plusvalías inmobiliarias sería conveniente extenderlo al ámbito del Impuesto sobre Sociedades (IS), es decir, cuando el inmueble lo transmite una sociedad o persona jurídica sujeta a dicho impuesto ya que, en principio, cualquier persona física puede acogerse al régimen tributario de dicho impuesto sin más que operar en el tráfico inmobiliario a través de

sociedades previamente constituidas o adquiridas. Ahora bien, la extensión al ámbito del IS y sus diferentes regímenes especiales comportaría una ampliación del objeto de estudio que no se pretende en las páginas que siguen aunque, por su importancia, al final haremos referencia a las consecuencias tributarias de las aportaciones de inmuebles a sociedades.

En definitiva, las páginas que siguen analizan el tratamiento de las plusvalías inmobiliarias realizadas por personas físicas centrándonos especialmente en las distintas «economías de opción» que permite la legislación actualmente vigente, con algún ejemplo práctico y con especial atención a las distorsiones que genera el actual régimen transitorio de las plusvalías en el IRPF.

II. RÉGIMEN GENERAL Y TRANSITORIO DE LAS PLUSVALÍAS EN EL IRPF

1. Régimen general.

La reforma iniciada en el año 1996 y más tarde consagrada en la Ley 40/1998, aplicable para las rentas obtenidas a partir de 1999, supuso un nuevo tratamiento de las plusvalías en el IRPF que pasaron a denominarse «ganancias o pérdidas de patrimonio». Sin perjuicio de las particularidades cuando se trate de bienes adquiridos antes de 1995 y que luego veremos, el régimen aplicable a las plusvalías obtenidas ahora por personas físicas se caracteriza por lo siguiente:

- Tributan al tipo fijo del 18% siempre que haya pasado más de un año entre las fechas de adquisición y transmisión del bien que genera la plusvalía, tipo que se pretende reducir al 15% a partir del 2003. El plazo se computa de fecha a fecha y, tratándose de inmuebles, lo normal es que al transmitirlos tengan esa antigüedad mínima dada las características de estas inversiones y los costes indirectos asociados a cualquier transmisión inmobiliaria. Si no ha transcurrido el año desde su adquisición, entonces la plusvalía se integra en la base general tributando al tipo marginal del impuesto, que ahora puede llegar hasta el 48% y que se pretende rebajar al 45%. El tipo fijo del 18% no se reduce porque aumente su antigüedad y de ahí la importancia del plazo del año.
- En cuanto al importe de la plusvalía gravada, en el régimen general desaparecieron los antiguos «coeficientes reductores» en función de la antigüedad, y ahora se aplican unos «coeficientes de actualización» del valor de adquisición cuando se transmiten inmuebles. Es decir, para calcular la plusvalía en la transmisión de un inmueble se actualiza el valor de adquisición multiplicándolo por el coeficiente de actualización que fija la Ley de Presupuestos atendiendo al año en que se adquirió. Este coeficiente pretende corregir el efecto de la inflación sobre la plusvalía nominal obtenida, es diferente según que el inmueble estuviera o no afecto a una actividad económica y normalmente sólo absorbe una parte de la plusvalía nominal obtenida, definida por la diferencia entre el valor de transmisión y el de adquisición (arts. 32 y 33 de la Ley 40/1998, del IRPF).

- Si se transmiten inmuebles que estén «afectos» a una actividad empresarial o profesional, ahora la plusvalía obtenida no se suma al rendimiento de esa actividad económica sino que, a todos los efectos, se califican de «ganancias de patrimonio» y en consecuencia tributan al 18% si ha pasado un año desde su adquisición (art. 26.2). Por otra parte, desapareció la antigua exención por reinversión y desde este año también el diferimiento en el pago cuando había reinversión (art. 36.2). En definitiva, si ahora una persona física transmite un inmueble «afecto» y reinvierte en otro bien, deberá pagar por la plusvalía fiscal obtenida y sólo podrá beneficiarse de las mayores amortizaciones si tiene la consideración de PYME (art. 127 de la Ley 45/1995 del IS).
- Por último, si aplicando las normas de cálculo en lugar de plusvalía resulta una minusvalía («pérdida de patrimonio»), éstas se integrarán en la base imponible general si no ha pasado el año desde su adquisición o en la base especial si ha pasado el año. Ello condiciona la posibilidad de que esa pérdida pueda ser compensada con rentas positivas que se obtengan en el año de la transmisión o en los cuatro siguientes. Con el actual esquema de compensación interesa que las minusvalías se realicen antes de que pase un año; así podrán absorber «rendimientos» positivos, es decir, desgravarían al tipo marginal del impuesto, mientras que si pasa el año sólo podrán absorber plusvalías de más de un año y, por tanto, desgravarían al 18% (arts. 38 y 39). Pero no vale anticipar la venta del inmueble con pérdidas y volverlo a recomprar para beneficiarse de la compensación, ya que entonces se difiere hasta la posterior venta del bien readquirido [art. 31.5 e)]. En todo caso, es de resaltar la diferencia entre el plazo de cuatro años para compensar la pérdida cuando vende una persona física, frente al plazo de 15 años cuando la pérdida la realiza una sociedad.

1

Ejemplo:

Supongamos que en enero de 2002 se vende un inmueble por 100.000.000 de pts. (601.012,10 euros) y había sido adquirido por 60.000.000 de pts. en diciembre de 1999. Suponiendo una amortización fiscal de 1.000.000 por año:

- Plusvalía nominal obtenida = $100 - 60 = 40.000.000$ de pts. (240.404,84 euros)

- Plusvalía gravada:

A. Si no estaba afecto a una actividad económica:

- Valor de adquisic. actualizado (art. 58 Ley 23/2001):

$$(60 \times 1,0608) - (1 \times 1,0404 + 1 \times 1,0200) = 61.587.600$$

- Plusvalía resultante:

$$100.000.000 - 61.587.600 = 38.412.400 \text{ pts. (230.863,17 euros)}$$

.../...

.../...

B. Si estaba «afecto» a una actividad económica:

– Valor de adquisic. actualizado (art. 59 Ley 23/2001):

$$(60 \times 1,0388) - (1 \times 1,0337 + 1 \times 1,0124) = 60.281.900$$

– Plusvalía resultante:

$$100.000.000 - 60.281.900 = 39.718.100 \text{ pts. (238.710,58 euros)}$$

Como se desprende del ejemplo, los coeficientes de actualización rebajan algo la plusvalía que se grava sin que existan grandes diferencias según estuviera o no afecto a una actividad económica. En ambos supuestos, al haber transcurrido más de un año entre las fechas de compra y venta del inmueble, aquellas plusvalías tributarán al tipo del 18%, cualquiera que sea su importe y las demás rentas que tenga el vendedor.

2. Régimen transitorio.

La supresión de los antiguos «coeficientes reductores» de la plusvalía en función de la antigüedad planteaba la duda de si podrían seguir aplicándose aquellos coeficientes cuando ahora se transmite un bien adquirido antes de la reforma y que con la normativa antigua pudieron acogerse a ellos, es decir, en las transmisiones de los bienes adquiridos antes de 1995 y que no estuvieran afectos a actividades económicas. Ante las dudas sobre su constitucionalidad finalmente se recogió esta posibilidad en la Ley 40/1998, conocida como régimen transitorio de las plusvalías, siempre que se trate de elementos «NO AFECTOS» a actividades económicas.

Ahora bien, en la aplicación de aquellos coeficientes reductores no se tiene en cuenta la antigüedad ganada a partir de 31-12-1996, es decir, en la fórmula de cálculo sólo interviene la antigüedad desde la fecha de adquisición hasta aquella fecha, redondeando por exceso. Por otra parte, los coeficientes reductores sólo se aplican cuando hay plusvalía, nunca para reducir minusvalías, y es compatible con la aplicación de los coeficientes «de actualización» del valor de adquisición ya que éstos sólo contemplan la inflación desde 1994 (DT Novena de la Ley 40/1998 y DT Octava de la Ley 18/1991).

En definitiva, el llamado régimen transitorio de las plusvalías permite beneficiarse de los antiguos coeficientes «reductores» por la antigüedad hasta 31-12-1996 y de los coeficientes de actualización por la antigüedad desde el 96. Este régimen transitorio sólo se aplica cuando ahora se transmite un bien «no afecto» y que a 31-12-1996 tuviera más de dos años de antigüedad, es decir, que hubiera sido ADQUIRIDO ANTES DE 1995. Tratándose de inmuebles la reducción de la plusvalía es de un 11,11% por cada año de antigüedad y ello implica que queda totalmente exenta la plusvalía cuando el bien transmitido tuviera más de 10 años de antigüedad a 31-12-1996, es decir, los adquiridos antes de 31-12-1986, y parcialmente exenta cuando se adquirió entre el 1987 y 1994.

2

Ejemplo:

Sea un terreno adquirido el 2-12-1988 por 100.000.000 de pts. y vendido en el año 2002 por 200.000.000. Hacemos los cálculos bajo las hipótesis de que estuviera afecto o no al venderse, y considerando que al tratarse de un terreno no intervienen amortizaciones.

1. Si no estaba afecto a una actividad económica será de aplicación el régimen transitorio:

- Plusvalía según régimen general:

$$GP = VT - (VA \times \text{coefic. actualiz.}) = 200 - (100 \times 1,1016) = 89.840.000 \text{ pts.}$$

- Régimen transitorio:

Antigüedad desde el 2-12-1988 hasta 31-12-1994 (redondeando por exceso) ... 7

Coefic. reductor = $11,11\% \times 7 \text{ años} = 77,77\%$

(es decir, sólo tributa el 22,23% de aquella plusvalía)

- Plusvalía a tributar 19.971.432
- Cuota a pagar (el 18%) 3.594.857 pts. (21.605,53 euros)

2. Si el terreno estaba «afecto» a una actividad económica entonces no procede la reducción del régimen transitorio y el coste fiscal sería:

- Régimen general:

$$GP = VT - (VA \times \text{coefic. actualiz.}) = 200 - (100 \times 1,4098) = 59.020.000$$

(coeficientes del IS)

- Cuota a pagar (el 18%) 10.623.600 pts. (63.849,12 euros)

Como puede observarse de este sencillo ejemplo, para una misma plusvalía el coste fiscal es muy distinto según que pueda acogerse o no al régimen transitorio. Es más, si aquel terreno se hubiera adquirido antes del 31-12-1986 entonces la reducción de la plusvalía sería del 100% y, por tanto, se podría vender a cualquier precio sin tener que pagar nada de IRPF.

El régimen transitorio supone así una importante ventaja fiscal en las transmisiones de inmuebles u otros bienes o derechos antiguos por personas físicas del que no se benefician las sociedades, ni los adquiridos después de 1995, ni los que estuvieran «afectos» a una actividad económica. Su sistema de coeficientes reductores por antigüedad genera una importante asimetría al gravar las plus-

valías y abre la vía a posibles manipulaciones en el valor de transmisión ya que, a partir de una cierta antigüedad, cualquiera que sea el importe de la plusvalía nominal obtenida quedaría totalmente exenta. En definitiva, por la forma en que opera el actual régimen transitorio, tratándose de inmuebles adquiridos antes del 95, sus coeficientes reductores también benefician a las revalorizaciones que hayan experimentado desde 1995, en manifiesta injusticia frente a quienes adquirieron sus inmuebles después de esa fecha ya que sólo podrán beneficiarse de los coeficientes de actualización, y si no fueran inmuebles ni eso.

Por cierto, el régimen transitorio no sólo es aplicable en las transmisiones y ventas de los inmuebles y demás bienes o derechos «antiguos» sino que también lo es en las transmisiones de derechos que recaigan sobre inmuebles, permutas, aportaciones no dinerarias... e incluso cuando el inquilino de un inmueble cobra una indemnización del propietario por resolución del contrato por mutuo acuerdo. En este último caso la antigüedad empieza a contar desde que se formalizó el arrendamiento y serían aplicables los mismos coeficientes reductores que para la venta del inmueble (DGT 21-4-1997), si hubo subrogaciones el cómputo de la antigüedad se iniciaría con ella (DGT 5-11-1997), pero si la indemnización es por un local que el arrendatario utiliza en su actividad entonces no sería aplicable el régimen transitorio al tratarse de un derecho «afecto» a su actividad económica (DGT 20-12-1999).

En definitiva, mientras esté vigente el actual régimen transitorio de las plusvalías en el IRPF las personas que tengan inmuebles antiguos pueden estar tranquilos ya que podrán realizar sus plusvalías con poco coste fiscal, o ninguno si lo adquirió antes de 1987. La situación es bien distinta si esos inmuebles los tiene «afectos» a una actividad económica, es decir, las que generan rendimientos empresariales o profesionales de acuerdo con las definiciones del IRPF.

3. El problema de los elementos «afectos» a actividades económicas.

Ya vimos que los inmuebles y demás bienes que su propietario utiliza en su propia actividad empresarial o profesional no pueden beneficiarse del régimen transitorio de las plusvalías cuando los venda. Cualquiera que fuese su fecha de adquisición, en el cálculo de la plusvalía sólo pueden beneficiarse de los mayores coeficientes de actualización del valor de adquisición previsto para las sociedades, que no suelen cubrir toda la revalorización experimentada por los inmuebles en los últimos años.

Esta discriminación se justifica porque los bienes afectos nunca pudieron beneficiarse de los coeficientes reductores por antigüedad, salvo que se «desafectaran» antes de transmitirse. Y porque las normas fiscales a veces autorizan la revalorización de sus valores contables con efectos fiscales, si bien estas revalorizaciones tienen unos límites y tampoco suelen recoger la totalidad de las plusvalías latentes en inmuebles muy antiguos (la última en 1996 y regulada en el RD 2607/1996).

Según la normativa del IRPF se consideran inmuebles «afectos» a una actividad económica cuando su dueño los utiliza en la realización de una «actividad económica», ya sea de carácter empresarial o profesional, en otro caso se considera que no están afectos (art. 27 de la Ley y arts. 21 y 22 del Reglamento). Así, no se consideran afectos un piso vacío, las viviendas de un contribuyente, o

un local comercial que está alquilado a un tercero aunque éste lo utilice para una actividad empresarial o profesional. Y por la importancia que tiene en el tratamiento de las plusvalías, recordemos también que el «arrendamiento» y la «compraventa» de inmuebles sólo se considera una actividad económica cuando se tiene al menos un empleado y un local desde donde se gestiona la misma (art. 25.2 de la Ley).

Sin perjuicio de las ventajas fiscales que en algunos casos tienen los inmuebles afectos a una explotación económica, y que luego veremos, lo cierto es que si se trata de inmuebles adquiridos antes del 95 normalmente interesa que se considere «no afecto» para así beneficiarse del régimen transitorio de las plusvalías al transmitirlos. Con la redacción inicial de la Ley y puesto que nada impide que un inmueble que se utiliza en una actividad económica se «desafecta» en un determinado momento, el sentido común aconsejaba que cuando se fuera a vender un inmueble afecto antes se desafectaba y así se beneficiaría de los coeficientes reductores del régimen transitorio. Más aún si se tiene en cuenta que el artículo 26.3 de la Ley ahora no exige que pasen 3 años de aquella desafectación.

Para corregir esa «economía de opción» que permitía la Ley, el Reglamento incorporó un requisito adicional para beneficiarse del régimen transitorio al disponer que: «A estos efectos, se considerarán elementos patrimoniales afectos a actividades económicas aquellos en los que la desafectación de estas actividades se haya producido con más de TRES AÑOS de antelación a la fecha de transmisión» (DT 4.ª). Y ante su posible ilegalidad más tarde la Ley 55/1999 incorporó ese mismo precepto a la Disposición Transitoria Novena de la Ley del IRPF, por cierto, con efectos retroactivos desde 1999.

En definitiva, si un empresario o profesional decide ahora transmitir un inmueble adquirido antes del 95 que estuviera afecto a una actividad económica, para beneficiarse de los coeficientes reductores del régimen transitorio tendría que «desafectarlo» y esperar a que pasen 3 años. En otro caso es posible que la plusvalía gravada sea importante, aunque siempre tiene el consuelo de que tributa al tipo reducido del 18% y que puede rebajarse al 15% a partir del año próximo.

3

Ejemplo:

Supongamos un empresario o profesional que en 1986 compró un local por 20.000.000 y ahora lo va a vender por 100.000.000 obteniendo una plusvalía nominal de 80.000.000.

- Si pudiera acogerse al régimen transitorio estaría exenta toda la plusvalía, pues tenía más de 10 años a 31-12-1996.
- Pero si lo tiene «afecto» a su actividad económica, entonces deberá pagar lo siguiente (prescindiendo de las amortizaciones):

Valor de adquisición actualizado = $20.000.000 \times 1,549 = 30.980.000$

Plusvalía gravada = $100.000.000 - 30.980.000 = 69.020.000$

Cuota a pagar (al 18%) = 12.423.600 pts. (74.667,34 euros)

La interpretación que hace la Dirección General de Tributos (DGT) de aquella norma transitoria es que si se ha producido una previa «desafectación» sólo podría acogerse al régimen transitorio cuando la transmisión se realice pasados los 3 años, incluso aunque sea consecuencia del «cese» en la actividad o se transmita todo el patrimonio empresarial (CV de 9-2-2000). Según la interpretación administrativa, si ahora un empresario o profesional cierra o se jubila y vende el local donde lleva más de 15 años realizando su actividad, tendrá que pagar sobre una parte importante de la plusvalía obtenida, salvo que espere 3 años para su venta, mientras que el vecino que compró un local en la misma fecha pero lo tenía vacío o alquilado lo podrá transmitir cuando quiera sin pagar nada por la plusvalía que obtenga.

Al margen de la discriminación que ello supone, con otra lectura de la Disposición Transitoria Novena de la Ley del IRPF cabe entender que si han pasado 3 años de la desafectación, ésta no se cuestiona, pero no impide acogerse al régimen transitorio si de otra forma se prueba fehacientemente que hubo desafectación «real» aunque no pasen los 3 años. Muy especialmente si la transmisión fue por el cese del negocio, ya que con la legislación anterior si la desafectación era por el «cese en la actividad» entonces no hacía falta que pasaran 3 años para beneficiarse de los coeficientes reductores en la posterior transmisión de esos bienes, salvo que se transmitiera todo el patrimonio empresarial (DGT 4-8-1999). Por tanto, si prosperase esta otra interpretación aquel empresario que se jubila y cierra el negocio podría transmitir el local sin tener que esperar 3 años para beneficiarse del régimen transitorio, estando exenta la plusvalía si fue adquirido antes de 1987, ya que en caso de desafectación la antigüedad se remite a la de adquisición y no al año de la desafectación (DGT 21-4-1993).

Por último, conviene advertir que estas posibles afectaciones-desafectaciones de bienes a actividades económicas no sólo afectan al tratamiento de las plusvalías y cualquier decisión al respecto sino también debe tener en cuenta otra de las «perlas» de nuestro sistema tributario como es la exención en los impuestos del Patrimonio y en Sucesiones y Donaciones, o el régimen especial de Fusiones que más adelante comentamos.

III. CASOS PARTICULARES

1. Las plusvalías en inmuebles «comunes» a los cónyuges.

En ocasiones el inmueble que se transmite y origina la plusvalía no es propiedad de una sola persona sino que su titularidad se comparte con otra u otras y, en particular, con el cónyuge. La Ley del IRPF establece que las plusvalías o minusvalías se imputarán a las personas que sean «titulares» de los bienes que se transmitan remitiéndose para ello a las normas civiles aplicables y, en particular, a las que regulan los distintos regímenes económicos del matrimonio (art. 11.5).

De acuerdo con esta norma de imputación personal si, por ejemplo, un matrimonio vende un inmueble que les pertenece al 50% por tratarse de un «bien ganancial» en primer lugar se calcula el importe total de la plusvalía con los criterios anteriores, incluidas las reducciones del régimen tran-

sitorio si tiene suficiente antigüedad, y luego se asigna o imputa el 50% de esa plusvalía fiscal a cada uno de los cónyuges. Y si el inmueble transmitido es propiedad exclusiva de uno de los cónyuges, ya sea por tratarse de un bien «privativo» o adquirido individualmente en régimen de separación de bienes, ese único titular será quien deba imputarse toda la plusvalía o minusvalía obtenida.

Por otra parte, respetando las normas civiles, los cónyuges también pueden realizar transmisiones onerosas o lucrativas entre ellos, por ejemplo, cuando un cónyuge le compra o le dona al otro un inmueble o su participación en él. Salvo en los casos en que sean aplicables algunas de las normas especiales del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISyD) para las relaciones entre familiares, aquellas transmisiones entre cónyuges producirán los mismos efectos fiscales que si se hacen con terceros. Por ejemplo, sea un inmueble adquirido en común por los cónyuges al 50%, si más tarde el marido le compra a la mujer su mitad por el precio que convengan, la mujer tendrá que calcular e imputarse la plusvalía obtenida al vender su parte, aplicando las normas generales de cálculo. Y para el marido esa compra se trata como una «mejora» al calcular la plusvalía cuando venda el inmueble, es decir, entonces tendrá que hacer dos cálculos pues estará vendiendo por un precio único dos mitades que tienen distinto «valor y fecha» de adquisición (art. 32.2).

Ahora bien, dada la importancia que en el cálculo de las plusvalías tienen tanto las fechas y valores de adquisición como la afectación a actividades económicas, la Ley del IRPF contiene varios preceptos que pudieran ser aplicables y que pasamos a comentar:

A. Los problemas en la disolución de la sociedad de gananciales y extinción del régimen de participación o separación de bienes.

Los dos primeros casos se asimilan al concepto más general de división de la cosa común donde la Ley dice que en estas situaciones «no existe alteración en la composición del patrimonio», es decir, no hay que calcular ninguna plusvalía pero tampoco pueden dar lugar a una actualización de los bienes que se adquieran por esta vía (art. 31.2). Ahora bien, la interpretación de ese precepto legal no es pacífica y puede tener importantes consecuencias sobre las plusvalías que generen los inmuebles «que se reparten» con ocasión de la disolución de la sociedad de gananciales o extinción del régimen de participación.

4

Ejemplo:

Sea una pareja que en 1984 compró para la sociedad de gananciales un piso por 10.000.000. En el año 2002 se divorcian y disuelven la sociedad de gananciales quedándose la mujer con la totalidad del piso y el marido con los 40.000.000 que tenían en el banco y que viene a coincidir con el valor que dan al piso. En esta situación se presentan algunas interrogantes:

.../...

.../...

- Para el marido, ¿tendría en el año 2002 una plusvalía? pues recordemos que pagó 5.000.000 por la mitad de un piso y luego se lleva 20, más otros 20 que ya le correspondían en gananciales. En caso afirmativo, a la hora de calcular la plusvalía fiscal está claro que podrá aplicar las reducciones del régimen transitorio y, dada la fecha de adquisición (1984), toda la plusvalía quedaría exenta. Si la respuesta es negativa, ya no tendrá que calcular ninguna plusvalía pues él se queda sólo con dinero.
- Para la mujer está claro que no tiene plusvalía en el 2002 pues se limita a quedarse con la mitad del piso que era del marido a cambio de renunciar a sus 20.000.000 en el banco. El problema lo tendrá en el futuro cuando venda el piso, ¿cuál sería la fecha y el valor de adquisición de la parte que fue del marido? Si decimos que la antigüedad se remonta al 84, no tendrá problemas al venderlo, pues todo estaría exento por el régimen transitorio, pero si es del 2002 puede tener plusvalía por esa parte aunque el valor de adquisición fueran los 20.000.000 a que renunció.

Problemas similares se plantean cuando ese reparto de los bienes no sea proporcional, cuando la disolución del matrimonio sea por fallecimiento, en la extinción del régimen de participación e incluso bajo el régimen económico de separación de bienes. En este régimen no suele haber muchos bienes comunes y, si los hay, siguen las normas propias de las comunidades de bienes. No obstante, desde este año se incorporó un párrafo diciendo que no existirá plusvalía ni minusvalía en la extinción del régimen de separación de bienes «cuando por imposición legal o resolución judicial se produzcan adjudicaciones por causa distinta de la pensión compensatoria entre cónyuges» y sin que tampoco pueda dar lugar a la actualización de los bienes adjudicados [art. 31.3 letra d), según la Ley 24/2001]. Es decir, se asimila al reparto de bienes en gananciales e incluye también las adjudicaciones de bienes privados de cada cónyuge y cuando la extinción del régimen de separación sea por simple acuerdo judicial aunque continúe la convivencia entre los cónyuges.

La interpretación de los escasos preceptos que la Ley del IRPF dedica a la extinción de los distintos regímenes económicos del matrimonio dista de ser uniforme y ello por dos razones principales: por una parte, la Ley del IRPF es muy genérica y no regula las distintas situaciones posibles y, por otra, tampoco la Jurisprudencia ha sido muy uniforme existiendo alguna confusión con las exenciones previstas en el ITPyAJD para estos casos (art. 45.B.3 del Texto Refundido).

En general, la DGT entiende que, al disolverse la sociedad de gananciales, no se originan plusvalías o minusvalías fiscales pero siempre que los bienes se adjudiquen respetando el grado de participación de cada cónyuge (13-2-2000). Y de cara a futuras transmisiones se entiende que los bienes adjudicados conservan el valor y la antigüedad del momento de la compra inicial y no el de adjudicación (24-6-1992). Y lo mismo sucedería cuando la extinción del matrimonio sea por fallecimiento de uno de los cónyuges (1-2-2001).

Por el contrario, sí pueden originarse plusvalías cuando el bien común se transmite a un tercero con ocasión de las operaciones de división o disolución, por ejemplo, cuando se vende la vivienda común y cada cónyuge se lleva una parte del dinero (4-5-1993). Y también, aunque más dudoso, cuando en el reparto de bienes no se respetan las cuotas de participación en cuyo caso el cónyuge que recibe el «exceso de adjudicación» tributará de acuerdo con el ISyD, y el que cede puede tener una plusvalía por esa transmisión lucrativa salvo que sea por fallecimiento, en cuyo caso no se grava.

El problema de estas interpretaciones es que el cónyuge que se queda con los bienes asume con ellos un «pasivo fiscal» si tienen plusvalías latentes y no mucha antigüedad. Y también puede contradecir alguna Jurisprudencia en el campo civil que no considera una verdadera «transmisión» ese reparto de bienes comunes, al menos cuando son «indivisibles» (p. ej. la vivienda habitual), e incluso en régimen de separación de bienes.

B. Bienes comunes que se utilizan en una actividad económica.

Ya vimos que si un inmueble está «afecto» a una actividad empresarial o profesional al calcular la plusvalía, cuando se transmite, se aplican los coeficientes de actualización del IS y, lo que es más importante, no puede acogerse a las reducciones del régimen transitorio aunque sea muy antiguo. Por otra parte, en caso de matrimonio, los rendimientos de actividad económica se imputan exclusivamente al que sea el verdadero empresario o profesional, es decir, estos «rendimientos» no se reparten entre los cónyuges por el hecho de que estén casados en régimen de gananciales (art. 11.4), en cambio, las plusvalías sí se reparten entre los cónyuges cuando los dos sean titulares del bien transmitido (art. 11.5).

Si uno de los cónyuges realiza una actividad empresarial o profesional y en ella utiliza un inmueble de su exclusiva propiedad, dicho inmueble se considera afecto a la actividad. Si el inmueble que utiliza fuera propiedad exclusiva del otro cónyuge, entonces el inmueble no se considera «afecto» para su propietario. Pero si el inmueble que se utiliza en la actividad es «común» a los dos cónyuges, entonces no cabe decir que sólo se encuentra afecto una parte, pues la Ley dispone que «La consideración de elementos patrimoniales afectos lo será con independencia de que la titularidad de éstos, en caso de matrimonio, resulte común a ambos cónyuges» (art. 27.3). Ese bien puede ser «común» a los cónyuges por tratarse de un bien ganancial o por haberse adquirido entre ambos en cualquier régimen económico y aunque sea en proporciones diferentes.

Es decir, en el caso de que uno de los cónyuges utilice en su actividad económica un inmueble que sea «común» a los dos cónyuges, todo el inmueble se considera afecto a la actividad y, además, no podrá deducirse ningún gasto por esta «cesión» que le hace el cónyuge que no es empresario o profesional (art. 28.3.º).

Aquel precepto puede tener consecuencias importantes en el caso de que se transmita el inmueble y sea antiguo, pues viene a decir que también se considera «afecto» la parte que es propiedad del cónyuge que no obtiene rendimientos de actividades económicas, aunque no está claro si esa afectación legal se extiende también al cálculo de las plusvalías. La Administración sostiene que al entenderse todo

afecto, el cónyuge no empresario no puede beneficiarse del régimen transitorio (DGT 7-6-1999). Pero siguiendo otro criterio también dijo que, a efectos de los antiguos beneficios por reinversión, sólo podía acogerse por la parte de la plusvalía imputable al empresario... (DGT 17-3-2000). Considerando que desde 1999 las plusvalías de elementos afectos ya no se integran junto con los rendimientos de las actividades económicas y los criterios de imputación personal del artículo 11 de la Ley, entendemos que ahora cabe defender la posibilidad de que el cónyuge no empresario aplique el régimen transitorio en el cálculo de la plusvalía si el inmueble común tuviera suficiente antigüedad.

En definitiva, si el inmueble «común» se adquirió antes de 1995 se perjudica al cónyuge no empresario si no puede acogerse al régimen transitorio por su parte de plusvalía. Pero esa interpretación puede beneficiarle en otros casos, como cuando se vaya a producir una transmisión lucrativa del conjunto del negocio que pueda acogerse a los beneficios fiscales de la «empresa familiar» (véase apdo. III.3).

2. Beneficios en la transmisión de la «vivienda habitual».

Si el inmueble que se transmite es la vivienda habitual del contribuyente, existen dos casos en que la plusvalía obtenida queda exenta de gravamen, cualquiera que sea la antigüedad y el importe de la plusvalía. La primera es una exención cuando se adquiere una nueva vivienda habitual, y la segunda cuando el que transmite su vivienda tenga más de 65 años aunque no adquiera otra vivienda.

A. En cuanto a la exención POR REINVERSIÓN, el único requisito es que en el plazo de dos años se reinvierta el importe obtenido en la venta en adquirir una nueva vivienda habitual, y si se reinvierte menos entonces la exención sería proporcional (art. 36.1 de la Ley y 39 del Reglamento).

Se trata de una exención ya tradicional en nuestro IRPF y que opera con independencia del régimen transitorio de las plusvalías, es decir, cualquiera que sea la antigüedad de la vivienda transmitida y el importe de la plusvalía obtenida. En la práctica, los problemas que plantea esta exención suelen referirse a los requisitos para que tanto la antigua como la nueva vivienda se consideren «vivienda habitual» (art. 55.1 de la Ley y 51 del Reglamento), así como los relativos al plazo de dos años para efectuar la reinversión (art. 39 del Reglamento).

Al margen de esta casuística, quien vaya a vender su vivienda habitual para adquirir otra debe tener en cuenta dos aspectos importantes:

- Por un lado, si cumple con los requisitos de la reinversión, no tiene sentido poner en las escrituras unos valores inferiores a los reales. Al contrario, si en la escritura de venta pone un precio inferior al percibido, es posible que se le ponga de manifiesto una «ganancia de patrimonio no justificada» si luego no puede acreditar que esos mayores recursos proceden de una operación exenta como sería la venta de la vivienda (art. 37 de la Ley).

- Por otro, para aumentar la deducción en la cuota del IRPF por adquisición de la nueva vivienda habitual debe contemplar la forma en que gradúe los pagos teniendo en cuenta las incompatibilidades con la exención de la plusvalía, lo deducido por las anteriores y el límite anual de 1.500.000 pts. (9.015,18 euros) (art. 55.1). Si no lo hace, es posible que pierda gran parte de las deducciones a que podría tener derecho si aplaza adecuadamente los pagos de la nueva.

5

Ejemplo:

Si ahora se vende por 100.000.000 una vivienda habitual que se había comprado hace tres años por 60, se obtiene una plusvalía de 40.000.000 prescindiendo de los coeficientes de actualización. Supongamos que por la compra sólo se dedujo en cuota el 15% de 4,5 millones en los tres años y que pretende comprar una nueva vivienda habitual por 160.000.000.

Al cumplirse los requisitos de reinversión aquella plusvalía de 40 estaría totalmente exenta. Y por los pagos de la nueva como mucho podría desgravarse en el futuro sobre $160 - 40 - 4,5 = 115,5$ millones, más los intereses, siempre que cada año no supere el límite absoluto de 1,5 millones de pts. (9.015,18 euros). Con estos datos interesa desembolsar el año de la compra $40 + 4,5 + 1,5 = 46$ millones y formalizar un préstamo por el resto, cuyas cuotas de amortización e intereses no superen 1,5 millones (9.015,18 euros) anuales. Además, con el préstamo también podría aplicar la desgravación a los tipos superiores del 20-25% según ley.

Por último, en algunos casos puede interesar renunciar a la exención por reinversión para tener más deducciones futuras en cuota. Por ejemplo, cuando la plusvalía fiscal obtenida sea muy pequeña o ya quedara exenta por aplicación del régimen transitorio de las plusvalías, o cuando al vender se tenga más de 65 años.

B. En cuanto a la exención al transmitir su vivienda habitual una persona MAYOR DE 65 AÑOS, recordemos que la Ley no exige que haya reinversión en otra vivienda y la «transmisión» puede ser por cualquier título, no sólo mediante el habitual contrato de compra-venta o a cambio de una renta vitalicia como se exigía antes, tampoco prohíbe que la transmisión se haga en favor de un pariente [art. 31.4.b) de la Ley]. De esta norma interesa destacar lo siguiente:

- Puesto que la exención no se limita a la venta de una única vivienda, se ha dicho que las personas mayores de 65 años podrían «especular» en el mercado inmobiliario sin pagar por las plusvalías... Ciertamente nada impide que la exención pueda afectar a varias transmisiones, pero siempre ha de tratarse de su «vivienda habitual» y entre otros requisitos, para ello debe habitarla un mínimo de tres años (art. 51 del Reglamento).

- Si la titularidad de la vivienda es compartida con otra persona, esta exención sólo afecta a la parte de la plusvalía que sea imputable al mayor de 65 años (art. 11.5 de la Ley). Así, cuando la vivienda es un bien ganancial de los cónyuges y sólo uno supera los 65 años, sólo estaría exenta la mitad de la plusvalía, sin perjuicio de que al calcular la plusvalía imputable al otro cónyuge aplique el régimen transitorio si la vivienda fue adquirida antes de 1995, o se beneficie de la exención si hay reinversión en una nueva vivienda habitual.

Por último, la transmisión de la vivienda también puede ser vía herencia o donación, en cuyo caso es conveniente contemplar las normas del ISyD relativas a la vivienda habitual y que afectan al adquirente. Así, cuando la vivienda se transmite por fallecimiento, la llamada «plusvalía del muerto» siempre está exenta en el IRPF del causante cualquiera que sea su edad [art. 31.3.b)]. Además, la Ley del ISyD prevé una reducción del 95% en ese impuesto para el heredero, a condición de que no la transmita en los diez años siguientes y con el límite de 20.400.000 pts. (122.606,47 euros) [art. 20.2.c.)]. Con este doble beneficio fiscal interesa declarar la vivienda del causante por su valor de mercado a efectos del ISyD, ya que no supone gravamen en el IRPF del causante y prácticamente tampoco en el impuesto sucesorio si no excede de aquel límite. De esta forma, el heredero recibe la vivienda con un valor de adquisición alto que le servirá para reducir las plusvalías cuando transmita la vivienda en el futuro (art. 34 de la Ley del IRPF).

3. Ventajas en las sucesiones y donaciones de la llamada «empresa familiar».

Una de las mayores ventajas de nuestro sistema fiscal gira en torno a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio del llamado patrimonio empresarial de carácter «familiar» y que comprende tanto al valor de los bienes «afectos» a una actividad empresarial o profesional de una persona física como al de acciones y participaciones en ciertas sociedades, siempre que se cumplan los requisitos allí regulados (art. 4.8 de la Ley del IP).

La importancia de estos beneficios fiscales no se limita al Impuesto sobre el Patrimonio sino que cumpliendo otros requisitos adicionales se extiende al ISyD y al propio IRPF. Así, cuando aquellos negocios o participaciones en sociedades se transmiten *mortis causa* a familiares tienen una reducción del 95% en el impuesto sucesorio si lo mantienen durante los 10 años siguientes [art. 20.2.c.)]. También pueden donarse en vida con la misma reducción cuando el donante tenga más de 65 años o esté incapacitado (art. 20.6 de la Ley del ISyD).

Y por si no eran suficientes estas ventajas, la Ley del IRPF añadió la exención de las plusvalías en el IRPF del causante o donante [art. 31.3 c)] y, lo más novedoso, añadió que el donatario de aquellos negocios o participaciones sociales «se subrogará en la posición del donante respecto de los valores y fechas de adquisición de dichos bienes» (art. 34 párrafo segundo). No olvidemos que estas ventajas fiscales no tienen límite cuantitativo y, por tanto, operan cualquiera que sea el valor de los bienes transmitidos vía herencia o donación y del importe de las plusvalías latentes en los bienes transmitidos. La importancia de estas ventajas fiscales es sobradamente conocida, pretenden faci-

litar la sucesión en la llamada «empresa familiar» y ofrecen un instrumento para una adecuada planificación fiscal, puesto que los requisitos legales son fáciles de cumplir cuando se tienen actividades económicas o ciertas sociedades.

En lo que respecta a los inmuebles, el gravamen de sus plusvalías presentes y futuras puede verse afectado haciendo uso de los anteriores beneficios fiscales, ya sean los inmuebles que están «afectos» a esos negocios de personas físicas, o los que posean las sociedades cuyas acciones o participaciones reúnan los requisitos legales. Veamos ambas situaciones:

A. Tratándose de ACCIONES o participaciones en sociedades, las normas permiten que se transmitan, vía sucesión o donación, pequeños y grandes patrimonios familiares que se posean a través de sociedades sin más que cumplir con los requisitos que exigen las Leyes del Impuesto sobre el Patrimonio y del ISyD. Cumpliendo esos requisitos, el problema fiscal no se presenta a la hora de documentar la sucesión o donación de esas acciones o participaciones, que prácticamente se puede hacer sin pagar impuestos, sino que se presentaría más tarde cuando el heredero o donatario decida vender esas acciones realizando las plusvalías que estaban latentes. Ahora bien, las propias normas del IRPF contienen ciertos preceptos que pueden atenuar el gravamen de esas plusvalías cuando las acciones que recibió vía herencia o donación hacía tiempo que las tenía el causante o donante.

Así, cuando las acciones se reciben por sucesión, al quedar prácticamente exenta la operación, se pueden declarar a efectos del ISyD por su valor actualizado reduciendo así las plusvalías obtenidas en su posterior transmisión por el heredero (art. 34 de la Ley del IRPF). Recordemos que, entre otros requisitos, el heredero debe mantenerlas durante 10 años y la Ley del ISyD permite que se declaren por su valor real aunque sea superior al del Impuesto sobre el Patrimonio (arts. 9 y 18).

Si las acciones se reciben por una donación entonces no existe esa posibilidad de «revalorizar» el valor de adquisición pues la propia norma del IRPF dice que «el donatario se subrogará en la posición del donante respecto de los valores y fechas de adquisición de dichos bienes» (art. 34 párrafo segundo). Ahora bien, como esa subrogación también lo es en la antigüedad de las acciones, si el donante las había adquirido antes de 1995, el donatario se podrá acoger al régimen transitorio de las plusvalías al venderlas. Es decir, tratándose de acciones «antiguas» el donante no pagará por las plusvalías generadas mientras tuvo aquellas acciones, y tampoco pagará el donatario por éstas ni por las generadas hasta su posterior transmisión.

6

Ejemplo:

Un padre constituyó en 1985 una sociedad dedicada a la promoción inmobiliaria por 10.000.000 y en el 2002 dona las acciones a sus hijos valoradas entonces en 600.000.000. Supongamos que pasados diez años los hijos venden las acciones por 2.000.000.000. Si se cumplen los requisitos del IP y del ISyD resultará lo siguiente:

.../...

.../...

- El padre no tributará por su plusvalía de 590 (= 600 – 10), [art. 31.3.c)].
- Los hijos prácticamente no pagarán por ISyD (reducción del 95%). Y tampoco en el IRPF al venderlas, ni por aquella ni por la plusvalía posterior de 1.400 (= 2.000 – 600), por aplicación del régimen transitorio y considerando una antigüedad desde 1985 (art. 34 párrafo segundo).

En definitiva, la «cuadratura del círculo» para quienes posean acciones que por su antigüedad puedan beneficiarse del régimen transitorio de las plusvalías y por sus características puedan acogerse a los beneficios fiscales de la llamada «empresa familiar». Pero claro, siempre que en el futuro se mantengan esas normas especiales en los términos ahora vigentes.

B. Si no se trata de acciones sino de INMUEBLES «AFECTOS» a las actividades empresariales o profesionales de personas físicas también pueden beneficiarse de las ventajas en las sucesiones o donaciones de estas «empresas familiares» cualquiera que sea su tamaño o el valor de los inmuebles. La afectación de los inmuebles a estos negocios puede ser porque el inmueble se utilice por su propietario para la realización de su actividad económica, por ejemplo, un local comercial o un despacho profesional, o cuando el negocio consiste precisamente en la explotación de los inmuebles, por ejemplo, la promoción inmobiliaria. En ambos casos las plusvalías latentes o futuras de dichos inmuebles pueden acogerse a estos beneficios fiscales para la empresa familiar con los siguientes matices:

- Para evitar que se afecten artificialmente inmuebles u otros bienes a estos negocios familiares que se pretenden transmitir a familiares, la Ley del IRPF establece que cuando se hayan afectado después de haberse adquirido «deberán haber estado afectos ininterrumpidamente durante, al menos, los cinco años anteriores a la fecha de la transmisión», es decir, se debieron afectar 5 años antes de que se produzca la sucesión o donación de ese negocio familiar [art. 31.3.c)]. Este plazo de 5 años no rige cuando el inmueble se adquiere y directamente se incorpora o afecta al negocio, y sin perjuicio de los requisitos sobre mantenimiento del negocio durante diez años que exige la normativa del ISyD [art. 20.6.c)].
- A diferencia del caso de las acciones, el problema que se plantea al heredero o donatario de estos negocios es que al vender después estos negocios o los inmuebles afectos no podrían beneficiarse del régimen transitorio de las plusvalías por tratarse de elementos «afectos» a actividades económicas. Ahora bien, si se trata de una sucesión, puede aprovecharse la declaración del ISyD para actualizar el valor contable de los inmuebles recogiendo las plusvalías latentes a esta fecha, aunque su eficacia a efectos de futuras transmisiones puede ser discutible ya que la normativa del IS no reconoce efectos fiscales a las revalorizaciones contables «voluntarias» que no estén expresamente autorizadas... (art. 141).

- Si el negocio familiar se recibe vía «donación» esas posibles revalorizaciones contables no tienen efectos futuros ya que el donatario se subroga en los valores históricos. El problema se puede evitar aportando el negocio o los inmuebles a una sociedad antes de proceder a su transmisión vía sucesión o donación; de esta forma el heredero o donatario recibiría acciones cuyo régimen fiscal es diferente (véase apdo. IV).
- Por otra parte, las ventajas de la llamada empresa familiar también es aplicable a aquellas cuyo objeto social sea precisamente la explotación de inmuebles, sea la promoción inmobiliaria, la compra-venta o el arrendamiento de inmuebles. Ahora bien, en los dos últimos casos hay que tener presente los estrictos requisitos legales para que la misma se considere «actividad económica»: tener al menos un local y un empleado (art. 25.2 de la Ley del IRPF). Si el arrendamiento o compra-venta de inmuebles por una persona física no reúne esos dos requisitos entonces no se considera «actividad económica» y no podrán beneficiarse de aquellas ventajas fiscales, pero al transmitirse estos inmuebles «no afectos» por cualquier título podrán acogerse al régimen transitorio de las plusvalías si fueron adquiridos antes de 1995.
- Por último, recordemos que si los inmuebles están a nombre de una sociedad no pueden acogerse a las ventajas de la sucesión en la empresa familiar las acciones de sociedades cuya actividad principal sea la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario o estén en régimen de transparencia fiscal en el IS (art. 4.Ocho de la Ley del IP). Y de ahí la importancia añadida de aquellos dos requisitos para que el arrendamiento o compra-venta de inmuebles se considere «actividad económica».

IV. APORTACIONES DE INMUEBLES A SOCIEDADES

Con independencia de las operaciones vistas anteriormente, cualquier persona física que tenga un inmueble puede venderlo o aportarlo a una sociedad. A partir de ese momento el inmueble llevará el tratamiento propio del IS que se caracteriza por aplicar coeficientes de actualización para calcular las plusvalías, nunca los coeficientes reductores del régimen transitorio, y donde el tipo general es del 35% que se reduce al 18% en plusvalías sólo cuando hay reinversión (nuevo art. 36 Ter). También hay que destacar el mayor plazo de 15 años para compensar las pérdidas, así como las consecuencias en los socios del régimen de transparencia fiscal, un régimen especial muy frecuente en sociedades de mera tenencia de inmuebles y que puede experimentar algunos cambios a partir del próximo año.

Si una persona física «vende» el inmueble a cualquier sociedad tendrá que calcular la plusvalía aplicando las normas antes analizadas, y aplicando el régimen transitorio de las plusvalías si no estaba afecto a una actividad económica y tiene la suficiente antigüedad (véase apdo. II). La venta también se puede hacer a una sociedad en la que participe como socio o administrador y en este caso hay que tener en cuenta las normas de valoración en «operaciones vinculadas» que establecen ciertas cautelas para que no se pacten unos valores artificiales al objeto de reducir la tributación (art. 42 de la Ley del IRPF y 16 del IS).

Si el inmueble que se vende a la sociedad no estaba afecto y tiene la suficiente antigüedad, vimos que por aplicación del régimen transitorio la plusvalía obtenida podría quedar exenta cualquiera que fuese el precio que se pacte en la transmisión. Ahora bien, en el caso de venta de inmuebles es importante considerar el coste fiscal de los impuestos indirectos de la operación (IVA o ITP) y que dependerán básicamente del uso que tenía y vaya a tener el inmueble transmitido.

Por otra parte, el propietario de un inmueble también puede «aportarlo» a una sociedad, ya sea en su constitución o en posteriores ampliaciones de capital. De esta forma entrega un inmueble y a cambio recibe acciones o participaciones de esa sociedad, con el consiguiente cambio de régimen fiscal. Si se opta por la aportación frente a la venta del inmueble normalmente se reduce la imposición indirecta pues se grava con el 1% por «operación societaria» frente al 6 ó 7% que rige para las transmisiones onerosas. Todo ello sin perjuicio de los casos en que sea de aplicación el IVA o las normas especiales en caso de transmisión posterior de las acciones (art. 108 de la Ley del Mercado de Valores).

Además de los impuestos indirectos también es importante contemplar las posibles plusvalías que se generen en la aportación del inmueble. En este sentido, la Ley del IRPF regula lo que podemos llamar el «régimen general» de las aportaciones no dinerarias a sociedades, existiendo otro régimen fiscal distinto cuando se trata de ciertas «aportaciones especiales» y que está regulado en el IS. Veamos las repercusiones sobre las plusvalías en ambos regímenes:

1. Régimen general.

Si una persona física aporta un inmueble para la constitución o ampliación de capital de una sociedad, la operación se considera alteración en su patrimonio y puede dar lugar a una plusvalía o minusvalía que se calcula aplicando los mismos criterios que cuando se venden a un tercero (véase apdo. II). La única particularidad está en determinar el «valor de transmisión» ya que a cambio del inmueble aportado no se recibe un precio sino unas acciones. Y puesto que pueden darse algunos abusos al valorar lo aportado, la Ley del IRPF dispone que como valor de transmisión del inmueble se tome «el mayor» de los tres siguientes: el nominal de las acciones recibidas, el de cotización de estas acciones o el valor de mercado del inmueble aportado [art. 35.1 d)].

Esta norma pretende evitar que no se generen minusvalías ficticias dando una valoración reducida al bien aportado, pues en ese caso se tomaría como valor de transmisión el «valor de mercado» del inmueble aportado si fuera superior, con todos los problemas de prueba que esa valoración comporta. Pero la norma tiene otra lectura y es que se puede aprovechar la operación para «revalorizar» el inmueble sin pagar por las plusvalías generadas hasta su aportación si el inmueble no estaba afecto a una actividad económica y se adquirió con la suficiente antigüedad como para beneficiarse del régimen transitorio (CV 22-6-1999).

7

Ejemplo:

Si en 1983 se compró por 10.000.000 una vivienda o un local que ha estado alquilado, ahora se puede aportar a una sociedad valorándolo por 100.000.000 en que se estima su valor de mercado actual. Pese a registrar una plusvalía nominal de 90.000.000 quedaría totalmente exenta por aplicación del régimen transitorio, ya que tenía más de 10 años en 1996.

De esta forma se consigue que el inmueble figure en el balance de la sociedad por su valor actualizado y, por otra parte, para el socio que aporta el inmueble las acciones que recibe se valoran por 100.000.000 a efectos de futuras transmisiones aunque su antigüedad ya será desde la fecha en que hizo la aportación.

Es decir, si el inmueble puede acogerse al régimen transitorio el socio «realiza» la plusvalía latente sin pagar por ello en su IRPF y la sociedad contabiliza el inmueble por su valor actualizado, evitando pagar por esas plusvalías cuando lo transmita en el futuro. La operación es perfectamente válida tanto desde un punto de vista mercantil como fiscal aunque siempre pueden existir controversias a la hora de precisar el «valor de mercado» de lo aportado. Respetando esa limitación es evidente que por la vía de las aportaciones no dinerarias a sociedades se puede «anticipar» el efecto del régimen transitorio de las plusvalías cambiando el inmueble antiguo por acciones ya revalorizadas. Y puesto que aquel régimen es «transitorio» y puede suprimirse en el futuro, resultan interesantes estas aportaciones cuando se tienen inmuebles antiguos con elevadas plusvalías latentes y más aún si no se piensan vender a corto plazo.

2. Aportaciones no dinerarias «especiales».

Si el inmueble que se aporta a una sociedad estaba «afecto» a una actividad empresarial o profesional no puede acogerse al régimen transitorio de las plusvalías aunque tuviera la suficiente antigüedad, salvo que previamente se desafecte cumpliendo los requisitos y plazos legales (véase apdo. II.3). No obstante, tratándose de inmuebles afectos existe otra vía para hacer la aportación a sociedades difiriendo o evitando el gravamen de las plusvalías latentes acogiéndose al llamado régimen especial de fusiones regulado en el IS.

En concreto, la Ley permite que puedan acogerse a este régimen especial las personas físicas que realicen aportaciones no dinerarias de «elementos afectos» a actividades económicas o «ramas de actividad» siempre que no se valoren por encima del valor de mercado, que lleven su contabilidad de acuerdo con el Código de Comercio y que con las acciones recibidas se tenga al menos el 5% del capital (art. 108, según redacción por Ley 24/2001).

Es un régimen optativo y, a diferencia del régimen general de las aportaciones no dinerarias, la principal consecuencia para el aportante es que en el momento de la aportación no se devenga ningún gravamen de las plusvalías sino que se difiere al momento en que se transmitan las acciones recibidas a cambio, subrogándose las acciones recibidas en el valor de adquisición y antigüedad de los bienes aportados (Cap. VIII de la LIS). Si la aportación no puede o no se acoge a este régimen especial entonces se aplicaría lo dispuesto en el régimen general antes visto. Cumpliendo los requisitos del artículo 108 cualquier persona física puede acogerse al régimen especial ya sea aportando inmuebles que los tenga «afectos» a su actividad empresarial o profesional, o inmuebles que formen parte de una «rama de actividad» de acuerdo con la definición legal (art. 97.3 y 4 de la LIS). Es más, con la última reforma del artículo 108 también se permiten aportaciones de acciones, facilitando así la creación de sociedades *holding* que escapen del régimen de transparencia y su posterior transmisión vía sucesión o donación acogiéndose a los beneficios fiscales de la llamada empresa familiar (véase apdo. III.3).

Si se aporta una «rama de actividad» las acciones recibidas tendrán la antigüedad de lo aportado y se valoran a efectos de futuras transmisiones por el valor contable de lo aportado (art. 100 de la DGT 30-9-1999). Si se aportan inmuebles «afectos» a actividades económicas también las acciones recibidas se subrogan en la antigüedad del inmueble aportado y en su valor de adquisición (art. 102 de la DGT 26-1-2000). En ambos casos y debido a aquella subrogación, cuando el aportante luego venda las acciones recibidas podría beneficiarse del régimen transitorio de las plusvalías si lo aportado tenía la suficiente antigüedad.

Las ventajas para el socio son evidentes, aunque no está claro si la sociedad también podría evitar el gravamen de las plusvalías latentes en los inmuebles recibidos. En este sentido, con carácter general se establece que dichos bienes se incorporan a la sociedad manteniendo el valor y la antigüedad que tuvieran hasta ese momento (art. 99), pero en el caso concreto de estas aportaciones especiales la Ley dice que «a efectos fiscales» los bienes aportados no podrán ser valorados por un valor superior al de mercado (art. 108 de la LIS). En general la Administración sostiene la vigencia de los valores históricos aunque en algún caso remite a las normas de valoración contenidas en la legislación mercantil y contable (DGT 23-11-2000).

En definitiva, mediante estas operaciones, al convertir inmuebles «afectos» en acciones sin devengo de impuestos, el socio podría beneficiarse luego del régimen transitorio de las plusvalías cuando las venda. El gravamen de las plusvalías inmobiliarias se traslada a la sociedad cuando ella transmita los inmuebles recibidos, pero ese gravamen se reduce si pudiera actualizar su valor con ocasión de la aportación.

En todo caso, si el valor de la sociedad está en sus inmuebles y son éstos los que interesa vender, en lugar de que sea la sociedad quien venda los inmuebles podría el socio vender las acciones de la sociedad evitando así la realización de las plusvalías en la sociedad. Y para el interesado en la compra, si luego planifica una «fusión impropia» que pueda acogerse al régimen especial del artículo 103 también puede evitar el gravamen de la plusvalía en la «nueva» sociedad al reconocer efectos fiscales a los valores actualizados.

8

Ejemplo:

Un empresario o profesional persona física tiene un inmueble afecto a su actividad económica comprado en 1980 por 50.000.000. Ahora tiene un valor neto contable de 30.000.000 y se pretende vender por 600.000.000.

- Si lo vende directamente tendrá que pagar el 18% de una importante plusvalía pues aunque aplique los coeficientes de actualización no puede beneficiarse del régimen transitorio salvo que previamente lo desafecte (véase apdo. II.3).
- Si lo aporta a una sociedad por 600.000.000 tendría la misma plusvalía y coste fiscal si no se acoge al régimen especial del IS.
- Si se acoge al régimen especial no se devenga ninguna plusvalía en ese momento. Luego puede vender las acciones recibidas por 600.000.000 y la plusvalía obtenida no tributa por aplicación del régimen transitorio al considerar una antigüedad desde 1980.
- Si la sociedad no pudo actualizar el valor del inmueble tendría una plusvalía latente, pero el nuevo socio lo que tiene son acciones adquiridas por 600.000.000. Si se pretende vender el inmueble podría acudir de nuevo a la venta de las acciones. Y si quiere que el inmueble figure por su valor real de 600.000.000 puede diseñar una operación de fusión que pudiera acogerse al artículo 103 de la LIS. Y así sucesivamente...

Para terminar, conviene advertir que no siempre las operaciones mencionadas pueden considerarse una simple «economía de opción» permitida por el ordenamiento jurídico, y que en función de las circunstancias concurrentes en cada caso la Administración pudiera apreciar «simulación», estar realizadas en «fraude de ley» o proceder a una calificación de acuerdo con su verdadera naturaleza (arts. 24, 25 y 28 de la LGT). En particular, el propio régimen especial de fusiones dispone que no será aplicable cuando las operaciones tengan por «principal» objetivo el fraude o la evasión fiscal sin que existan motivos económicos «válidos» (art. 110.2 de la LIS).

V. CONCLUSIONES

Es muy conocida la discriminación en favor de las plusvalías en nuestro IRPF por cuanto se gravan a un 18% con sólo esperar un año mientras que el resto de rentas se sujeta a una escala progresiva que ahora puede llegar al 48%. Además, si se confirman los anuncios de reforma en el impuesto, a partir del próximo año resultará que el vendedor de un inmueble deberá pagar el 15% sobre el importe de una «plusvalía menor» que la obtenida mientras que el comprador normalmente tendrá que pagar un 6 ó 7% sobre «el precio de compra» por el Impuesto sobre Transmisiones, aunque tenga

que pedir una hipoteca para pagarlo. Prescindiendo de otros tributos que recaen específicamente sobre los inmuebles, ese doble gravamen en la mayoría de las transmisiones inmobiliarias tiene un claro fundamento recaudatorio pero es indudable que supone un injusto reparto de la carga fiscal entre el comprador y vendedor del inmueble.

Junto a esa conocida discriminación que opera por la vía de los tipos impositivos, del anterior recorrido por las normas que inciden sobre la tributación efectiva de las plusvalías inmobiliarias también se desprende una clara asimetría entre lo que podemos llamar el «régimen general» de las plusvalías frente a las numerosas excepciones que por distintos motivos contiene la legislación vigente. De estas excepciones llama especialmente la atención el denominado «régimen transitorio» de las plusvalías y las ventajas fiscales que afectan a las transmisiones de la llamada «empresa familiar». Ambas excepciones pueden tener su justificación en argumentos jurídicos o económicos pero sin duda suponen una importante discriminación y mediante una adecuada «planificación fiscal» pueden emplearse para reducir o evitar el gravamen de ciertas plusvalías, cualquiera que sea su importe.

En particular, el actual régimen transitorio sólo beneficia a los que tienen bienes adquiridos antes de 1995 frente a las inversiones que se realizaron con posterioridad. Esa discriminación también opera sobre las revalorizaciones que se van produciendo desde entonces y aconsejaría un cambio legal aprovechando la anunciada reforma del IRPF. Mientras tanto, la normativa vigente permite operaciones que consiguen «anticipar» los efectos del régimen transitorio sobre las plusvalías futuras y de ahí la importancia de las normas transitorias ante una eventual reforma.

Por otra parte, aunque no pretendíamos extender el análisis al IS la mera referencia al tratamiento de las aportaciones no dinerarias y al régimen especial de fusiones pone de manifiesto la facilidad para trasladar al IS rentas generadas por personas físicas y con ello la posibilidad de acogerse a los múltiples beneficios fiscales de este impuesto. En concreto, la redacción actual del régimen especial de fusiones sirve de cobertura a muchas operaciones societarias donde el apoyo fiscal es más que cuestionable. Ciertamente que las propias normas tributarias contienen algunos preceptos que pueden servir para evitar abusos en la aplicación de aquellos beneficios fiscales, en especial los artículos 24, 25 y 28 de la LGT y el artículo 110.2 de la LIS. Pero la realidad está revelando su insuficiencia y junto a modificaciones legales puntuales también se requieren algunos cambios en el trabajo de los órganos de control tributario y una mayor uniformidad de criterios en el ámbito administrativo y judicial.

Por último, somos conscientes de que un problema de las ventajas fiscales que sólo benefician a ciertos sectores o colectivos es que nadie las cuestiona cuando se aprueban pero luego resulta más difícil suprimirlas. Pero tampoco debemos olvidar que el presupuesto de ingresos públicos es como un juego de suma cero, lo que no pagan unos acabarán pagándolo otros. Es por ello que en estos momentos en que se aborda una reforma del IRPF y de la propia LGT convendría no olvidar estos y otros aspectos puntuales que aunque no despierten el interés de la opinión pública suponen graves distorsiones en la tributación efectiva de las distintas rentas y en los principios de equidad y progresividad de nuestro sistema tributario real.