

La fiscalidad y la reforma del Código civil por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre



Doctor D. Alberto Atxabal, profesor de Derecho Tributario de la Universidad de Deusto.

1.- LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE

A finales de 2003, al mismo tiempo que otras muchas leyes, se aprobó la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, con un título muy extenso que nos habla de la protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil,

de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. El título de la Ley ya nos indica¹ que modifica determinados aspectos de la normativa tributaria en vigor.

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, regula, por lo que se refiere al ámbito tributario, el régimen fiscal aplicable al patrimonio protegido de las personas con discapacidad. Sin embargo, junto a ese objetivo principal de la Ley, se modificaron otras cuestiones o ámbitos del Derecho civil, algunos de los cuales no tienen incidencia fiscal o la que pudieran tener ya encuentra respuesta adecuada en la normativa tributaria en vigor. Existen otros aspectos, no obstante, cuya regulación fiscal no está expresamente prevista en las normas tributarias y que requerirá, a medio plazo, una formulación por parte del legislador. Me refiero a la modificación del artículo 831 del Código civil, respecto a las nuevas facultades conferidas al cónyuge viudo, o a la regulación novedosa del contrato de alimentos en los artículos 1791 a 1797 del Código civil.

Son, por consiguiente, tres las cuestiones que alteran la regulación vigente y, que van a tener mayor incidencia en la normativa tributaria: el patrimonio protegido de la persona con discapacidad, las facultades del cónyuge viudo y el contrato de alimentos.

A la hora de afrontar estas cuestiones, desde una perspectiva estrictamente fiscal, debemos tomar en consideración la pluralidad normativa existente. Debemos diferenciar la normativa de territorio común, de la normativa de los territorios forales, y dentro de éstos, debemos hacer especial hincapié en la normativa propia del Territorio Histórico de Bizkaia, que recoge normas específicas al respecto. Así, nos encontramos ante la siguiente paradoja: respecto al patrimonio protegido del discapacitado, existe una regulación fiscal compleja en territorio común, que afecta a varios impuestos, mientras que Álava, Bizkaia y Gipuzkoa carecen de regulación. Por otro lado, en relación con las facultades del cónyuge viudo recoge-

¹ Así cumple el mandato del artículo 4.1 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de derechos y garantías del contribuyente, entonces en vigor, y que hoy se regula en el artículo 9.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

das en el artículo 831 del Código civil, la normativa de territorio común no las tiene en consideración y, sin embargo, la normativa fiscal vizcaína sí ha establecido unas normas específicas para un supuesto similar: la herencia pendiente del ejercicio de un poder testatorio². Por último, por lo que se refiere al contrato de alimentos, no hay regulación expresa en ningún territorio por lo que se aplicarán las normas generales de los impuestos afectados, que en este caso son similares en territorio común y en los territorios forales.

Veamos cada una de estas regulaciones más detenidamente.

2.- PATRIMONIO PROTEGIDO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

Ya hemos comentado previamente, que el objetivo principal de la reforma operada por la Ley 41/2003 fue la creación del patrimonio protegido para las personas con discapacidad. Dentro de las medidas protectoras que adopta la Ley se incluye un complejo régimen tributario, con determinados beneficios fiscales. No obstante, ya advertíamos que ni Álava, ni Bizkaia, ni Gipuzkoa han regulado esta materia, por lo que el régimen fiscal aplicable a los patrimonios protegidos de la persona con discapacidad no cuenta con reglas específicas ni con beneficios fiscales sino que deberemos aplicar las normas generales de los impuestos afectados.

En definitiva, la normativa fiscal aplicable en territorio común será la que recoge la Ley 41/2003, de 18 de noviembre (en vigor desde el 1 de enero de 2004).

2.1.- Tributación en Álava, Bizkaia y Gipuzkoa

En los territorios forales, sin embargo, se constata la ausencia de normativa específica que nos lleva a la aplicación de las nor-

² Véase la Norma Foral 7/2002, de 15 de octubre, de adaptación del Sistema Tributario del Territorio Histórico de Bizkaia a las peculiaridades del Derecho Civil Foral del País Vasco, y su desarrollo reglamentario mediante el Decreto Foral 183/2002, de 3 de diciembre.

mas generales de los Impuestos sobre Sucesiones y Donaciones, sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre Sociedades.

Así, en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, el discapacitado tributa por la aportación recibida a título lucrativo, generalmente *inter vivos*, lo que conllevará, en la práctica, la inexistencia de reducciones de la base imponible³ y la exención⁴ cuando la persona con discapacidad sea pariente en línea recta, cónyuge o pareja de hecho⁵ del aportante, y tenga su residencia habitual en Euskadi.

Respecto al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, si el aportante realiza una aportación dineraria, no tendrá mayor incidencia en este impuesto. Si la aportación fuera no dineraria, tributa el aportante (persona física) por la ganancia o pérdida patrimonial generada por la transmisión del bien⁶. Ya hemos visto que el discapacitado tributa en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, a diferencia de la regulación de territorio común.

Por último, si el aportante fuera una persona jurídica, por ejemplo una empresa a favor de sus trabajadores con discapacidad o parientes del trabajador que se encuentren en esa situación de discapacidad, la normativa aplicable será la del Impuesto sobre Sociedades. Así, respecto a la aportación se entiende que no será deducible⁷, puesto que los donativos y liberalidades no son deducibles, salvo los gastos que con arreglo a los usos y costumbres se efectúen con respecto al personal de la empresa, supuesto que no

³ Véase el artículo 19, apartado 11 del Decreto Foral Normativo 3/1993, de 22 de junio, que regula el Impuesto en Bizkaia: «En las adquisiciones por título de donación o equiparable, la base liquidable coincidirá con la imponible, salvo si es de aplicación lo previsto en los apartados 2, 3, 4, 5 y 6 de este artículo».

⁴ Véase el artículo 5 del Decreto Foral Normativo 3/1993, de 22 de junio, que regula el Impuesto en Bizkaia.

⁵ Para poder acogerse a la exención, debe tratarse de parejas de hecho constituidas conforme a lo dispuesto en la Ley 2/2003, de 7 de mayo, del Parlamento Vasco.

⁶ Véase el artículo 44 de la Norma Foral 10/1998, de 21 de diciembre, que regula el Impuesto en Bizkaia.

⁷ Véase el artículo 14, en su apartado primero, letra e) de la Norma Foral 3/1996, de 23 de junio, que regula el Impuesto en Bizkaia.

acogería las aportaciones realizadas. Si la aportación fuera dineraria, no tendría mayor incidencia fiscal. Si la aportación fuera no dineraria, al igual que sucede en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas tributa el aportante (persona jurídica) por la ganancia o pérdida patrimonial generada por la transmisión del bien.

2.2.- Tributación en territorio común

Véamos, brevemente, la regulación existente en territorio común, que no va a ser aplicación en los Territorios Históricos. Para ello, vamos a distinguir entre las normas fiscales aplicables al aportante, cuando es persona física o jurídica, y las que son de aplicación al discapacitado.

2.2.1. Tributación del aportante, persona física (IRPF)

Cuando quien realice aportaciones a favor del patrimonio protegido de la persona con discapacidad sea una persona física, se aplican las normas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Debemos distinguir entre aportaciones dinerarias y aportaciones en especie puesto que su tratamiento fiscal difiere.

2.2.1.1. Aportación dineraria

La regulación que ha establecido la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, se asemeja a la prevista para las aportaciones a sistemas de previsión social para minusválidos, con una minusvalía superior al 65%; estaríamos hablando de Planes de pensiones, Entidades de Previsión Social Voluntarias (EPSV), Planes de Previsión Asegurados... Por tanto, para un mejor análisis de la incidencia tributaria de la nueva regulación de las aportaciones a patrimonios protegidos de personas con discapacidad, vamos a compararla con la ya existente sobre aportaciones a sistemas de previsión social de minusválidos. Las diferencias que se destacan son las siguientes:

En primer lugar, observamos que no coinciden los conceptos de minusvalía y de discapacidad. A los efectos de la Ley

41/2003 únicamente tienen la consideración de personas con discapacidad⁸:

a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento.

b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.

Sin embargo, en las aportaciones a sistemas de previsión social se exige una minusvalía igual o superior al 65% para poder acogerse al régimen más favorable, o bien una incapacitación judicial que se equipara fiscalmente a una minusvalía del 65%.

En segundo lugar, se puede constituir el patrimonio protegido del discapacitado con aportaciones procedentes del propio discapacitado, de sus padres o tutores, o de cualquier otra persona con interés legítimo, aunque fiscalmente no todo aportante persona física tenga derecho a la aplicación de las reducciones, es decir, únicamente las aportaciones realizadas por los parientes del discapacitado hasta tercer grado, su cónyuge o su tutor dan derecho a la aplicación de la reducción de la base. Por otro lado, en el caso de las aportaciones a sistemas de previsión social, los aportantes con derecho a reducción en base serán, a diferencia de la regulación de la Ley 41/2003, el propio minusválido, sus parientes hasta tercer grado, su cónyuge (en los territorios forales también su pareja de hecho), y su tutor. Vemos por tanto que el elenco es más amplio en el segundo caso porque acoge las propias aportaciones del minusválido.

En tercer lugar, la aportación da derecho a reducir la base imponible hasta un límite de 8.000 € anuales por aportante con derecho a reducción, siempre que el conjunto de aportaciones a un mismo patrimonio no supere 24.250 € anuales porque en este caso se deberían minorar las aportaciones realizadas hasta el lími-

⁸ Véase el artículo 2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre.

te⁹. En los sistemas de previsión social para minusválidos, la aportación individual se podrá reducir con el límite de 8.000 € anuales por persona, salvo el minusválido que podrá deducirse hasta 24.250 € anuales por su propia aportación. Igualmente, el conjunto de aportación al Plan de pensiones o a la EPSV del minusválido no puede superar 24.250 € anuales, si ha de ser objeto de reducción de la base imponible¹⁰.

Por último, en el primer caso (patrimonio del discapacitado), el exceso sobre la aportación que no da derecho a reducción de la base imponible, por insuficiencia de base o por superar el límite de reducción fijado, podrá ser compensado en los cuatro ejercicios siguientes¹¹. En el segundo caso (plan de pensiones o EPSV), el exceso se podrá compensar en los cinco ejercicios siguientes si se debe a una insuficiencia de base, o en el caso de las EPSV si se debe a la superación del límite de reducción.

Estas mismas conclusiones se pueden expresar en el siguiente cuadro:

2.2.1.2. Aportación no dineraria

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, facilita unos criterios para determinar el valor de transmisión del bien, a efectos del cálculo de la ganancia o pérdida de patrimonio que se ha generado con la aportación en favor del patrimonio protegido de la persona con discapacidad, puesto que nos remite a la normativa del régimen fiscal de las fundaciones y entidades sin fines

⁹ Véase el artículo artículo 59 del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del IRPF de territorio común.

¹⁰ Véase la disposición adicional tercera de la Norma Foral 10/1998, de 21 de diciembre, que regula el Impuesto en Bizkaia.

¹¹ Véase el artículo artículo 59 del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del IRPF de territorio común.

	Patrimonio protegido del discapacitado	Sistema de previsión social para minusválidos
Discapacidad o minusvalía	Minusvalía psíquica $\geq 33\%$ o minusvalía sensorial o física $\geq 65\%$	Minusvalía $\leq 65\%$ o incapacitación judicial
Aportantes	<ul style="list-style-type: none"> • Discapacitado • Padres o tutores • Cualquier persona con interés legítimo 	<ul style="list-style-type: none"> • Discapacitado • Pariente en línea recta o colateral hasta tercer grado, inclusive • Cónyuge o pareja de hecho (territorios forales) • Tutores
Reducción de la base imponible (límite)	<ul style="list-style-type: none"> • 8.000 € por aportante <p>Sólo parientes hasta tercer grado, cónyuge y tutores</p> <ul style="list-style-type: none"> • 24.250 € en conjunto 	<ul style="list-style-type: none"> • 8.000 € por aportante • 24.250 € por el discapacitado • 24.250 € en conjunto
Exceso de aportación	Cuatro años siguientes	<p>Cinco años siguientes</p> <ul style="list-style-type: none"> • Insuficiencia de base • EPSV, en todo caso

lucrativos¹². Es decir, que los valores de la aportación no dineraria serían los siguientes¹³:

a) Tratándose de bienes o derechos, su valor contable o valor según el Impuesto sobre el Patrimonio.

b) Tratándose del usufructo de bienes inmuebles, el 2% del valor catastral por cada año de vigencia del usufructo. Si el usufructo se constituye sobre valores, se valorará por el dividendo o interés anual percibidos por el usufructuario durante la vigencia del usufructo.

c) Si se trata de otros bienes y derechos, en función del interés legal del dinero sobre el valor del usufructo.

No generan derecho a reducción las aportaciones de elementos afectos a la actividad económica.

¿Cómo tributa el aportante persona física en este caso? Se declara la exención de la ganancia patrimonial por el bien aportado, es decir, la diferencia entre el valor en el momento de la aportación y su valor de adquisición está exenta. Asimismo, el aportante tendrá derecho a reducir su base imponible por la aportación realizada con los límites que hemos observado en el apartado anterior.

2.2.2. Tributación del aportante, persona jurídica (Impuesto sobre Sociedades)

La primera cuestión que se plantea es la deducibilidad o no de la aportación realizada por una persona jurídica, generalmente la empresa. Ya comentamos, al analizar la normativa foral que las aportaciones se deben realizar a título gratuito por lo que son

¹² La remisión se encuentra actualmente en el artículo 59 del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del IRPF de territorio común. Este artículo nos remite al artículo 18 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

¹³ REGLERO CUADRADO, GUSTAVO, «Aspectos tributarios de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria», *Impuestos*, 2004, núm. 20, pág. 18.

actos de liberalidad. En principio, los actos de liberalidad no son deducibles¹⁴, salvo los gastos que sean consecuencia de los usos y costumbres de la empresa. ¿Se podría entender que las aportaciones al patrimonio protegido se encuentran dentro de los usos y costumbre de la empresa? Hay quien así lo entiende¹⁵. La norma no lo explicita aunque, indirectamente, el artículo 16.4 de la normativa del IRPF¹⁶, califica de rendimiento del trabajo para el discapacitado 8.000 € anuales si para el aportante persona física dicha cantidad ha sido gasto deducible. En cualquier caso si fuera gasto deducible parece que el límite será de 8.000 € anuales¹⁷.

La novedad que incorpora la Ley 41/2003 es el derecho a la deducción de la cuota íntegra, del 10% de la aportación¹⁸. La aportación se debe realizar a favor de trabajadores con retribuciones anuales brutas inferiores a 27.000 €¹⁹. Si la retribución bruta anual es igual o supera 27.000 €, la deducción se aplicará sobre la parte proporcional de las contribuciones empresariales y aportaciones que correspondan al importe de la retribución bruta anual²⁰.

¹⁴ Véase el artículo 14.1.e) del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo por el que se aprueba el texto refundido del Impuesto sobre Sociedades en territorio común.

¹⁵ Si las aportaciones al patrimonio protegido se reconocen en convenios colectivos con los trabajadores que obligan a la entidad, tales aportaciones serían fiscalmente deducibles. Véase *Memento Práctico Fiscal 2004*, Francis Lefebvre, Santiago de Compostela, 2004, pág. 694.

¹⁶ Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del IRPF de territorio común.

¹⁷ REGLERO CUADRADO, GUSTAVO, «Aspectos tributarios de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria», *Impuestos*, 2004, núm. 20, pág. 20.

¹⁸ Véase el artículo 45.3 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo por el que se aprueba el texto refundido del Impuesto sobre Sociedades en territorio común.

¹⁹ Si la aportación es dineraria deberán ser contribuciones a planes de pensiones de empleo o a mutualidades de previsión social.

²⁰ Por tanto, la base de la deducción será el resultado de multiplicar la aportación por el cociente que resulte de dividir 27.000 entre la retribución bruta anual del trabajador.

Igualmente, la deducción se podrá aplicar aunque el trabajador no sea el beneficiario de las aportaciones realizadas, siempre que se trate de aportaciones a un patrimonio protegido de parientes en línea recta o colateral hasta tercer grado, cónyuge y tutor del trabajador.

De cualquier forma, la deducción está sujeta a límite puesto que la base de la misma no podría superar los 8.000 € anuales, es decir, que la deducción máxima por cada trabajador será de 800 € anuales. Si la aportación de la empresa a favor del patrimonio protegido supera los 8.000 €, el exceso se podrá compensar los cuatro periodos siguientes²¹.

Si la aportación realizada por la empresa es en especie, esto es, se trata de una aportación no dineraria, su regulación fiscal es similar la que hemos visto para la persona física por lo que nos remitimos a lo dicho con anterioridad.

2.2.3. Tributación del discapacitado

En territorio común, una parte de la aportación en favor del patrimonio protegido de una persona con discapacidad se califica como rendimiento de trabajo del discapacitado, lo que nos obliga a estudiar dos impuestos, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

2.2.3.1. La aportación recibida es rendimiento del trabajo

Las aportaciones realizadas al patrimonio protegido de una persona con discapacidad, tendrán la consideración de rendimiento del trabajo para el discapacitado²² en su IRPF. Si los aportantes son personas físicas, el rendimiento del trabajo para el discapacita-

²¹ En los siguientes ejercicios, se aplicará en primer lugar las deducciones pendientes de ejercicios anteriores por haber superado los límites, y posteriormente, las deducciones correspondientes a las aportaciones del año en curso.

²² Véase el artículo 16.4 del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del IRPF de territorio común.

do será, como máximo, de 8.000 € anuales por aportante y 24.250 € anuales en conjunto. Si el aportante es una persona jurídica, la aportación tendrá la consideración de rendimiento del trabajo para el discapacitado, siempre que haya sido gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades con el límite de 8.000 € anuales.

No obstante, se establece una exención por un importe de dos veces el Salario Mínimo Interprofesional²³. Por tanto, mientras las aportaciones al patrimonio protegido del discapacitado que se califican como rendimiento del trabajo de éste no excedan de la cuantía anterior, no se tributará. Ahora bien, esta exención comprende también las prestaciones de sistemas de previsión social para minusválidos²⁴ por lo que estas cuantías también minoran la exención.

Si el beneficiario de las aportaciones es un pariente del trabajador²⁵, será el beneficiario quien deba declarar el rendimiento del trabajo a que hacemos referencia.

Por otro lado, estos rendimientos del trabajo no están sometidos a retención, ni a ingreso a cuenta²⁶.

2.2.3.2. Aportación no dineraria

Si la aportación es en especie, esto es, se trata de una aportación no dineraria, el discapacitado se subroga en la posición del aportante respecto a la fecha y el valor de adquisición de los bienes y derechos aportados. Sin embargo, a efectos de ulteriores transmisiones de los bienes, el discapacitado no podrá aplicar los

²³ El Salario Mínimo Interprofesional para 2004 quedó establecido en 6.447 euros anuales.

²⁴ En este caso, se exige una minusvalía del 65%, como mínimo, para tener derecho a la exención, y los demás requisitos que mencionamos en el apartado 2.2.1.1. anterior.

²⁵ Se trataría de aportaciones de la empresa a un patrimonio protegido de parientes en línea recta o colateral hasta tercer grado, cónyuge y tutor del trabajador.

²⁶ Se rompe de esta forma la regla general. Véase: RODRÍGUEZ MÍGUEZ, M^a JESÚS y JOSÉ A., «Aspectos fiscales de la discapacidad: una aproximación a la figura del patrimonio protegido de los discapacitados», *La Ley*, núm. 6050, 2004, pág. 3.

coeficientes de abatimiento del régimen transitorio²⁷, y pierde la exención que hubiera ganado el transmitente.

En este supuesto, cuando la aportación es en especie, el exceso sobre la cuantía calificada como rendimiento del trabajo se sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, donde se tendrían en cuenta las fechas y los valores del momento de la adquisición.

2.2.3.3. Obligación de información sobre el patrimonio protegido

Por otro lado, el discapacitado está obligado a presentar una declaración de la composición del patrimonio protegido, junto con su declaración del IRPF. Esta declaración deberá incluir, asimismo, las aportaciones recibidas y las disposiciones realizadas durante el periodo impositivo.

2.2.3.4. Disposición anticipada de los bienes y derechos aportados

Por último, la Ley 41/2003 penaliza²⁸ la disposición anticipada de bienes o derechos del patrimonio protegido por el discapacitado, siempre que ésta se produzca en el periodo de la aportación o en los cuatro siguientes. A la hora de determinar cuáles han sido los bienes transmitidos, se aplicará el método FIFO. Por ejemplo, si dentro de la composición del patrimonio protegido había acciones, de las cuales se transmiten una parte, se entenderán transmitidas en primer lugar, las más antiguas, las que hayan permanecido durante más tiempo en el patrimonio protegido.

²⁷ Véase la Disposición Transitoria Novena del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del IRPF de territorio común.

²⁸ REGLERO CUADRADO, GUSTAVO, «Aspectos tributarios de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria», *Impuestos*, 2004, núm. 20, pág. 25.

La penalización²⁹ afecta a todos los sujetos vinculados con la aportación del bien o derecho. Si el aportante fue una persona física, deberá integrar en la base imponible del periodo en que se produzca el acto dispositivo las reducciones practicadas. Sobre la cuota adicional así calculada se deberán, además, los intereses de demora. Si el aportante fue una persona jurídica, deberá ingresar la deducción practicada más el interés de demora correspondiente. Por último, el discapacitado se ve obligado a integrar en su base imponible la cantidad no declarada en el momento de la aportación. Una vez calculada la nueva cuota, sobre ésta se girarán también los intereses de demora.

Para finalizar, la falta de comunicación de la disposición de bienes del patrimonio al empresario aportante constituye una infracción tributaria que se sanciona con una multa fija de 400 euros. La citada sanción no se aplicará en caso de fallecimiento del discapacitado.

2.2.4. Otros impuestos

La Ley 41/2003 también afecta a otros impuestos, a saber, el Impuesto sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados o el Impuesto sobre el Patrimonio.

2.2.4.1. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

Respecto al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, se declara la exención de las aportaciones a los patrimonios protegidos³⁰.

²⁹ Véase el artículo 59.5 del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del IRPF de territorio común.

³⁰ Véase el artículo 45.I.B.20^a del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, de territorio común.

2.2.4.2. Impuesto sobre el Patrimonio

En este caso, estamos ante un impuesto cedido a las Comunidades Autónomas, por lo que la Ley 41/2003 se remite a la normativa autonómica³¹ y prevé que las Comunidades Autónomas puedan declarar la exención de los bienes y derechos que componen el patrimonio protegido de las personas con discapacidad. Así, la Ley 7/2004, de 16 de julio, de Cataluña ha regulado para los discapacitados que tengan su residencia habitual en la Cataluña una bonificación del 99% de la parte de la cuota que corresponde al patrimonio protegido.

3.- FACULTAD DE MEJORAR DEL CÓNYUGE VIUDO (ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL)

La Ley 41/2003 también ha modificado el artículo 831 del Código civil, otorgándole al cónyuge viudo unas facultades muy superiores o, incluso, exorbitantes respecto a su regulación tradicional en Derecho común³². Esta reforma acerca la figura del cónyuge viudo que ostenta las facultades del artículo 831 del Código civil con las que tiene el comisario en el Derecho civil foral vasco, u otras figuras análogas de Derecho civil foral (navarro, aragonés...). Esta similitud nos obliga a preguntarnos si, desde una perspectiva estrictamente tributaria, podemos aplicar la normativa foral que Bizkaia aprobó hace dos años para adecuar la normativa fiscal vizcaína al Derecho civil foral vasco, a un cónyuge viudo sometido al Código civil que ostenta las amplias facultades del artículo 831.

³¹ Véase la Disposición Adicional Segunda de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre.

³² Con esta reforma el legislador pretende revitalizar una norma de escasa aplicación. PEREÑA VICENTE, MONTSERRAT, «El derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado», *La Ley*, núm. 5957, 2004, pág. 3.

3.1.- Normativa fiscal de Bizkaia

Es clásica la prohibición de la analogía en el ámbito tributario respecto al hecho imponible y a las exenciones³³. Para la aplicación de la analogía, además, se exige identidad de razón entre los supuestos de hecho. En el caso que nos ocupa, hay similitudes entre el cónyuge viudo del artículo 831 del Código civil y el comisario de la herencia vizcaína puesto que ambos pueden proceder a la distribución de los bienes de la herencia en un momento posterior al fallecimiento del causante. No obstante, también existen diferencias entre ambas figuras. En el sistema del Código civil, a la muerte del causante no se crea *ex lege* una comunidad de bienes entre el cónyuge viudo y los herederos del premuerto, tal y como sucede en el Derecho civil foral vasco, por mor del artículo 104 de la Ley 3/1992 de Derecho Civil Foral del País Vasco.

Por tanto, entiendo que las normas fiscales de Bizkaia que se refieran a la transmisión de bienes por el comisario serían de aplicación al cónyuge viudo del artículo 831 del Código civil que se encuentra en su misma situación. Igualmente, las reglas fiscales sobre la situación de pendencia de la herencia (por ejemplo, las reglas de devengo, imputación temporal, etc.) serían de aplicación a la herencia yacente de Código civil. Sin embargo, aquellas normas tributarias vizcaínas relativas a la comunidad postconyugal no se podrían aplicar a la herencia yacente del Código civil, en tanto los bienes de la herencia no están en comunidad con los bienes del cónyuge viudo, como sucede en el Derecho civil foral vasco.

3.2.- Álava, Gipuzkoa y territorio común

Todo lo dicho hasta este momento sólo tendría virtualidad respecto a la normativa fiscal vizcaína. Respecto a los demás terri-

³³ El artículo 14 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria establece que no se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales. El actual artículo 23.3 de la Norma Foral General Tributaria de Bizkaia y el artículo 13 del proyecto de Norma Foral general Tributaria regulan la prohibición de la analogía en términos similares.

torios forales o a territorio común tenemos que hacer frente a una ausencia de normativa específica, no ya sobre el testamento por comisario, sino también sobre el cónyuge viudo que ostenta las facultades del artículo 831 del Código civil.

Al carecer de una normativa tributaria similar a la vizcaína, no nos podemos plantear su aplicación analógica al cónyuge viudo de Derecho común. Ello nos obliga a acudir a las reglas generales de los impuestos afectados, de las que se pueden extraer las siguientes conclusiones.

3.2.1. Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

Respecto al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, las facultades que el artículo 831 del Código civil le confiere al cónyuge viudo le van a permitir aplazar en el tiempo la transmisión hereditaria. Es decir, mientras el fiduciario (cónyuge viudo que nada adquiere) no efectúe nombramiento hereditario o asignación concreta de bienes, no hay delación sucesoria, ni tampoco vocación hereditaria sobre la parte de la herencia sometida a las facultades que el artículo 831 del Código civil le confiere al cónyuge viudo. Esta situación se asemeja a una condición suspensiva que impide la transmisión en el momento de fallecimiento del causante y cuyo cumplimiento provocará la liquidación del impuesto. El artículo 8 del Reglamento estatal del Impuesto³⁴ prevé la existencia de condiciones suspensivas y el artículo 24.3 de la Ley estatal del Impuesto³⁵, al regular el devengo del impuesto, prevé que cuando la adquisición de bienes o derechos se encuentra suspendida por la existencia de una condición, término, fideicomiso o cualquier otra limitación, se entiende realizada el día³⁶ que desaparezcan dichas limitaciones.

Por otro lado, el artículo 831 del Código civil permite la realización de las adjudicaciones, mejoras o atribuciones en uno o varios actos. Por tratarse de un impuesto progresivo se plantea la siguien-

³⁴ Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre.

³⁵ Ley 29/1987, de 18 de diciembre.

³⁶ Este día será la referencia temporal para tomar el valor de los bienes y los tipos de gravamen.

te cuestión. Si el cónyuge viudo, en el ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 831 del Código civil, adjudica bienes del causante a un mismo heredero en dos actos o momentos distintos, ¿se deben acumular todas las percepciones que el heredero recibe del mismo causante? No existe una regla de acumulación similar a la de las donaciones entre un mismo donante y donatario que se efectúen en un periodo de tres años. Se debería regular expresamente, por tratarse de una norma antifraude, y por tanto, excepcional.

Una cuestión adicional se suscita en torno a la posibilidad de que las facultades del artículo 831 del Código civil no las ejerce el cónyuge viudo sino la pareja de hecho del premuerto, tal y como prevé el citado artículo en su apartado sexto. A efectos tributarios, deberíamos distinguir entre territorios forales, donde se equipara fiscalmente la pareja de hecho que se registre en el Gobierno Vasco con el matrimonio, del territorio común, donde dicha equiparación no existe. Por tanto, en Álava o Gipuzkoa el miembro sobreviviente de la pareja de hecho tiene el mismo régimen fiscal que el cónyuge viudo, mientras que en territorio común el miembro de la pareja de hecho es fiscalmente un extraño respecto al causante, aplicándole la tributación más onerosa del impuesto.

Por último, no todos los autores³⁷ opinan que en los casos de fiducia, como la del cónyuge viudo del artículo 831 del Código civil, resultarían aplicables las normas generales del impuesto, sino que pretende la aplicación de normas específicas para supuestos similares como podría ser la regulación fiscal de la fiducia aragonesa³⁸. Es

³⁷ Véase: BARRACHINA JUAN, EDUARDO, «La transmisión de bienes en el testamento fiduciario a efectos fiscales» *El Fisco*, núm. 101, septiembre de 2004, pág. 19.

³⁸ El artículo 54.8 del Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento estatal del Impuesto establece que: «en la fiducia aragonesa, sin perjuicio de la liquidación que se rige a cargo del cónyuge sobreviviente, en cuanto al resto del caudal, se girarán otras, con carácter provisional, a cargo de los herederos, con arreglo a sus condiciones de patrimonio y parentesco con el causante y sobre la base que resulte de dividir por partes iguales entre todos la masa hereditaria. Al formalizarse la institución por el comisario se girarán las liquidaciones complementarias si hubiere lugar, pero, si por consecuencia de la institución formalizada las liquidaciones exigibles fueren de menor cuantía que las satisfechas provisionalmente, podrá solicitarse la devolución correspondiente».

decir, que deberían tributar los herederos a partes iguales, con un derecho a la devolución del exceso pagado una vez se repartan los bienes de la herencia y se conozca, por tanto, la adquisición real de cada heredero. Esta solución fue rechazada para el Derecho civil foral vasco en la normativa tributaria vizcaína porque se entendió que violentaba la naturaleza jurídica de la institución civil³⁹, ya que se les obliga a tributar a sujetos pasivos que pueden no llegar a serlo si el comisario posteriormente no les designa herederos del causante.

3.2.2. Otros impuestos

Tampoco existen normas específicas en otros impuestos que pueden resultar afectados por la situación de pendencia mientras el cónyuge viudo no ejercite las facultades del artículo 831 del Código civil y no proceda a la distribución de los bienes de la herencia. Es de justicia, no obstante, recordar que la normativa tributaria vizcaína sí ha establecido reglas para la herencia pendiente del ejercicio de un poder testatorio en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en el Impuesto sobre el Patrimonio, en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y en tributos locales.

En los demás territorios fiscales las reglas fiscales brillan por su ausencia, por lo que no tenemos normas específicas para gravar en el IRPF, por ejemplo, los dividendos generados por unas acciones que eran del causante pero que el cónyuge viudo todavía no ha repartido y, por consiguiente, carecen de un titular determinado a quien imputar el rendimiento de capital. Es sólo un ejemplo que no tiene una solución fiscal concreta.

4.- CONTRATO DE ALIMENTOS

Por último, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, ha regulado en los artículos 1791 a 1797 del Código civil el contrato de

³⁹ Véase: ATXABAL RADA, ALBERTO, *La fiscalidad del Derecho Civil Foral del País Vasco*, Colección Tesis Doctorales de la Hacienda Foral núm. 2, Diputación Foral de Bizkaia, Bilabo, 1999, págs. 286-291.

alimentos⁴⁰. Parece evidente que, a efectos fiscales, nos encontramos ante una renta vitalicia por la imposición de un capital. La peculiaridad consiste en que la renta se cobrará en especie. Debemos distinguir entre el régimen tributario del alimentista y el régimen del obligado a prestar los alimentos.

4.1.- El régimen fiscal del alimentista

El alimentista será una persona física por lo que su régimen fiscal se regula en la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. A efectos fiscales, existen dos momentos relevantes: la constitución de la obligación alimenticia y la percepción de los alimentos.

4.1.1. La constitución de la obligación

La obligación de satisfacer alimentos surge por la imposición de un capital con carácter previo. Dicho capital podrá aportarse en dinero, en cuyo caso no tendrá mayor incidencia fiscal; pero también es posible que la aportación no sea dineraria (por ejemplo, mediante la aportación de bienes o derechos). En el caso de aportación no dineraria, se genera una ganancia o pérdida de patrimonio por la diferencia entre el valor actual financiero-actuarial de la pensión, por un lado, y el valor de adquisición de los bienes transmitidos, por otro. Esta ganancia o pérdida está sujeta y sometida a gravamen, salvo que sea de aplicación la exención prevista para la transmisión de la vivienda habitual por mayores de 65 años o que por la aplicación de los coeficientes de abatimiento del régimen transitorio esté exenta toda la ganancia, a que se hizo referencia anteriormente⁴¹.

⁴⁰ El artículo 1791 del Código civil define el contrato de alimentos de la siguiente forma: «Por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos».

⁴¹ Véase el punto 2.2.3.2 de este artículo.

4.1.2. La percepción de los alimentos

Los alimentos que percibe el alimentista tendrán la calificación fiscal de rendimientos de capital mobiliario. Entre los rendimientos de capital mobiliario, se trataría de una renta vitalicia inmediata⁴². En estos casos, se declara un porcentaje de la anualidad percibida, en función de la edad del alimentista a la celebración del contrato, según la siguiente escala:

- a) 45%, si el alimentista tiene menos de 40 años.
- b) 40%, si el alimentista tiene entre 40 y 49 años.
- c) 35%, si el alimentista tiene entre 50 y 59 años.
- d) 25%, si el alimentista tiene entre 60 y 69 años.
- e) 20%, si el alimentista tiene más de 69 años.

4.2.- El régimen fiscal del obligado a prestar los alimentos

El contrato de alimentos tendrá relevancia para el obligado a prestarlos en el momento de la extinción de la obligación. Entonces, se generará una ganancia o una pérdida de patrimonio por la diferencia entre el valor de adquisición del capital percibido, por un lado, y la suma de los alimentos satisfechos, por otro.

Por último, las cantidades satisfechas por alimentos no darán derecho a reducir la base⁴³ imponible del IRPF al obligado a prestarlos (en caso de que sea persona física), puesto que esta reducción de la base se refiere a los alimentos entre parientes regulados en los artículos 142 y ss. del Código civil, que para el alimentista tienen la calificación como rendimientos del trabajo.

Alberto Atxabal Rada

⁴² Vease el artículo 36.1.b) de la Norma Foral 10/1998, de 21 de diciembre, que regula el Impuesto en Bizkaia.

⁴³ Vease el artículo 61 de la Norma Foral 10/1998, de 21 de diciembre, que regula el Impuesto en Bizkaia.