

LA REVISTA

MENSUAL DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA

el Fisco

NÚMERO 85 31 DE MARZO DE 2003 3 EUROS

www.elfisco.com

SUCESIONES. EL IMPUESTO INÚTIL

**Transmisión
de Empresas.**

**Albaceas
y Usufructo.**

**Partición
de Herencia.**

**Y además
Actualidad
Legislativa,
Administrativa y
Jurisprudencial**

INGENIERÍA FISCAL EN EL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES

**LA FIRMA: EDUARDO BARRACHINA JUAN
EFECTOS DE LA NULIDAD DE UNA DISPOSICIÓN**



8 414090 103893

1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

Albaceazgo y usufructo

1. Planteamiento

Al ser el Impuesto sobre Sucesiones un tributo generacional su importe –que no su devengo– es fácilmente previsible y susceptible de una favorable planificación. Ciertamente, la divina Providencia puede frustrar de forma sorprendente –si es que alguien puede sorprenderse de que la vida esté sujeta a caducidad– la más alambicada de las planificaciones fiscales de la sucesión. Pero es igualmente irrefutable que se tiene toda la vida por delante para programar un relevo generacional en la titularidad del patrimonio lo más liviano posible, en términos tributarios.

Esta circunstancia, aparentemente positiva, de disponer de un largo período de tiempo para elaborar y desarrollar una planificación fiscal de la transmisión gratuita del patrimonio presenta también sus inconvenientes:

- En un primer orden de ideas es connatural a la naturaleza humana, de suyo con tendencia a la posición horizontal, posponer lo que se puede acometer en un futuro incierto anteponiendo lo que tiene plazo preclusivo;
- En otro sentido, en el orden sucesorio la clave jurídica y humana del fenómeno son las relaciones de parentesco que, si hasta hace escasas décadas, gozaban de una generalizada estabilidad sociológica y normativa, en el presente se mueven al ritmo de aquella propaganda de una compañía que anunciaba teléfonos móviles “para ti, que tu vida cambia cada cinco minutos”;
- Por último, en la enumeración que no en importancia, en estos meses este impuesto ha saltado a la palestra mediática de la mano de las elecciones autonómicas lo que, sin duda, no dejará de deparar terremotos normativos como el que ha afectado a Cantabria, en pleno epicentro de la zona foral sísmica donde, ya desde hace lustros, es historia fiscal la tributación de las sucesiones entre padres e hijos.

Siendo así que no es fácil decidirse a planificar la cesión gratuita del patrimonio, en la ilusión de disfrutarlo por muchos años y ante el natural temor a desencadenar el devengo al hilo del proceso. Vista la flacidez social y jurídica que aqueja a las relaciones de parentesco.

A tenor de las rebajas electorales en que han caído las Comunidades autónomas al verse presas de la red de la corresponsabilidad fiscal con estabilidad presupuestaria: decidir sobre el ingreso desde el límite del gasto. Lo más sensato es concluir que no es el momento óptimo para planificar la sucesión.

Con todo y con eso no faltará quien se pregunte cómo puede ordenar su patrimonio y su previsible sucesión testamentaria en orden a limitar los efectos tributarios colaterales. Y es en este sentido en el que, entre otra enormidad de instrumentos legales –donaciones escalonadas, sociedades familiares, excesos de adjudicación, etcétera– pretendo en las siguientes líneas centrar la atención en tres instituciones de honda raigambre en el Derecho civil que, desde la perspectiva tributaria, tienen un particular atractivo. No está de más insistir, aunque va de suyo, que el perfil sugestivo de estas figuras es el puramente tributario, que no el privado. Y es que al acometer una planificación fiscal de la sucesión si hay algo de lo que es prioritario arrancar en su análisis es de las consecuencias que en el orden civil habrá de desplegar. O, lo que es lo mismo, que probablemente no tenga

mucho sentido embarcar en una sociedad de tenencia de bienes —máxime a la vista del recién estrenado régimen de sociedades patrimoniales— a un núcleo familiar poco cohesionado y con un patrimonio discreto cuando los problemas y costes que se van a derivar de su gestión probablemente desborden la compensación que se haya de obtener en términos de ahorro fiscal.

Pues bien, dicho todo ello es la propia Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones la mejor plantilla y fuente de inspiración a la hora de poner en marcha el imaginario planificador.

Entre las distintas posibilidades que la normativa ofrece en este sentido se repasarán tres instituciones civiles cuyo tratamiento tributario es particularmente atractivo, en orden a atenuar o posponer la carga impositiva: el albaceazgo, el usufructo y el fideicomiso.

2. El albaceazgo

La normativa precedente (el Impuesto General sobre Sucesiones) sujetaba a gravamen las transmisiones por herencia o legado. Siendo así que el albacea, ni es heredero ni legatario, lo que percibiera del haber hereditario no venía sujeto a gravamen. La Ley de 1987 alteró este tratamiento al declarar sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (en adelante ISD) "la adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o *cualquier otro título sucesorio*" [art. 3.1.a) LISD]. El legislador tributario viene empleando desde hace años una técnica de formulación del hecho imponible que consiste en redactar el supuesto de hecho básico de forma descriptiva y abierta, para completar su descripción con un listado abierto de los hechos más habituales, una mención específica de los que

—pese a su carácter extraño al hecho típico— se consideran imponibles, y una relación tasada de las exenciones.

De la discusión parlamentaria del proyecto de Ley se desprende que ni siquiera el Gobierno pensaba en el albaceazgo cuando introdujo la referencia a "cualquier otro título sucesorio"¹. Y es que cuando la oposición preguntó a qué otro título sucesorio se podía estar refiriendo tal mención se respondió que a ninguno en particular y a cualquiera en general. Lo cierto, con todo, es que lo adquirido por este título —sin duda alguna sucesorio— está sujeto a ISD y, en consonancia con lo prescrito en la vigente Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas² (en adelante IRPF), renta no sujeta a este último Impuesto.

Pues bien, el Reglamento del Impuesto, al desarrollar lo que se ha de entender por títulos sucesorios a efectos del ISD incluye una referencia a "los que atribuyan el derecho a la percepción de las cantidades asignadas por los testadores a los albaceas por la realización de sus trabajos como tales, en cuanto excedan de lo establecido por los usos y costumbres o del 10 por 100 del valor comprobado del caudal hereditario"³.

De la lectura del precepto reglamentario cabría deducir que, a efectos tributarios, lo percibido por un albacea tan solo lo es a título sucesorio cuando exceda de una cantidad indeterminada —"usos y costumbres" o "el 10% del valor comprobado del haber hereditario"— que variará en razón del lugar en el que se cause la sucesión y de la eventual comprobación de valores que en su caso se lleve a cabo. Fuera de estos casos vendría a calificarse como rendimiento del trabajo —o de actividades económicas— sujeto a IRPF, o al Impuesto sobre la Renta de los No Residentes (en adelante IRNR) si el albacea no fuera residente en España⁴.

Sin embargo, una interpretación sistemática del texto reglamentario nos lleva a una distinta conclusión. El RISD dedica un precepto, el tercero, a enunciar los supuestos de no sujeción, integrando con carácter didáctico el perfil del hecho imponible. No se enumera entre los mismos la sucesión a título de albacea. Abrogarse el Derecho tributario la prerrogativa de deslindar lo que haya de entenderse por título sucesorio —a partir de una circunstancia indeterminada e incierta— va más allá de una

concepción razonable de la autonomía de esta rama del Derecho al efecto de delimitar sus propios conceptos. Evidentemente, el Derecho tributario puede libremente disponer cómo se haya de llamar a tributar a unas determinadas percepciones y si se han de calificar como renta sujeta al IRPF o renta sujeta al ISD. Lo que no tiene sentido es que irrumpa alegremente en el Derecho civil levantando una frontera caprichosa —que puede llegar a depender del eventual ejercicio de una potestad administrativa, la de realizar una comprobación de valores— para deformar un concepto propio del Derecho privado como el de “título sucesorio”.

La seguridad jurídica proclamada por la Constitución (art. 9.3) exige del sistema tributario unos parámetros de claridad y certeza (STC 50/1990) que difícilmente podrían entenderse respetados por una delimitación del hecho imponible que exigiese del contribuyente interpretar si lo percibido por el albacea excede de lo usual o del 10% del valor que derivase de una eventual comprobación, para concluir si se ha devengado un impuesto u otro.

En otro sentido, la *Memoria* que acompañaba el texto reglamentario mencionaba que se pretendía llamar a tributar “(...) a las cantidades asignadas por el testador como remuneración de los abaceas, no a las que éstos tengan derecho a cobrar por los trabajos de partición u otros facultativos...”⁵ lo que nos lleva a concluir, en consonancia con el Derecho civil⁶ que la normativa tributaria distingue entre lo que se satisface al albacea como retribución, contraprestación, de los trabajos específicos de partición “u otros facultativos” que preste a la herencia yacente, y que —lógicamente— tributarán en su IRPF o IRNR en concepto de rendimientos del trabajo o de actividades económicas; y la remuneración compensatoria del desempeño de la función de albacea, que será llamada a tributar —como título sucesorio— en el ISD, siempre que exceda de lo que se entiende como importe proporcionado. Evidentemente, si el albacea viniese llamado a la herencia como legatario, por lo que como tal recibiese se habría de liquidar el ISD que correspondiese en concepto de legado.

En definitiva, las percepciones recibidas por los albaceas por tal concepto —que no por trabajos o legados específicos—, desde el momento en

que lo son a título sucesorio, estarán sujetas a tributación en el ISD. Como tales se habrán de incluir en la documentación que se haya de presentar a declaración. En el caso de que se optase por el procedimiento de declaración-autoliquidación y lo percibido por el albacea se entendiera que excede de lo usual o del 10% del valor declarado —asumiendo que una comprobación de valores razonablemente incrementaría este último— se habría de presentar la autoliquidación correspondiente por el importe de lo satisfecho.

Admitida la sujeción a ISD queda por dilucidar la razón de ser y aplicación del límite cuantitativo a partir del cual se llama a tributar de forma efectiva. Dice el Reglamento que tal cosa sucederá cuando la remuneración exceda, alternativamente, de lo usual o del 10% del valor comprobado. Este porcentaje, sin duda, se toma del Derecho civil catalán que atribuye al albacea universal, a salvo de otra distinta señalada por el causante, “el 10 por cien del valor del activo hereditario líquido”⁷ Si no es exactamente esto lo que dispone el texto reglamentario —que habría debido referir el porcentaje a la masa hereditaria neta y no “al valor comprobado del caudal hereditario”— es evidente que está pensando en una compensación razonable por la dedicación que requiere el desempeño de la función encomendada. Si bien es cierto que tal cantidad puede o no resultar proporcionada en razón del montante que alcance el caudal hereditario, también parece claro el razonamiento que subyace en el límite reglamentario. En última instancia se concibe la remuneración del albacea como una compensación indemnizatoria por los desvelos y ocupaciones que tal función lleva consigo, concluyendo que lo recibido por el albacea viene a restituir el equilibrio económico que le produce el lucro cesante y el daño emergente que del desempeño de la tarea encomendada se deriva. No hay, pues, incremento de capacidad económica alguna, en tanto en cuanto lo percibido se mueva en unas cuantías proporcionadas.

Así interpretado el precepto reglamentario el límite cuantitativo operaría como franquicia, de modo que —en caso de excederse— tan solo se habría de llamar a tributar el exceso, que no la cuantía íntegra. No cabe duda que hubiera sido más lógico fijar una cuantía a tanto alzado [3000/6000 € (?)] —que no dependiente de valores inciertos— y que se hubiera incorporado al texto legal como exención

objetiva. Pero, también es claro, que es preciso interpretar el precepto reglamentario de forma coherente con lo dispuesto en la Ley y con los principios constitucionales.

3. El usufructo

La institución civil del usufructo goza de un tratamiento tributario que, en su complejidad, puede ser debidamente aprovechado para planificar una sucesión patrimonial gratuita en la que la carga tributaria se aligere y promedie en el tiempo.

Conviene nuevamente recordar que las consecuencias patrimoniales de la constitución de un derecho de usufructo están lejos de ser intrascendentes, de forma que antes de llevar a cabo una planificación de este orden se debe ponderar detenidamente el resultado que va a tener en el orden civil: no es infrecuente, insisto, que se adopten decisiones desastrosas –en el plano patrimonial o familiar– dominados por el espejismo de lograr ahorros fiscales pírricos.

Pues bien, antes de detenerse en supuestos específicos, es preciso entender cómo concibe el Derecho tributario –con carácter general– la desmembración de los derechos de uso. **Para nuestro ordenamiento el uso de los bienes es connatural a su propiedad, de forma que cuando aquél se desliga de esta, lo hace siempre con carácter temporal; la propiedad conserva una vis atractiva que implica la automática consolidación de ambos derechos al extinguirse el de usufructo.**

En este orden de cosas el ordenamiento tributario tan solo llama a tributar, como negocio oneroso o gratuito, a la constitución –o transmisión a un tercero distinto del nudo propietario– del derecho de usufructo. La consolidación posterior del dominio no implica una nueva transmisión, sino una reintegración del derecho de propiedad que no lleva consigo acrecimiento patrimonial alguno.

Así las cosas, a los efectos del ISD la adquisición de un derecho de usufructo va de suyo ligada a la de la nuda propiedad de los bienes sobre los que se constituye. Eso sí, dado que son varios contribuyentes los llamados a tributar –unos por la adquisición de la nuda propiedad otros, por la del derecho de usufructo– es preciso resolver en qué cuantía se llama a tributar a cada uno de ellos. La normativa del Impuesto⁸ resuelve la cuestión mediante un expediente técnico que consiste, en cuanto a la base imponible, en ponderar la rentabilidad previsible del derecho de usufructo a partir de la edad del usufructuario; en lo relativo al tipo impositivo, se aplica a la adquisición de la nuda propiedad la alícuota que correspondería a una base teórica integrada por el valor íntegro de los bienes.

En definitiva, quien es llamado a tributar por la adquisición lucrativa de los bienes es quien resulta propietario de los mismos. Eso sí, el pago del ISD se escalona –en términos de principio y a salvo de circunstancias excepcionales sobrevenidas– en dos momentos: al entrar en la nuda propiedad satisface el tributo correspondiente a la misma y al extinguirse el usufructo satisface lo que quedaba por pagar.

Ejemplo (con redondeo de tarifas y cuantías):

• Valor del inmueble sobre el que se constituye el usufructo:	116.000 €
• Reducción correspondiente al cónyuge:	16.000 €
• Base teórica sobre la que calcular el tipo impositivo:	100.000 €
• Alícuota teórica aplicable a tal cantidad:	12%
• Tributación al adquirir la nuda propiedad siendo el usufructuario vitalicio un descendiente de 13 años (valor del usufructo 70%) = (70.000 x 0,12).....	8.400 €
• Tributación al consolidarse el dominio (30.000 x 0,12)	3.600 €

Para aplicar este sistema, en el caso de que el causahabiente adquiriese otros bienes, al efecto de calcular el tipo medio efectivo aplicable se tomará como base teórica la integridad de la porción hereditaria⁹. Como se aprecia en el ejemplo propuesto al momento de la adquisición se calcula la totalidad de la deuda tributaria a satisfacer por la adquisición del pleno dominio, aplazándose el pago correspondiente a la parte de la deuda que corresponde al derecho de usufructo hasta el momento en el que éste se consolide con la nuda propiedad.

Si la tributación de quien adquiere la propiedad se escinde en dos momentos –adquisición de la nuda propiedad y consolidación del dominio- quien es llamado a adquirir el usufructo tributa, al momento de su constitución, por el valor que al mismo le corresponde en dicha fecha y adicionándose el mismo, en su caso, al resto de los bienes en que fuese llamado a suceder.

Este sistema marco de tributación de los usufructos constituidos en el marco del negocio sucesorio no es otra cosa distinta de un criterio general que se excepciona en un buen número de casos derivados de lo que en torno al mismo ha podido suceder antes de la sucesión, en el desarrollo de la misma, y con posterioridad a su conclusión. Es en estas reglas específicas en las que el contribuyente puede encontrar espacio para su legítimo ahorro fiscal.

3.1. Usufructos que preceden a la sucesión

Más arriba se hacía referencia a que el ISD es un tributo que se presta particularmente a una planificación fiscal de largo recorrido, a preparar cuidadosamente el patrimonio del causante para disminuir los efectos colaterales del impacto del impuesto. Por esta razón, tradicionalmente la normativa de los impuestos sucesorios –en Derecho comparado como en Derecho interno- articulan una batería de presunciones que –combinadas con una buena carga de ficciones¹⁰- le permiten a la Administración contrarrestar la ventaja de que ha disfrutado el causante a la hora de preparar y anticipar la transmisión lucrativa de su patrimonio en perjuicio de los derechos de la Hacienda pública.

En términos genéricos todas ellas se pueden calificar como disposiciones antielusorias específicas. Es sabido que el legislador tributario puede combatir la elusión fiscal mediante cláusulas generales –expediente de fraude de ley, principio de calificación, simulación, etcétera- o incorporando al ordenamiento la descripción específica de un negocio, una actuación, un conjunto correlativo de circunstancias, que –más allá de su puridad formal- se vislumbran como realizados en perjuicio de los derechos de la Hacienda pública; en estos casos, medidas específicas antielusión, se prevé una calificación tributaria específica –hechos imposables subrogados, ficciones- o se dota a la Administración tributaria de instrumentos procesales –básicamente presunciones- que la dotan de una ventaja efectiva en orden a preservar los intereses de la Hacienda.

En el ISD son numerosas las presunciones legales que contempla el texto legal en orden a facilitar a la Administración la preservación íntegra de la masa hereditaria a la hora de liquidar el gravamen. Dos de ellas hacen referencia a negocios en los que se ha constituido un derecho de usufructo en fechas relativamente próximas al fallecimiento del causante. La aplicación de estas presunciones pasa por el cumplimiento de dos premisas. En primer lugar, para tener por probado el hecho consecuencia, se han de dar todas y cada una de las circunstancias que identifican el hecho base. Desde el punto de vista formal, la acreditación del hecho base pasa por la apertura de un procedimiento específico de comprobación¹¹.

Visto desde el punto de vista del contribuyente la normativa de presunciones puede muy bien leerse como un prontuario de actuaciones que —despertando la prevención del legislador, por cuanto aligeran la masa hereditaria y, por ende, la deuda tributaria— son vías por las que bien puede discurrir el ahorro tributario.

De no concurrir los presupuestos de aplicación de las mismas —el objetivo, el hecho base de la presunción— y el formal —la apertura del procedimiento de comprobación—, posibilitan por sí solas un camino transitable al efecto de distraer bienes de la masa hereditaria.

Volviendo al usufructo, se presumirá que forman parte de la masa hereditaria “los bienes y derechos que durante los tres años anteriores al fallecimiento hubieran sido adquiridos a título oneroso en usufructo por el causante y en nuda propiedad por un heredero, legatario, pariente dentro del tercer grado o cónyuge de cualquiera de ellos o del causante”¹². La tributación inicial del negocio que se describe habrá discurrido por los derroteros del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados¹³: a la adquisición del bien se habrá pagado el ITPAJD, al tipo impositivo que la Comunidad Autónoma hubiera establecido —en su defecto el 6% y el 4%, en función del carácter inmobiliario o mobiliario de los bienes— por el nudo propietario una parte y por el usufructuario otra —en razón de la edad de éste y del carácter vitalicio o temporal del derecho real.

Pues bien, al fallecimiento del usufructuario el nudo propietario verá consolidarse su dominio pagando el ISD que corresponda por el valor del usufructo, que no por el de la íntegra propiedad del bien. De modo que se habrá pagado un impuesto del 4% o del 6 % y finalmente la integridad del bien habrá pasado al patrimonio del nudo propietario. Nada que objetar... si efectivamente el nudo propietario satisfizo en su momento la contraprestación efectiva ligada a la adquisición del bien. En definitiva: el padre adquiere el bien, pagando con su patrimonio la integridad de la contraprestación y desmembrando la propiedad a favor del hijo. A su fallecimiento se consolida el dominio de modo que el bien se incorpora íntegramente en el patrimonio del hijo sin haber satisfecho el ISD correspondiente.

La presunción viene a desbaratar esta trama permitiendo a la Administración dar por probado que el usufructuario no satisfizo la contraprestación ligada a la primera transmisión. Pero para que la presunción sea eficaz, además de abrirse el procedimiento correspondiente, tienen que concurrir las siguientes circunstancias:

- Que hayan transcurrido menos de tres años entre el negocio inicial y el fallecimiento;
- Que el nudo propietario sea un heredero, legatario, pariente dentro del tercer grado o cónyuge de cualquiera de ellos o del causante;
- Que el derecho adquirido por el causante fuese, justamente, el de usufructo y no otros como el de uso o habitación;
- Que el heredero hubiera adquirido la nuda propiedad y el causante el usufructo, lo que excluye el supuesto de plena adquisición por el heredero y posterior desmembración del dominio.

Bastaría con que no concurren uno de los elementos integrantes del hecho base, o no se abriera el procedimiento especial de adición de bienes, para que la presunción no desplegase su virtualidad.

Exactamente lo mismo ocurre en su hermana gemela —la prevista en el art. 11.c) LISD—: quien transmite un bien, con reserva de un derecho de

uso o equivalente sobre dicho bien u otros del adquirente, se presume que lo hace con carácter gratuito. De modo que si fallece antes de cuatro años, el adquirente será llamado a la herencia como legatario. La presunción es lógica y facilita a la Administración la prueba de que al adquirirse el bien no se satisfizo contraprestación alguna. Pero, claro está, leído el supuesto como vía de elusión se obtiene este resultado: si pretendo dejarle el apartamento de la sierra a mi sobrino, se lo puedo transmitir en vida —reservándome el usufructo— sin que él satisfaga de forma efectiva la contraprestación inicial¹⁴. A la transmisión se habrá satisfecho el ITPAJD por la adquisición de la nuda propiedad y al fallecimiento el ISD correspondiente al derecho de usufructo, con un más que probable ahorro fiscal. Ciertamente la Administración podría verse favorecida por una presunción de negocio en fraude de acreedores al efecto de reintegrar la integridad de los bienes a la masa hereditaria y llamar a tributar al sobrino como legatario de los bienes inicialmente transmitidos. Pero para que tal cosa ocurra deben darse todos y cada uno de los elementos que constituyen el hecho base de la presunción y que la Administración abra el procedimiento especial de adición regulado al efecto.

2.2. Usufructos sucesorios

La normativa sucesoria en lo relativo a la ordenación de las legítimas lleva a que sea extraordinariamente frecuente la constitución de usufructos, a favor del cónyuge superviviente, con motivo de la liquidación del haber hereditario. Como siempre, ha de primar, sobre las consideraciones fiscales, la realidad civil que se haya pretendido por el causante y deseado por los herederos. Con todo, las consecuencias fiscales de adoptar una u otra fórmula de liquidación de las cuotas ideales son de tal calibre que es imprescindible contemplarlas y confrontar los costes de las distintas fórmulas posibles antes de adoptar una decisión.

Así las cosas, no se ha de perder de vista que la desmembración de la nuda propiedad y el derecho de usufructo sobre determinados bienes tiene un coste fiscal elevado. A la constitución del derecho de usufructo —como hemos señalado— el usufructuario deberá satisfacer el impuesto que corresponda al mismo y el nudo propietario la parte restante. Todo ello sobre una base imponible teórica que alcanza, para éste último, al valor ínte-

gro de los bienes. Pero es que, al fallecimiento del usufructuario —el supuesto más habitual de consolidación del dominio— el nudo propietario pagará la parte del impuesto que no satisfizo en su momento. Es decir, el nudo propietario paga por la adquisición íntegra de los bienes del causante en dos tiempos, conforme al valor y los tipos vigentes a la fecha de la sucesión: en un primer momento, la parte correspondiente a la adquisición de la nuda propiedad; con posterioridad, la parte relativa al usufructo. A ello se ha de adicionar el impuesto que habrá pagado el usufructuario al momento de constituirse el usufructo. El coste fiscal íntegro de la transmisión es, pues, elevado¹⁵.

Una opción que permite evitar tal estado de cosas consiste en sustituir la constitución del usufructo por la entrega de la plena propiedad de bienes equivalentes¹⁶. Mediante este sencillo expediente se evita el desarrollo del negocio usufructuario y, con ello, la doble liquidación del impuesto correspondiente a su constitución y a su extinción. Si, aparentemente, esta es la opción más económica es preciso hacer números, por una sencilla razón.

En principio es previsible que la sustitución del derecho de usufructo por la entrega de bienes equivalentes comportará una tributación de conjunto más favorable. La cosa no es tan clara, si se considera detenidamente el supuesto. Pensando en el fallecimiento del esposo, que deja a su cónyuge y su hijo dos inmuebles de naturaleza urbana. Al constituirse el usufructo sobre un inmueble, lo más frecuente, a favor del cónyuge, el hijo habrá de satisfacer el impuesto por la adquisición de la nuda propiedad, al fallecimiento del padre, y por la consolidación del dominio a la muerte de la madre; a lo que se habrá de añadir lo que haya debido de pagar la madre al constituirse el usufructo. La solución alternativa supondría que el hijo pagaría el impuesto por la adquisición de un inmueble y la madre por la del otro, que se le entregaría en sustitución de la cuota usufructuaria. Pues bien, si pensamos en que la tributación de la adquisición del usufructo pendiente de consolidarse, para el hijo, queda congelada con los valores del inmueble a la fecha del fallecimiento del padre —habida cuenta de la revalorización de los inmuebles urbanos— lo más probable es que el conjunto de las tres liquidaciones —constitución de usufructo, adquisición de nuda propiedad y consolidación de dominio— tenga un coste inferior al

derivado de las tres alternativas: adquisición de la entera propiedad de cada inmueble por la madre y por el hijo; posterior adquisición lucrativa por el hijo del inmueble que quedó en el patrimonio de la madre, al fallecer ésta.

Una tercera solución pasaría por la renuncia, pura, simple y gratuita del cónyuge superviviente al derecho de usufructo. En tal caso el usufructo no llega a nacer y, en virtud de la *vis expansiva* del dominio los bienes se incorporan al patrimonio de los descendientes en su íntegra propiedad, sin que proceda liquidar impuesto alguno en concepto de usufructo¹⁷.

Una última posibilidad, que preservaría los derechos patrimoniales del cónyuge superviviente, pasaría por concretar el derecho de usufructo en forma de pensión vitalicia. Mediante esta fórmula la pensión reduciría la tributación de los hijos -al plasmarse en la liquidación hereditaria como carga¹⁸- y garantizaría al cónyuge unos recursos vitalicios al mismo tiempo que se simplificaba la previsible sucesión posterior del cónyuge en beneficio de los hijos.

Notas

1. Tampoco los primeros comentaristas de la Ley adivinaban en esta expresión una referencia implícita al albaceazgo. *Vid.* Tejerizo López, J.M., "El hecho imponible en el Impuesto sobre Sucesiones", en *La fiscalidad de las Sucesiones y las Donaciones*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 1991, pág. 28.

2. Ley núm 40, de 9 de diciembre de 1998. Art. 6.4.: "No estará sujeta a este impuesto la renta que se encuentre sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones". En el mismo sentido aclara la normativa del Impuesto sobre Sucesiones que "en ningún caso un mismo incremento de patrimonio podrá quedar gravado por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas" (art. 4 del RD núm. 1629, de 8 de noviembre de 1991, en adelante RISD).

3. Art. 11.d) RISD.

4. *Vid.* En este sentido Pérez-Fadón Martínez, J., *Guía del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, CISS, Valencia, 2000, pág. 53.

5. Consultada en Bermúdez Odriozola, L., Pérez de Ayala Becerril, L., y Pérez de Ayala Becerril, M.,

Comentarios al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 59.

6. "El albaceazgo es cargo gratuito. Podrá, sin embargo, el testador señalar a los albaceas la remuneración que tenga por conveniente; todo ello sin perjuicio del derecho que les asista para cobrar lo que les corresponda por los trabajos de partición u otros facultativos..." (art. 908 CC).

7. Art. 239 de la Compilación del Derecho civil catalán.

8. Art. 26 LISD.

9. *Vid.* en este sentido, la Resolución de la DGT de 23.12.1991

10. *Vid.* al respecto, por todos, mi trabajo *Presunciones y ficciones en el Impuesto sobre Sucesiones*, IEF/Marcial Pons, Madrid, 1993, *passim*.

11. Art. 93 RISD.

12. Art. 11.b) LISD.

13. En adelante ITPAJD, regulado por el RD Leg. 1/1993, de 24 de septiembre y su Reglamento de desarrollo, aprobado mediante el RD 828/1995, de 29 de mayo (RITPAJD).

14. Sin que pueda obviarse que por mor de lo dispuesto en el art. 4 LISD la Administración podría presumir que hubo donación cuando los hijos menores adquirieron la nuda propiedad y los padres el usufructo vitalicio (STSJ de Galicia de 29.1.1999). Pero, de nuevo, no puede dejar de advertirse que la presunción de este hecho imponible se restringe a las adquisiciones de los padres en representación de hijos menores. Bien es verdad que el supuesto se podría llevar por la vía de los incrementos injustificados de patrimonio, pero también es cierto que las Administraciones competentes para liquidar e inspeccionar el IRPF y el ISD son distintas.

15. *Vid.* por todas la SAN de 111 de febrero de 1997 y la STSJ de Aragón, de 4 de junio de 1994, citadas por I. Merino Jara, *Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, Problemas actuales*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 55.

16. Cfr. art. 57 RISD.

17. Cfr. STSJ de Cantabria, de 14 de noviembre de 2000, citado por I. Merino Jara, *Impuesto sobre...*, pág. 43.

18. Cfr. art. 31 RISD.

José Andrés Rozas Valdés
Profesor titular de Derecho financiero
y tributario (UB-Abat Oliba)