

4. Derecho Financiero

LA ADICIÓN DE BIENES EN LAS ADQUISICIONES "MORTIS CAUSA". TRATAMIENTO QUE RECIBEN EN EL IMPUESTO DE SUCESIONES Y DONACIONES

por D. ALEJO HERNÁNDEZ LAVADO

Profesor Titular de Derecho Financiero
Facultad de Derecho
Cáceres

S U M A R I O

INTRODUCCIÓN

- I.-LOS BIENES DEL CAUSANTE QUE HUBIESEN PERTENECIDO AL CAUSANTE DE LA SUCESIÓN HASTA UN AÑO ANTES DE SU FALLECIMIENTO**
- II.-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 HEREDERO O AFÍN**
- III.-LOS BIENES Y DERECHOS QUE HUBIERAN SIDO TRANSMITIDOS POR EL CAUSANTE DURANTE LOS CINCO AÑOS ANTERIORES A SU FALLECIMIENTO**
- IV.-LOS VALORES Y EFECTOS DEPOSITADOS Y CUYOS RESGUARDOS SE HUBIERAN ENDOSADO, SI CON ANTERIORIDAD NO SE HUBIERAN RETIRADO AQUELLOS O TOMADO RAZÓN DEL ENDOSO EN LOS LIBROS**

LA ADICIÓN DE BIENES EN LAS ADQUISICIONES "MORTIS CAUSA". TRATAMIENTO QUE RECIBEN EN EL IMPUESTO DE SUCESIONES Y DONACIONES

INTRODUCCIÓN

Es el supuesto de mayor transcendencia establecido por el legislador a la hora de determinar los bienes que forman parte del haber hereditario a efectos del pago del impuesto, y comprende en sí una multiplicidad de supuestos que vienen regulados en el artículo 11 de la Ley y utilizando la expresión "se presumirá". Queda con ello claro desde este momento que para el legislador se trata de presunciones, aunque al analizarlas individualmente veremos que alguna encaja más en el concepto de ficción¹ que en el de presunción.

En conjunto se trata de supuestos en los que existe la sospecha fundada de que los bienes del causante salieron de su patrimonio al de sus herederos en una fecha próxima al óbito, lo que lleva a pensar que la salida del patrimonio del fallecido no tuvo más causa que eludir el pago del impuesto. De ser ciertos los hechos presuntos estaríamos realmente ante un fraude de Ley, siendo las normas que vamos a analizar preceptos para luchar contra dicho fraude². Ya el Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de mayo de 1978 (Ar. 1737). Ponente, don Diego Espín Cánovas afirmaba al res-

1. Analizando el Texto Refundido de 6 de abril de 1967 que en este caso es análogo al actual afirma Uriarte Zulueta "Por otra parte, y en virtud de una verdadera ficción, considera que ciertos bienes, que habían dejado de pertenecer al causante en el momento del fallecimiento continúan formando parte del caudal hereditario, exclusivamente a efectos de la liquidación del impuesto" URIARTE ZULUETA, Manuel "Los problemas internacionales en el impuesto de las sucesiones", XX SEMANA DE ESTUDIOS DE DERECHO FINANCIERO, Madrid 1973, pag. 531.

2. CHECA GONZÁLEZ, C. En la obra "La fiscalidad de las sucesiones y donaciones". Lex Nova S.A. Valladolid 1989. pág. 136. Dirigida por CALVO ORTEGA, R.

pecto: "el juego de estas presunciones legales de pertenecer al caudal hereditario bienes transmitidos con anterioridad, se funda en la evitación de un posible fraude". Y Pérez Royo, analizando este precepto, afirma: "Se trata de presunciones específicas encaminadas a reconducir al caudal hereditario bienes y derechos enajenados en condiciones que hacen suponer al legislador que se trata materialmente de disposiciones «mortis causa» encubiertas y simuladas como transmisiones «inter vivos». Se trata de la técnica que la doctrina conoce con el nombre de presupuestos de hecho subrogatorios, orientados a desbaratar las operaciones en fraude de ley"³. Parece, pues, evidente que tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran a estos preceptos como instrumentos en la lucha contra el fraude de Ley, con lo cual mostramos nuestra conformidad.

El fraude de Ley Tributaria es siguiendo al Prof. Palao "la operación realizada por el contribuyente, que se encuentra que para conseguir determinado resultado económico, si lo hace por los medios jurídicos normales provoca el nacimiento de la deuda tributaria, y para evitarlo utiliza indirectamente otro medio jurídico, que natural y primariamente tiende al logro de fines diversos, y que o no está gravada o lo está en medida más reducida que aquellos medios usuales"⁴.

No hay que confundir el fraude de ley tributaria con fraude tributario o la economía de opción. En el fraude a la ley tributaria como sucede en los supuestos que vamos a analizar hay una maniobra de elusión del impuesto. O sea, el causante, consciente de que al fallecer sus causahabientes van a tener que pagar el Impuesto de Sucesiones por la adquisición here-

Dice Domecq Solís . "La importancia básica de establecer agregaciones es evitar, aunque sea parcialmente, la elusión de la progresividad de las tarifas con el fraccionamiento temporal de transmisiones gratuitas. En los países con impuesto sobre el caudal relicto se establece la agregación vitalicia...En los países con impuesto sobre adquisiciones, salvo Luxemburgo, todos establecen reglas de agregación, ya sean vitalicias, a largo o a corto plazo, si predominio de ninguna de las modalidades: las reglas de agregación se aplican para para las adquisiciones gratuitas que provienen de un mismo transmitente. En la mayoría de los países los tipos empleados para las donaciones y las sucesiones coinciden aunque por vías de exenciones y bonificaciones las donaciones pueden gravarse menos", DOMECCQ SOLIS, Ana María, "La reforma del impuesto de sucesiones", XXXI SEMANA DE ESTUDIOS DE DERECHO FINANCIERO, Instituto de estudios fiscales, Madrid 1986, pág. 46.

3. PÉREZ ROYO, Fernando, *Curso de Derecho Tributario*, op. cit., pág. 471.

4. PALAO TABOADA, Carlos, "El fraude de ley en derecho tributario", *REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y HACIENDA PÚBLICA*, núm. 63, 1966, pág. 678.

ditaria que está gravada más fuertemente que la transmisión onerosa «inter vivos», se desprende de sus bienes simulando transmisiones onerosas, fingiendo una causa falsa (la contraprestación que realmente no existe), para eludir el pago del impuesto. En el fraude tributario no se utilizan medios distintos sino las vías usuales que se ocultan a la Administración, o sea en el supuesto antes comentado no se transmite «inter vivos», sino que una vez producido el fallecimiento el heredero oculta el hecho imponible a la Administración, incumpliendo su deber de declaración en espera de la prescripción del impuesto. Por último, en la economía de opción, el contribuyente elige entre dos posibilidades que son lícitas sin llevar en sí intención de eludir el impuesto.

Aunque se haya discutido si es o no lícito el fraude a la Ley, nos parece que en el momento actual no ofrece duda que esta conducta es ilícita y que está plenamente justificado que el legislador la persiga cortando sus vías. Evidentemente la Administración siempre podrá investigar y demostrar la causa ilícita de los contratos onerosos que encierran transmisiones lucrativas, pero hay que reconocer la dificultad existente, por ello consideramos justificadas estas normas que buscan en palabras de Lasarte "cerrar vías de fraude mediante la simulación de actos y negocios"⁵.

I/ El primero de los supuestos viene establecido en el apartado a) del art. 11 de la Ley conforme al cual "Se presumirá que forman parte del caudal hereditario: a) Los bienes de todas clases que hubiesen pertenecido al causante de la sucesión hasta un año antes del fallecimiento, salvo prueba fehaciente de que tales bienes fueron transmitidos por aquél y de que se hallan en poder de personas distintas de un heredero, legatario, pariente dentro del tercer grado o cónyuge de cualquiera de ellos o del causante. Esta presunción quedará desvirtuada mediante la justificación suficiente de que en el caudal figuran incluidos el metálico y otros bienes subrogados en el lugar de los desaparecidos con valor equivalente".

Es de interés poner de relieve que en la primera normativa en que encontramos un antecedente histórico de este precepto que es la Ley de Re-

5. LASARTE, Javier, "Imposición unificada de sucesiones y donaciones", CIVITAS, REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO FINANCIERO, núm. 53, 1987, pág. 15.

forma Tributaria de 26 de julio de 1922 se dice de forma expresa en su artículo 7 "Para la represión del fraude en el Impuesto de Derechos Reales se aplicarán las siguientes reglas. Segunda. Se considerarán como parte del caudal hereditario solamente a los efectos de la liquidación y pago del Impuesto de Derechos Reales: a) Los bienes de todas clases que hubieran pertenecido al causante de la sucesión, hasta un período máximo de un mes anterior a su fallecimiento, y que, al ocurrir éste, se hallen en poder de los herederos o legatarios o de alguno de ellos...". El origen histórico del precepto está pues también en la lucha contra el fraude.

Una vez incorporado a la legislación de Derechos Reales por la Reforma Tributaria de 1922 ya lo vemos reproducido en las sucesivas regulaciones del impuesto: Así en el artículo 5 del R.D. de 21 de septiembre de 1922, en el artículo 75 del Reglamento de 26 de marzo de 1927, en el artículo 75 a) del Reglamento de 16 de julio de 1932, en el artículo 11 a) del Texto Refundido de 29 de marzo de 1941, en el artículo 6 a) de la Ley de 17 de marzo de 1945, en el artículo 75 a) del Reglamento de 7 de noviembre de 1947, en el artículo 8 a) del Texto Refundido de 7 de noviembre de 1947. Todos los preceptos citados son análogos al artículo 11 a) de la ley de Reforma Tributaria de 1922, siendo el plazo para la adición de un mes anterior al fallecimiento del causante. Para el cómputo de dicho mes el Tribunal Supremo consideró que no se trata de un plazo, sino de una unidad de tiempo, y que por ello no se computa de fecha a fecha, sino por 30 días⁶.

En la evolución histórica del precepto encontramos una modificación importante en la Ley de 26 de diciembre de 1957 donde el plazo se amplió

6. La sentencia es de 26 de abril de 1961, Ar. 1990 y Ponente D. Juan Escobar Fernández y analizaba una situación límite en que una persona el 7 de junio de 1957 transmite mediante -vendí- ante corredor de Comercio sus acciones, falleciendo el día 8 del mes siguiente. La oficina liquidadora adicionó el paquete de acciones interpretando que era un plazo que se contaba de fecha a fecha que venía al día siguiente al terminar la fecha en día hábil (aplicaba al efecto el art. 114 del Reglamento de 1947 regulador de los plazos de presentación de declaraciones). El Tribunal Supremo aplicando el Código Civil al hablar la Ley de un mes interpretó que eran 30 días y por 24 horas revocó la resolución del Tribunal Central. Si prosperó la adición en otra Sentencia anterior de fecha 23 de enero de 1955, Ar. 254, Ponente D. Raimundo Pérez Hernández, en que analizando iguales preceptos, tan sólo habían pasado tres días desde la transmisión de bienes "inter vivos" a los herederos cuando se produjo el fallecimiento.

a dos meses y se excluyeron las situaciones de permuta. Con igual redacción pasó al art. 75 a) del Reglamento de 15 de enero de 1959 que aún es de aplicación conforme a la disposición final segunda de la Ley.

El artículo 27 1 a) del Texto Refundido de 1967 amplió a un año el período de adición, y con el período de un año ha sido recogido por la norma actualmente vigente.

Vista su evolución histórica y previo a su análisis consideramos oportuno plantear la delimitación de su naturaleza. Hasta la Ley de 1967 no se calificaba por el legislador como presunción lo que llevó a algunos autores a considerarlo una ficción o una presunción "iuris et de iure"⁷. E incluso con la redacción de 1967 que es análoga a la establecida en el artículo 11 a) de la actual ley Uriarte Zulueta defiende que se trata de una ficción⁸.

No estamos de acuerdo con este autor y defendemos que tal y como dice el legislador estamos ante una presunción. El legislador ha partido de la regla de experiencia de que cuando alguien siente la muerte próxima, para evitar que los herederos tengan que pagar el Impuesto de Sucesiones, resulta frecuente que transmitan en vida, simulando contratos onerosos, los bienes que piensan dejar a sus causahabientes⁹. Y ante la dificultad de prueba para la Administración de que la causa de tales contratos es fingida, y que los mismos no son onerosos sino lucrativos y encierran realmente an-

7. BAS Y RIVAS, Federico; "Impuesto de Derechos Reales en las sociedades y valores mobiliarios" op. cit., pág. 478).

8. "Se trata de una ficción, más que de verdadera presunción, aunque la Ley de 11 de junio de 1964 y el artículo 27 del Texto Refundido con mejor intención que acierto, les atribuyan precisamente este último carácter. La presunción consiste en dar por probado un hecho, mediante la prueba de otro diferente, con el fin de facilitar la demostración de la existencia del primero y no es el caso del artículo 27, porque la inexistencia del hecho que aparentemente se trata de demostrar (que ciertos bienes pertenecían al causante al tiempo de su muerte), constituye precisamente el primer requisito de la supuesta presunción". (URIARTE ZULUETA, Manuel María; "La base imponible en el impuesto sobre las sucesiones"; op. cit.; pág. 808)

9. Según Herrero Madariaga "Resulta evidente que en un país como el nuestro, en el que llega a decirse que quien hace la ley inventa la forma de no cumplirla, no puede hablarse precisamente de falta de imaginación a la hora de idear técnicas para eludir las normas tributarias. Tales técnicas elusivas llegan a un grado de perfección casi inusitado... El más alto grado de depuración de las mencionadas técnicas viene fundamentalmente por la vía de la incorrecta utilización de las formas jurídicas, que se utilizan para la consecución de fines diversos a los previstos en el ordenamiento". HERRERO MADARIAGA, Juan, "El fraude de la ley como elusión ilícita de los tributos", CIVITAS, REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO FINANCIERO, núm. 10, 1976, pág. 319.

ticipos de herencia, se ha articulado la presunción. Es de observar que dada la redacción legal no sólo se presume una transmisión lucrativa de causante a herederos cuando el contrato traslativo se ha producido por ambos, sino incluso cuando existe una persona interpuesta o testafarro, ya que los requisitos o hechos base establecidos son dos: que hayan salido del patrimonio del causante en los últimos doce meses de su vida y que los disfrute el heredero, tanto si los adquirió directamente, como si fue por medio de testafarro.

Hay pues, una indiscutible razón de equidad y de lógica detrás de esta presunción que no “finge” nada sino que da por cierto, a los efectos del impuesto, que el medio por el que el bien ha pasado del causante a sus herederos o legatarios ha sido una transmisión lucrativa, aunque se hayan fingido contratos onerosos. Busca, por tanto, el precepto demostrar la verdad de lo realmente sucedido y por ello tiene la naturaleza y el carácter de una presunción.

Esta presunción se puede calificar como presunción *iuris tantum*¹⁰, aunque el legislador limita la prueba para destruir la presunción a que se justifique que en el caudal hereditario figuran incluidos el metálico u otros bienes subrogados en el lugar de los desaparecidos con valor equivalente. El precepto debería ser más amplio y admitir todos los medios de desvirtuar el hecho presunto¹¹.

Por ello entendemos que basta que conste que en el patrimonio del

10. En la obra dirigida por CALVO ORTEGA, R. “La fiscalidad de las sucesiones y donaciones”, op. cit. pág. 139. También MARTÍNEZ LAFUENTE, Antonio; El impuesto general sobre las sucesiones; op. cit.; pág. 140 en nota 60.

11. Históricamente desde el Reglamento de Derechos Reales de 7 de noviembre de 1947 se viene exigiendo para destruir esta presunción cuando el bien esté en Registros Públicos a nombre del causante que exista documento público de fecha anterior al periodo de la presunción que acredite la transición de los bienes. Así lo interpreta y aplica la Sentencia de 28 de marzo de 1964, Ar. 2005, Ponente D. Valentín Silva Melero en la que se dice al respecto en el último considerado “Que tanto por aplicación del artículo 75 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales como si nos atenemos a los principios del libre convencimiento del juzgador, o a los de apreciación de la prueba en conjunto, aún en el supuesto más favorable para el recurrente, es forzoso admitir que el ganado objeto del Acta de inspección pertenece a la herencia de doña Iluminada, por no ser posible deducir del resultado de la comprobación de las declaraciones de Renta del actor, una conclusión contraria, por lo que es procedente desestimar el recurso interpuesto, confirmando en todas sus partes el fallo recurrido, sin que por otra parte se aprecien motivos para una especial condena en costas”.

causante ingresó la contraprestación equivalente del bien que salió de su patrimonio para considerar destruida la presunción. Un año es un período suficientemente amplio como para que existan transmisiones onerosas cuyo precio el causante haya consumido, en cuyo caso la presunción nos llevaría no a descubrir la verdad sino a dar por cierto un hecho falso. Ello más que una presunción sería en tal caso una ficción.

Problema que merece especial atención lo plantean los saldos máximos que hayan existido en las cuentas del causante durante el último año de su vida. Una de las reglas de comprobación más comúnmente utilizada por la oficina liquidadora del impuesto es recabar de las entidades bancarias con sede en la localidad del último domicilio del causante los saldos que arrojasen sus cuentas corrientes y demás depósitos durante el último año de su vida en la entidad, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 186 del Reglamento. El resultado con frecuencia da lugar a la adición del mayor saldo existente en las cuentas del fallecido, aunque dicho saldo no exista en la fecha del fallecimiento. Cuando se trata de imposiciones a plazo fijo y valores de considerable cuantía y desproporcionados al nivel de vida del causante es lógico pensar que ante una muerte inminente se han entregado a los herederos como anticipo de la herencia. Ahora bien, ni todas las muertes se producen con posibilidad de estas maniobras ni tiene que existir regla de probabilidad en saldos de varios meses anteriores al fallecimiento, ni siquiera el día antes cuando la muerte es inesperada totalmente. En estas situaciones y en personas con bastantes movimientos en sus cuentas puede resultar una verdadera sorpresa para los herederos la aparición de saldos bancarios y la imposibilidad, por desconocimiento, de demostrar que dicho saldo no está en su poder. El dinero, como bien fungible, y la acreditación de hechos negativos pueden suponer para los causahabientes obstáculos insuperables. La doctrina se inclina a considerar su incorporación al caudal hereditario como no procedente por los resultados injustos a que puede conducir¹².

12. Como defiende URIARTE "la adición incondicional de los mayores saldos anteriores puede conducir a resultados verdaderamente injustos, ya que, como hizo notar BAS Y RIVAS, el saldo máximo puede depender de circunstancias tan aleatorias como el orden en que se efectúe el abono y el cargo de operaciones simultáneas. Por otra parte, si el precio de los bienes vendidos se ingresa en una c/c, podrían producirse casos de doble imposición, aunque la Sentencia de 24 de abril de 1926 ha

II/ En el apartado b) del artículo 11 de la Ley se establece "En las adquisiciones *mortis causa*, a efectos de la determinación de la participación individual de cada causahabiente, se presumirá que forman parte del caudal hereditario: b) Los bienes o 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".

Este precepto tiene su origen en la Ley de 26 de diciembre de 1957 y encierra en sí el mismo fundamento que la norma que acabamos de analizar¹³. De la Ley citada pasó al artículo 9 B) del Texto Refundido de 21 de marzo de 1958, y después al artículo 75 b) del Reglamento de 15 de enero de 1959. Con igual redacción ha estado vigente hasta ahora en el artículo 27 letra b) del Texto Refundido de 1967. No ha sufrido cambio alguno en su evolución histórica.

El objetivo de esta norma es anular a efectos fiscales las operaciones realizadas para sustraer al Impuesto de Sucesiones y Donaciones adquisiciones gratuitas¹⁴.

Para el legislador estamos ante una presunción y como tal la califica. Antes de pronunciarnos al respecto vamos a efectuar el análisis de la norma.

Se considera como parte del caudal hereditario, o sea se consideran adquisiciones "mortis causa" los bienes y derechos en que se cumplen estas tres condiciones:

- 1.—Que el causante adquiriese onerosamente el usufructo de los mismos.

eliminado prácticamente este peligro de declarar que se presume que las cantidades en metálico existentes en la herencia proceden de la venta de los bienes desaparecidos". (URIARTE ZULUETA, Manuel María; "La base imponible en el impuesto sobre las sucesiones"; op. cit.; pág. 810).

13. VELASCO ALONSO, Ángel, "El impuesto sobre sucesiones y transmisiones patrimoniales", op. cit. pág. 136 y 137.

14. Según Lasarte "Esta disposición sólo tiene sentido, si se presume una donación encubierta o resultado similar en caso de muerte inesperada del usufructuario", LASARTE, Javier, "Imposición unificada de Sucesiones y Donaciones", op. cit., pág. 16 y a su vez Perez Royo afirma "La justificación es evidente: a la muerte del causante se producirá la consolidación de la plena propiedad, con lo que el resultado es el mismo que el que se produciría si los bienes hubieran sido transmitidos *mortis causa*". PEREZ ROYO, Fernando y otro "Curso de Derecho Tributario", op. cit., pág. 478.

2.—Que el heredero, legatario, pariente dentro del tercer grado o cónyuge de cualquiera de ellos o del causante adquiriese la nuda propiedad de los mismos.

3.—Que ambas adquisiciones se produjesen en el período de tres años anterior al fallecimiento del causante.

Una primera lectura podría dar lugar a pensar que es un supuesto paralelo al regulado en el artículo 4.2 de transmisiones de hecho imponible. En este sentido podría pensarse que el legislador trata de evitar aquí las situaciones en que una persona de edad al adquirir un bien decide ponerlo a nombre de sus herederos en nuda propiedad y en usufructo a su nombre, encubriendo tal operación una transmisión lucrativa a favor del heredero que se consolida con el fallecimiento del usufructuario. Sin descartar que este supuesto encaja dentro de la norma nos parece que el ámbito de aplicación es más amplio y engloba una serie de situaciones que vamos a determinar después de calificar jurídicamente la norma.

La calificación no resulta fácil en este supuesto, aun cuando la doctrina se decanta por la existencia de una presunción¹⁵, y prueba de ello es que Pérez Royo aunque la califica como presunción añade "aunque no existe la declaración expresa requerida por el artículo 118.1 de la Ley General Tributaria, parece lógico considerar esta presunción como absoluta"¹⁶. A nuestro criterio si llegamos a la conclusión de que es una presunción no hay más remedio que calificarla como relativa en aplicación del artículo 118.1 de la Ley General Tributaria. La afirmación del Prof. Pérez Royo hay que entenderla o bien como "de lege ferenda", o bien —y ello nos parece más defendible— como manifestación de que la norma jurídica está expresada en tal forma que lo "lógico" es entender que el legislador tiene la voluntad de que no se practique prueba en contrario, sino que una vez que se dan las condiciones antes establecidas sin más se considera una adquisición hereditaria a integrar en el caudal relicto.

15. DEL CASTILLO ALVAREZ CEDRÓN, Salvador, "Consideraciones sobre las presunciones jurídicas en materia impositiva", op. cit., pág. 144; LASARTE, Javier, "Imposición unificada de sucesiones y donaciones", op. cit., pág. 16; PEREZ ROYO, Fernando y otros "Curso de Derecho Tributario", op. cit., pág. 478.

16. PEREZ ROYO, Fernando, y otros, "Curso de Derecho Tributario", op. cit., pág. 478.

Profundizando en ello nos parece que el legislador más que una presunción lo que establece es una ficción. O sea, el legislador reconociendo la realidad de unas adquisiciones "inter vivos" ya producidas, finge que la consolidación de la nuda propiedad que se produce por el fallecimiento del causante es una adquisición hereditaria del bien, siendo consciente que el fenómeno jurídico y real que se produce es la consolidación de la propiedad por extinción de usufructo. Siendo una ficción no hay que calificarla de absoluta, pues las ficciones siempre lo son "per se". En sentido contrario, Checa González, C.¹⁷.

Veamos las cuatro posibilidades que caben de aplicación de la norma:

1.—El primer supuesto es la adquisición onerosa en usufructo por el causante y también adquisición onerosa de la nuda propiedad por el heredero, legatario, pariente, o cónyuge de cualquiera de ellos o del causante de unos bienes y derechos de un tercero. El usufructo puede representar el 70% del valor del bien adquirido. Una vez efectuadas las adquisiciones fallece el usufructuario y el heredero adquiere por consolidación de la nuda propiedad el 70% del valor del bien. Nos parece que ante esta realidad económica, y dada la realidad jurídica lícita existente lo que el legislador ha previsto es una ficción mediante la cual se convierte la adquisición del bien en adquisición hereditaria.

2.—Otra posibilidad es que se adquiera por el causante el usufructo onerosamente, y por el heredero (o demás personas a él asimiladas) lucrativamente la nuda propiedad. También al fallecer el causante por consolidación de la propiedad hay adquisición del heredero igual que en el anterior supuesto.

3.—También cabe que el causante adquiera el bien o derecho de un tercero y onerosamente transmita la nuda propiedad a sus herederos (o demás personas asimiladas en el precepto al mismo), con lo cual al fallecer a continuación el causante, el heredero adquiere el bien a causa del fallecimiento del causante sin ser adquisición hereditaria. Ésta sería la forma más hábil de sustraer al Impuesto de Sucesiones adquisiciones hereditarias.

17. En la obra dirigida por CALVO ORTEGA, R. "La fiscalidad de las Sucesiones y Donaciones". op. cit., pág. 142.

4.—Y, por último, cabe la posibilidad de que el heredero o persona afín, según la norma, adquiera el bien o derecho de un tercero y a continuación transmita onerosamente el usufructo del mismo a quien dentro de los tres años siguientes se convierte en su causante. Lo percibido por venta del usufructo el heredero lo hubiera percibido por adquisición hereditaria, por lo que también cobra pleno sentido la ficción establecida por el legislador.

Una crítica que se ha realizado a la legislación vigente cuando estaba a nivel de proyecto es que mientras en el artículo 4 se han unificado los plazos y englobado las situaciones que estaban comprendidas en el artículo 64 del Texto Refundido de 1967, en el artículo 11 se recogen sin más los preceptos del artículo 27 de la legislación anterior sin refundir situaciones ni plazos. Aunque es deseable la simplificación de la materia, al tratarse el supuesto analizado de una ficción no parece que jurídicamente se deba englobar con los preceptos de presunciones ni unificar el período de aplicación que en la ficción por su rigidez debe ser más corto.

III / En tercer lugar el apartado 3 del artículo 11 dispone "se presumirá que forman parte del caudal hereditario: c) Los bienes y derechos que hubieran sido transmitidos por el causante durante los cinco años anteriores a su fallecimiento, reservándose el usufructo de los mismos o de otros del adquirente o cualquier otro derecho vitalicio, salvo cuando se trate de seguros de renta vitalicia contratados con entidades dedicadas legalmente a este género de operaciones".

Este precepto tuvo su acceso al Impuesto de Sucesiones a través de la Reforma Tributaria de 26 de julio de 1922, cuyo artículo 7 motivaba la disposición en la represión del fraude en el impuesto, y en la regla 2, apartado b) se disponía la consideración como parte del caudal hereditario y a los solos efectos de liquidación y pago y del impuesto de los bienes "transmitidos por el causante en el período de tres años, anteriores a su fallecimiento, reservándose el usufructo de los mismos o de otros del adquirente...". De la comparación con la situación actual destaca la ampliación del plazo de tres a cinco. En la evolución del precepto es la única modificación relevante que se puede observar, de tal forma que podemos distinguir desde 1922 hasta la vigente legislación dos etapas. La iniciada por la Ley de Reforma Tributaria de 26 de ju-

lio de 1922, que continúa en el artículo 5 b) del Real Decreto de 21 de septiembre de 1922, en el artículo 75 b) del Reglamento de 26 de marzo de 1927, en el artículo 7 b) del Texto Refundido de 28 de febrero de 1927, en el artículo 7 B) de la Ley de 11 de marzo de 1932, en el artículo 75 b) del Reglamento de 16 de julio de 1932, en el artículo 11 b) del Texto Refundido de 29 de marzo de 1941, en el artículo 75 c) del Reglamento de 7 de noviembre de 1947 y en el artículo 11 B) del Texto Refundido de 7 de noviembre de 1947. En todos los preceptos citados se mantiene la redacción originaria con el plazo de cinco años. La segunda etapa la inicia la Ley de 21 de marzo de 1958 en cuyo artículo 9 B) se fija ya el plazo de cinco años. Este plazo es recogido por el Reglamento de 15 de enero de 1959 en su artículo 75 c), y a continuación lo encontramos en el artículo 27 apartado c) del Texto Refundido de 6 de abril de 1967.

La motivación de la norma es análoga al caso anterior,¹⁸ y ha sido calificada como dura por parte de la doctrina.¹⁹

En este supuesto se parte de los siguientes hechos:

- 1.—Una transmisión efectuada por el causante de uno de sus bienes, dando igual que sea onerosa o lucrativa ya que la ley no distingue.
- 2.—Un adquirente genérico del bien que no tiene que tener parentesco de consanguinidad ni afinidad con el transmitente.
- 3.—La reserva del usufructo sobre el bien transmitido o la constitución sobre el mismo de un derecho vitalicio.

18. A Lasarte le merece igual comentario que el anterior apartado y añade respecto a ambos "que el legislador ha querido evitar que se disminuya el caudal hereditario en fechas anteriores a la transmisión *"mortis causa"* o que se oculte parte de lo mismo en el momento de la sucesión. Pero se ha pretendido conseguir esta finalidad a través de disposiciones que difícilmente lograrán en la práctica salir al paso de la evasión y que operan en períodos diferentes". Lasarte, Javier, "Imposición unificada de sucesiones y donaciones", op. cit., pág. 16. Para Perez Royo "La justificación es análoga a la del caso anterior y también la lógica exige concebir la presunción como absoluta", PEREZ ROYO, Fernando, y otros "Curso de Derecho Tributario", op. cit., pág. 478.

19. Dice al respecto R. VILLAMIL: "La dureza fiscal está clara, pero es de tener en cuenta que lo que con ella se trata de evitar es la practicada finalidad de burlar el impuesto, fingiendo transmisiones que, en realidad son "herencias anticipadas", disfrazadas como actos *inter vivos* para evitar la aplicación de los tipos de liquidación de sucesiones *"mortis causa"*". (R. VILLAMIL, José María; Legislación del Impuesto de Derechos Reales y sobre Transmisiones de bienes; cuarta edición, Artes Gráficas C.I.O.; Madrid 1959; pág. 292).

4.—Que estas operaciones se realicen en los últimos cinco años de vida del causante.

Parece que como en el supuesto antes analizado se trata de una ficción más que de una presunción, ya que lo dispuesto por el legislador es dar como no transmitido un bien que se reconoce que realmente se transmitió a una persona que ni siquiera tiene que ser pariente del transmitente, lo que aleja el cálculo de probabilidad de encubrir una transmisión lucrativa como anticipo de herencia. Hubiese sido más práctico excluir los supuestos de donación habiendo pagado el correspondiente impuesto según la escala de sucesiones.

Ya el Tribunal Supremo en una Sentencia de 13 de febrero de 1935 (Ar. 285) interpretando el artículo 7 B) de la Ley de 11 de marzo de 1932 y el artículo 75 b) del Reglamento de 16 de julio de 1932 afirmaba que estas normas (iguales a las actuales pero con el plazo de tres años) "establecen una ficción legal, que por evidentes motivos de orden fiscal, transforma a tales fines la primitiva naturaleza jurídica de determinadas situaciones de hecho o de derecho, que consiguientemente vienen a quedar destituidas de su virtud originaria". Si bien con posterioridad el T.S. en la S. 14-1-55 lo califica como presunción.

Otro problema a resolver es la adición al caudal hereditario. Esta adición puede ser la parte correspondiente al usufructo o el valor total del bien. Entendemos que la adición deberá ser del valor total del bien, no sólo porque el legislador se refiere en el precepto analizado a los bienes y derechos, sin distinguir nuda propiedad, ni usufructo, sino también porque carecería de sentido deducir lo pagado por la adquisición onerosa de la nuda propiedad del bien, si la totalidad del mismo no quedase sujeta a la liquidación de sucesiones.²⁰

Es de observar que tanto en el supuesto anterior como en éste para corroborar su analogía y su unión con la ficción se asimila el adquirente a legatario. Así dice el apartado 2 del artículo 11: "El adquirente y los endosa-

20. Así lo entendió la Sentencia de 13 de febrero de 1935 (ar. 285, que su considerando cuarto afirma "y no puede por tanto mutilarse la base liquidable resultado de la adición de bienes, separando la correspondiente al derecho de usufructo de la del derecho de nuda propiedad, puesto que a tenor de los artículos 7 y 75, tantas veces consignados, es inexcusable atenerse al valor de los bienes sin ningún distingo jurídico en cuanto a los mismos.

tarios a que se refieren los apartados c) y d) precedentes serán considerados como legatarios si fuesen personas distintas del heredero". Esa norma es una clara ficción pues parte del hecho cierto que cuando esa tercera persona precisamente conste que no es heredero ni legatario para el legislador fiscal se convierte en legatario, es decir, precisamente porque no es se le convierte en legatario. Y ello se une a la ficción de que aún partiendo de que se adquirió antes se convierte en adquisición hereditaria y se le obliga a tributar como legatario por el impuesto de sucesiones.

Sólo queda poner de relieve que se excluyen en el precepto los seguros de renta vitalicia.

IV/ El apartado 4 del artículo 11 de la Ley dispone "se presumirá que forman parte del caudal hereditario: d) Los valores y efectos depositados y cuyos resguardos se hubieran endosado, si con anterioridad al fallecimiento del endosante no se hubieren retirado aquellos o tomado razón del endoso en los libros del depositario y los valores nominativos que hubieren sido igualmente objeto de endoso, si la transferencia no se hubiere hecho constar en los libros de la entidad emisora con anterioridad al fallecimiento del causante.

No tendrá lugar esta presunción cuando conste de un modo suficiente que el precio o equivalencia del valor de los bienes o efectos transmitidos se ha incorporado al patrimonio del vendedor o cedente y figura en el inventario de su herencia, que ha de ser tenido en cuenta para la liquidación del impuesto, o si se justifica suficientemente que la retirada de valores o efectos o la toma de razón del endoso no ha podido verificarse con anterioridad al fallecimiento del causante por causas independientes de la voluntad de éste y del endosatario. Lo dispuesto en este párrafo se entenderá sin perjuicio de lo prevenido bajo las letras a), b) y c) anteriores".

Esta norma también tiene su primer antecedente en la Ley de Reforma Tributaria de 26 de junio de 1922, en cuyo artículo 7 se estableció por primera vez.²¹

21. Artículo 7 de la Ley de Reforma Tributaria de 26 de junio de 1922 "Para la represión del fraude en el impuesto de Derechos reales se aplicarán las siguientes reglas: Tercera.- Se presumirá que forman parte del caudal hereditario exclusivamente a los efectos de la liquidación y pago de este impuesto, los valores o efectos depositados y cuyos resguardos se hubieran endosado, si con anterioridad

La norma una vez introducida fue recogida por las sucesivas reformas y normas reglamentarias así: artículos 7 y 8 de Reglamento del 21 de septiembre de 1922, artículo 8 de Texto Refundido de 28 de febrero de 1927, artículo 76 del Reglamento de 26 de marzo de 1927, artículo 8 de la Ley de 11 de marzo de 1932, artículo 12 del Texto Refundido de 29 de marzo de 1941, artículo 76 c) del Reglamento de 7 de noviembre de 1947, artículo 12 de la Ley de 7 de noviembre de 1947, artículo 10 de la Ley de 21 de marzo de 1958, artículo 76,1 y c) del Reglamento de 15 de enero de 1959, y artículo 27.1. d) del Texto Refundido de 6 de abril de 1967.

En esta situación se parte de que cuando conste acreditado que al fallecimiento del causante hay a su nombre depósitos que aparecen endosados, pero que materialmente aún no han sido retirados o no se han hecho constar en los libros de la entidad del depositante, los bienes pertenecen al caudal relicto. Existe un razonamiento lógico para considerar estos bienes integrados en el caudal relicto, pues lo normal cuando una persona deja de ser propietaria mediante endoso es que los depósitos o valores se retiren o se documenten en la entidad depositante con todos los requisitos legales.²² Lo contrario, salvo supuestos excepcionales de muertes sobrevenidas de modo imprevisto, son claras maniobras de aminorar del haber hereditario bienes para defraudar el impues-

al fallecimiento del endosante no se han retirado aquellos o no se han tomado razón del endoso en los libros del depositario, a menos que no haya podido verificarse en tiempo por causas independientes de la voluntad del endosante y endosatario, y sin perjuicio de lo dispuesto en la base anterior. Esta disposición será igualmente aplicable en los endosos de valores nominativos, si la transferencia no se hace constar en los libros de la entidad emisora con anterioridad al fallecimiento del endosante. El endosatario será considerado como legatario si fuese persona distinta del heredero. No tendrá lugar la presunción que se establece en esta base cuando conste de una manera fehaciente que el precio o equivalencia de valor de los bienes o efectos transmitidos se ha incorporado al patrimonio del vendedor o cedente y figure en el inventario de su herencia que ha de ser tenido en cuenta para la liquidación del Impuesto de Derechos reales".

22. Sostiene Pérez Royo "También la justificación es clara: si el endoso es hecho efectivo con posterioridad al fallecimiento, el efecto es el mismo que si se hubiera producido una sucesión por causa de muerte en la titularidad de los efectos o valores en cuestión... Interesa también resaltar que el juego en sentido negativo de esta presunción no excluye la aplicación de las anteriores. De manera que si, por ejemplo, el endoso fuera hecho efectivo dentro del año anterior al fallecimiento, no habría lugar a aplicar esta presunción, pero sí la de la letra a)". PÉREZ ROYO, Fernando y otros "Curso de Derecho Tributario", op. cit., pág. 479.

to. Estamos pues, ante una presunción²³ que es claramente *iuris tantum*, no sólo por la aplicación directa del artículo 118-1 de la Ley General Tributaria, sino también porque el legislador establece que su destrucción se efectúa acreditando que en realidad no pertenecían al causante, constando la integración en su caudal de la contraprestación recibida por la transmisión del mismo, o bien se justifica que realmente no se pudo de modo material realizar el endoso en las oficinas.

Aunque efectivamente hay dureza en la norma, y parte de razón tiene VALLET DE GOYTISOLO al mantener que estas presunciones han influido en el desuso de determinadas instituciones jurídicas,²⁴ también es cierto que en este caso el contribuyente tiene una considerable vocación defraudadora, en lo que influye la progresividad del impuesto, a lo que se une, en no pocos casos, la dificultad económica de pago cuando se adquieren bienes de alto valor pero no metálico con el que hacer frente al pago del impuesto. Esto crea graves problemas de liquidez al contribuyente, suponiendo una presión fiscal indirecta nada despreciable. Todo ello sin perjuicio de los mecanismos previstos de aplazamiento del pago del impuesto.

23. Del Castillo Alvarez-Cedrón la califica como presunción afirmando "La *ratio legis* de estos preceptos, que o ligan o adicionan bienes a la masa hereditaria, no es otro que la prevención del fraude en las transmisiones a título lucrativo, y tienen, como único fundamento, —el reintegrar a la herencia, a efectos fiscales, lo que realmente es de la herencia—, cortando, incluso, el que a través de negocios simulados se logre una transición de bienes, que burla los tipos de tributación que corresponden a las transmisiones a título lucrativo", DEL CASTILLO ALVAREZ-CEDRÓN, Salvador, "Consideraciones sobre las presunciones jurídicas en materia impositiva", op. cit., pág. 144. También Lasarte la califica de presunción y afirma que la misma "implica también, que se considera efectuada una donación en momento inmediatamente anterior al fallecimiento, como demuestra el hecho de que tampoco en este caso entre en juego la presunción si puede demostrarse que la contraprestación correspondiente a los valores o efectos figuren en el patrimonio del causante". LASARTE, Javier, "Imposición unificada de sucesiones y donaciones", op. cit., pág. 16.

24. VALLET DE GOYTISOLO, "Las presunciones fiscales para la integración de la masa hereditaria de la Ley de Reforma Tributaria de 26 de diciembre de 1957", Revista de Administración Pública núm. 256, pág. 271 y s.s.