

**LA FISCALIDAD DE LA FIDUCIA SUCESORIA ARAGONESA A
LA VISTA DE LA ÚLTIMA JURISPRUDENCIA. COMENTARIO
DE LA CONSULTA VINCULANTE DE LA DIRECCIÓN
GENERAL DE TRIBUTOS V0397-16**

***THE TAXATION OF THE ARAGONESE SUCCESSION TRUST
IN VIEW OF THE LATEST JURISPRUDENCE. COMMENT
ON THE BINDING CONSULTATION OF THE DIRECTORATE
GENERAL OF TAXES V0397-16***

Francisco de Borja QUERO CHAMORRO

SUMARIO

CONCEPTO Y ORIGEN DE LA FIDUCIA SUCESORIA. REGULACIÓN LEGAL. PROBLEMÁTICA FISCAL. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE MARZO DE 2004. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE ENERO DE 2012. CONSULTA VINCULANTE DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS DE 1 DE FEBRERO DE 2016. CONCLUSIONES.

CONCEPTO Y ORIGEN DE LA FIDUCIA ARAGONESA

Con la legislación vigente, puede definirse la fiducia aragonesa como la institución sucesoria por la cual un aragonés (fiduciante o comitente) dispone a favor de una o varias personas (fiduciario) la facultad de ordenar su sucesión dentro de los límites legales y los establecidos por el propio fiduciante.

La fiducia es una figura jurídica de origen consuetudinario, que proviene del Alto Aragón, habiendo indicios de su existencia ya en el siglo XII y que venía a cumplir una doble función:

En primer lugar, nace unida a la idea de la conservación del patrimonio, especialmente de la casa, procurándose siempre mantenerlo unido mediante su adjudicación a uno sólo de los hijos. La institución por medio de un encargo fiduciario permitía conservar este patrimonio hasta el fallecimiento del último de los cónyuges, pudiendo decidir hasta ese momento quién de los hijos era el heredero más adecuado, bien porque fuera a permanecer en la tierra, bien por sus cualidades personales o bien, simplemente, porque hubiera sobrevivido a los demás.

Por otro lado, esta fiducia guarda una íntima relación con la protección que el Derecho Aragonés concede al cónyuge viudo, pues además del usufructo viudal, el nombrado fiduciario goza de la facultad de decidir a quién irán a parar no sólo sus bienes, sino los del difunto comitente, lo cual suponía una garantía adicional de que quien quisiera aspirar a ellos asumiera su cuidado hasta el fin de sus días.

REGULACIÓN LEGAL

Como figura eminentemente tradicional, la fiducia sucesoria no gozó de una regulación formal hasta la Compilación de 1967, admitiéndose anteriormente en virtud de la libertad del pacto y del agradecido *standum est chartae*.

La Compilación le dio rango de norma escrita en los artículos 10 a 13, regulando a continuación una figura conexas como es la de la fiducia colectiva.

Posteriormente, la Ley 1/1999 de 24 de febrero de Sucesiones por causa de muerte la trató con una regulación mucho más prolija en los artículos 124 a 148, añadiendo una mayor flexibilidad a su constitución y su ejecución. Así, se permitía nombrar como fiduciario no ya exclusivamente al cónyuge, como sucedía antes, sino a cualquier persona mayor de edad con capacidad de obrar y permitía facultar al fiduciario para que dispusiera de bienes a favor de personas distintas de los descendientes del fiduciante.

El Código Derecho Foral de Aragón de (Real Decreto Legislativo 1/2011 de 11 de marzo) trasladaría esta regulación a los vigentes artículos 459 a 463 sin mayores cambios.

PROBLEMÁTICA FISCAL

Como sucede con otras instituciones, el efecto puramente civil tiene mal encaje en la práctica tributaria. En este caso concreto, el efecto de retrasar la

asignación de la herencia provoca una situación de incertidumbre que choca con la inmediatez de la carga fiscal.

El artículo 448 del Código de Derecho Foral encierra en sí mismo el punto de conflicto entre el efecto civil de la fiducia y su trato fiscal.

Dice este artículo en cuanto a la delación de la herencia sujeta a fiducia que:

1. *A todos los efectos legales, la delación de la herencia no se entenderá producida hasta el momento de la ejecución de la fiducia o de su extinción.*
2. *Mientras no se defiera la herencia, se considerará en situación de herencia yacente, y su administración y representación se regirá por lo establecido en el capítulo siguiente.*

Antes de nada, cabe achacar al legislador cierta confusión en los términos al colocar a la herencia pendiente de fiducia en situación de herencia yacente. Es cierto que en sentido amplio puede considerarse como yacente a la herencia desde que se abre la sucesión hasta que se acepta o repudia, pero en puridad, para que la herencia esté yacente ha tenido que producirse un llamamiento a un heredero, aunque sea a un heredero desconocido o futuro (nasciturus), pero en todo caso cierto.

Si quería el legislador referirse a una concepción más general de la herencia yacente, quizás no debería haber colocado esta expresión junto a otros supuestos tan concretos como el de la delación o el de deferir. Si el propio Código declara que hasta la ejecución de la fiducia no hay delación, esto es, si no hay ofrecimiento de la herencia a un heredero para su aceptación o renuncia, no se puede hablar de herencia yacente. No estamos aquí ante un heredero desconocido, futuro o que no haya aceptado. Estamos ante un supuesto en que el heredero no ha sido siquiera designado.

Más preciso resulta el término de herencia “pendiente de asignación” con el que el Código titula el Capítulo II a partir del artículo 449. Éste determina la figura de representación y administración de la herencia hasta que se ejecute la fiducia, encomendando las mismas al cónyuge viudo mientras administre la comunidad conyugal y en su defecto al fiduciario o fiduciarios, alejándose, ahora sí, del régimen de la verdadera herencia yacente que el Código regula en el artículo 324, en el que a falta de administrador designado por el causante nombra administradores de la misma a los llamado como herederos, que en el caso de la fiducia no existen todavía.

El efecto civil resulta entonces muy claro. Al fallecimiento del fiduciante la herencia queda en una situación latente, sin que se produzca ninguna transmisión ni llamamiento a la misma hasta que se ejecute el encargo fiduciario.

A la pregunta de cómo abordar esta situación de latencia desde la óptica tributaria iba a responder el artículo 54.8 del Real Decreto 1629/1991, de 8 de

noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, que en su redacción original rezaba:

8. En la fiducia aragonesa, sin perjuicio de la liquidación que se gire a cargo del cónyuge sobreviviente, en cuanto al resto del caudal, se girarán otras, con carácter provisional, a cargo de todos 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.

A este razonamiento vino a sumarse el artículo 1 de la Ley 13/2000, de 27 de diciembre, de Medidas Tributarias y Administrativas de Aragón.

Es decir que fallecido el fiduciante se obliga a practicar una liquidación provisional a cargo de todos los herederos, que no se sabe realmente cuáles son. La problemática es clara, pues se obliga a pagar el Impuesto a unas personas que no reciben ni un solo bien de la herencia y que ni siquiera saben si lo van a recibir. No es una situación asimilable a una condición suspensiva ni resolutoria ni a una institución a plazo. Es que el causante ha establecido que sus bienes van a ir a quien escoja otra persona en el momento en que esa persona lo escoja o cuando esa otra persona fallezca. Ni siquiera se sabe si los bienes en administración por el fiduciario existirán como tales en el momento de la ejecución del encargo o si habrá más de los que había. Lo que hace la Ley es obligar a pagar por una simple expectativa de herencia. Llevado al extremo, esta liquidación provisional sería algo así como si a toda persona al alcanzar la mayoría de edad se le obligara a tributar por el Impuesto de sucesiones de los bienes de sus padres por si acaso recibe alguno y si luego recibe de menos ya se rectificará esa liquidación.

Vemos como además la disposición reglamentaria habla de “todos los herederos”, sin especificar siquiera a quiénes se refiere. Se intuye que son los herederos legales, pero podría darse la circunstancia de que por voluntad del fiduciante su herencia pudiera distribuirse únicamente entre dos de sus tres hijos. ¿Habría de pagar también este hijo excluido que se sabe que no puede recibir los bienes por vía de la fiducia? Antes de responder piénsese en que sí que podría llegar a recibir parte de los bienes como heredero legal si el fiduciario muriera sin ejecutar el encargo y nada se hubiere previsto para este caso.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE MARZO DE 2004

La evidente fricción ente la conceptualización civil de la fiducia y la práctica liquidadora no tardó en llegar al Alto Tribunal.

En este primer pronunciamiento, el Tribunal Supremo tuvo que hacer frente a la petición de anulación del punto 8º del artículo 54 del Reglamento del Impuesto de Sucesiones por falta de rango legal y contradicción con los principios que rigen el ordenamiento tributario.

Con respecto a la falta de rango legal el Supremo considera que no se vulnera la reserva de Ley en materia tributaria, que es un artículo heredero del artículo 35.9 del Decreto 1028/1967, de carácter legal (es un Texto Reformado), reiteración del artículo 33.9 del Decreto 176/1959, que ha estado vigente, sin solución de continuidad, hasta la entrada en vigor, del Real Decreto 1629/1991 y que ha quedado ratificado por una disposición con rango legal como es la Ley 13/2000, de 27 de las Cortes de Aragón.

En el aspecto Civil el Tribunal salva el escollo centrándose en el momento de la producción del hecho imponible, entendiendo que civilmente los efectos de la aceptación se retrotraen a la fecha del fallecimiento del causante y que aceptar el retraso del impuesto daría lugar a problemas de prescripción y de fraude fiscal, pasando de soslayo por el hecho de que en realidad el momento del devengo podría hacerse coincidir con el momento de la delación.

La situación se mantuvo de esta forma hasta el cambio de criterio del Tribunal en el siguiente pronunciamiento sobre el tema.

Con posterioridad a esta Sentencia se dictaría el Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos, en cuyo artículo 132 precisaba en esta línea el procedimiento para la liquidación de la herencia sujeta a fiducia sucesoria:

2. Cuando en el plazo de presentación de la declaración del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o, en su caso, en el plazo de presentación y pago de la correspondiente autoliquidación, no se hubiere ejecutado totalmente el encargo fiduciario, el cumplimiento de las obligaciones tributarias derivadas del fallecimiento corresponderá, respecto de la parte de herencia no asignada, a quien tuviera la condición legal de heredero conforme a lo previsto en el Título VII de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, con arreglo a sus condiciones de patrimonio y parentesco con el causante.

En el artículo 133.5, a), el Decreto determinaba en cuanto al modo de practicar la autoliquidación la necesidad de realizar una *liquidación provisional*, dato a tener en cuenta, pues posteriormente se modificará este término con la finalidad de evitar el siguiente pronunciamiento del Supremo.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE ENERO DE 2012

Se plantea de nuevo la ilegalidad del artículo 54.8 del Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, con base, fundamentalmente en su oposición al artículo 31 de la Constitución, por entender que el precepto reglamentario estaría gravando una riqueza inexistente al no producirse transmisión alguna hasta que tiene lugar la ejecución del encargo fiduciario.

Esta vez, en un ejercicio de reflexión según sus propias palabras, el Supremo decide cambiar radicalmente de criterio, admitiendo que los posibles riesgos de prescripción o fraude no pueden prevalecer sobre la realidad material, afirmando en el Fundamento Quinto que es una realidad incontestable que no existe institución hereditaria hasta que no se ejecuta la fiducia.

Efectivamente, si con la Sentencia del año 2004 el Supremo alteraba la óptica del problema, negando la realidad de la institución a favor de la gestión de las mismas, con esta nueva Sentencia, en síntesis, el Alto Tribunal viene a dar prevalencia a las consecuencias civiles de la fiducia frente a la gestión tributaria. Consecuencia de este razonamiento, el Supremo declara nulo el precepto cuestionado, pues sujetar al tributo a personas que no tienen la condición de heredero y que puede que nunca la tengan se opone al precepto constitucional alegado.

Mucho se ha escrito ya sobre esta Sentencia. Sin embargo no debe pasarnos desapercibida la sugerencia que realiza al Supremo en el penúltimo párrafo de este Fundamento Quinto y que se funda en esa disquisición terminológica a la que me refería en el análisis de los preceptos del Código Foral. Dice el Supremo que al señalarse en este cuerpo legal que mientras que no cumpla el encargo fiduciario la sucesión se encuentra en un estado de herencia yacente podría haberse hecho tributar el total de la herencia en la persona del administrador de la misma por aplicación del artículo 35.4 de Ley General Tributaria. No parece descabellado aventurar que ésta puede ser la solución que se adopte en un futuro, especialmente a tenor de la resolución de la Consulta Vinculante con la que terminaré mi análisis.

Este nuevo criterio fue repetidamente confirmado por el propio Tribunal Supremo en las Sentencias de 26 de marzo y 2 de abril de 2012.

Pero pronto se advirtió que a pesar de la anulación del artículo 54.8 del Reglamento la normativa autonómica aragonesa todavía exigía la liquidación provisional al heredero legal. Anticipándose al ataque que iba a sufrir esta regulación, el legislador aragonés aprovechó la Ley 10/2012, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón para introducir una sutil modificación con la que amparar en contra de la Sentencia del Supremo la exigencia del pago por anticipado a los herederos legales, como

fue cambiar en el Texto Refundido de tributos cedidos toda referencia a *liquidación provisional* por una *liquidación a cuenta*.

A pesar de que las consecuencias prácticas seguían siendo las mismas, el cambio afectó a la Resolución del Tribunal Económico Central de 10 de Octubre de 2013, que venía a pronunciarse sobre esta cuestión. De este modo el TEAC confirmaba la Resolución del TEAR de Aragón por la que con base en la Sentencia del Supremo anulaba una liquidación, entonces “provisional”, a cargo de un heredero legal en una herencia sujeta a fiducia. En la misma venía a analizar la normativa aragonesa para concluir que con la anulación del artículo 54.8 del Reglamento la normativa aragonesa había quedado desprovista de fundamento normativo que permita su aplicación, pero especificando que no se pronuncia sobre la nueva redacción dada a ese artículo en la que se introduce el concepto de liquidación a cuenta.

En la práctica el criterio de la DGA ha sido el de continuar exigiendo la liquidación a los herederos legales con fundamento en la norma autonómica, forzando al contribuyente a recurrir la liquidación en vía económico-administrativa aun conociendo que con toda posibilidad la liquidación sea anulada.

CONSULTA VINCULANTE DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS DE 1 DE FEBRERO DE 2016

Llegamos así a la novedad más reciente en esta materia. La Dirección General de Tributos, en consulta resuelta a quien suscribe, adopta un nuevo criterio que podía considerarse como intermedio y que no termina de ser enteramente claro.

Con respecto al supuesto de hecho se trata de una herencia sujeta a fiducia por disposición de testamento mancomunado otorgador por ambos cónyuges en las que ambos se instituyen recíprocamente fiduciarios para disponer de los bienes del premuerto entre sus descendientes. Se da particularidad de que por años de residencia, la Administración competente para la gestión y percepción del impuesto es la Comunidad Autónoma de Cataluña, con lo cual no cabe duda de que la aplicación del artículo 132 del Texto Refundido de tributos cedidos de Aragón queda excluida.

De este modo se plantea directamente cómo liquidar la herencia sujeta a fiducia tras el vacío creado por la anulación del artículo 54.8 del Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones sin que haya ninguna otra legislación que pueda justificar, ni siquiera forzosamente, la liquidación a favor de los herederos legales.

En la resolución de la Consulta, la Dirección General de Tributos acude entonces a los principios generales de regulación de instituciones especiales,

concretamente al artículo 26 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones reguladora de la tributación del usufructo. Así, concluye el centro directivo que habrá que estudiar el negocio jurídico de la fiducia en cada caso concreto en los siguientes términos:

Segunda: Conforme a dicho precepto, si el fiduciario tiene derecho a disfrutar de todo o parte de los bienes de la herencia, temporal o vitaliciamente, se considerará, a efectos del ISD, como un usufructo de tales bienes y se valorará y tributará como tal. Si, además, tiene la facultad de disponer de los bienes, se liquidará el impuesto en pleno dominio, sin perjuicio de la devolución que, en su caso, proceda por la parte correspondiente a la nuda propiedad de los bienes que finalmente entregue a los herederos. Lógicamente, el sujeto pasivo será el fiduciario, que es quien tendrá el derecho a disfrutar de los bienes y, en su caso, a disponer de ellos.

Analicemos esta solución: Con respecto al derecho a disfrutar de los bienes, en el caso concreto que motiva la consulta concurre en el fiduciario la circunstancia de usufructuario vitalicio de todos los bienes, así que no hay discusión. ¿Pero qué pasaría si se encargara la ejecución de la fiducia a persona distinta del cónyuge superviviente? Hemos visto como con la legislación actual es enteramente posible. Según los artículos 449 y 452 del Código de Derecho Foral, el fiduciario tiene la administración de los bienes sujetos a fiducia, pero tiene el disfrute de los mismos. Los frutos de estos bienes vendrían a formar parte de la herencia pendiente de asignación sin pertenecer al fiduciario. En este caso, si existiera un viudo distinto del fiduciario con derecho de usufructo sobre estos bienes sería éste el que debería tributar por este derecho. Si no existiera, la herencia en su conjunto estaría pendiente de la delación, sin descomposición de nuda propiedad y usufructo. En este último caso e interpretando en sentido contrario las conclusiones de la Dirección General, si el fiduciario no tiene derecho a disfrutar de los bienes no estaría obligado a liquidar como usufructuario.

Con respecto a la libre disposición de los bienes para que la solución de la Dirección General sea correcta debe interpretarse esta facultad en sus propios términos. Es decir no puede considerarse que el fiduciario, por el hecho de poder decidir a quién se van a atribuir los bienes del comitente, tiene la libre disposición de los mismos. Ni siquiera en el supuesto del artículo 453 del Código de Derecho Foral, que autoriza a que el comitente pueda conceder al fiduciario la facultad de disponer de los bienes a título oneroso para fines concretos, puede considerarse que el fiduciario tenga la libre disposición de los bienes de la herencia, pues esa disposición produce un efecto de subrogación real que indica que el fiduciario no tiene el pleno dominio de los bienes.

Volvemos además de esta forma a encontrarnos con una posible liquidación provisional sujeta a una posterior rectificación.

La realidad es que la letra d) del artículo 26 está pensada para otro tipo de instituciones, como el fideicomiso de residuo o el usufructo poderoso del Valle

de Ayala, en las que realmente existe una libertad total de disposición de bienes equivalente al pleno dominio sin serlo propiamente.

Se observa como la Dirección General se contradice a sí misma cuando en la misma consulta, a la hora de resolver cómo liquidar el Impuesto por el Incremento Valor Terrenos de Naturaleza Urbana opta en la Conclusión Tercera por una solución distinta, cual es la de decir que el sujeto pasivo del impuesto es la herencia yacente por entender que del juego entre los artículos 106.1.a) y 109.1.a) del Texto Refundido del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales con el artículo 35.4 de la Ley General Tributaria se produce una transmisión del causante a la herencia yacente, añadiendo que cuando se transmitan los bienes a los herederos como consecuencia de la ejecución del encargo fiduciario no habrá una nueva sujeción a este impuesto.

Resulta muy discutible tanto que se produzca una transmisión a la herencia yacente como que la herencia pendiente de ejecución fiduciaria sea verdaderamente una herencia yacente por lo ya expuesto.

CONCLUSIONES

La Dirección General aboga por una aplicación a cada caso en función de las facultades del fiduciario pero sin entrar a decir expresamente qué sucede si el fiduciario no tiene ni el disfrute ni la libre disposición de los bienes, si bien, de su razonamiento, se desprende que no habría que practicar ninguna liquidación hasta que la fiducia se ejecutara.

Como consideraciones particulares, la solución en el caso de un fiduciario con ambas facultades de disfrute y disposición sería análoga a la que establece el artículo 54.7 del Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones para el fideicomiso propio del Derecho foral catalán.

Con respecto a la solución que adopta la Dirección General de Tributos para la liquidación de la plusvalía de hacer liquidar a la herencia yacente, es la misma que la insinuada como solución legislativa por el Tribunal Supremo para el Impuesto de Sucesiones en su Sentencia de 30 de enero de 2012. Es posible que veamos un cambio legislativo en Aragón hacia esa vía ante la imposibilidad de mantener mucho más tiempo el criterio de liquidación provisional, ni aun llamándola «a cuenta». Sin embargo hacer liquidar a la herencia yacente tampoco termina de ser respetuoso con los efectos civiles de la fiducia, pues ya hemos dicho que no existe delación y nada se transmite a la herencia yacente. Hasta que no se ejecuta la fiducia no hay transmisión alguna y si no hay transmisión, ni

siquiera posibilidad de aceptar o repudiar, no hay hecho imponible. Esa es la única solución que es armónica con la realidad civil de la institución.

Se ha luchado mucho desde las instituciones legislativas y ejecutivas aragonesas por el respeto a las figuras propias de nuestro derecho foral, pero estas mismas instituciones hacen un flaco favor a estas figuras cuando mantienen una regulación fiscal que por su sola aplicación niega el pleno reconocimiento de sus efectos en todos los ámbitos.