

ALEJANDRO EBRAT PICART

Abogado en ejercicio desde 1982.
Titular de despacho especializado
en el área Fiscal y profesor de
Derecho tributario



Probablemente, cuando alcancemos la tercera edad será cuando pensemos en cómo va a pasar nuestro patrimonio a los herederos, sean estos familiares o no. Quizás será el momento de pasar cuentas con quienes nos rodean, compensándoles por su labor a través del reparto de la herencia. O puede ser, también, el momento de diseñar el tránsito del patrimonio de manera que pague menos al fisco.

MEDIDAS PARA PAGAR MENOS IMPUESTOS

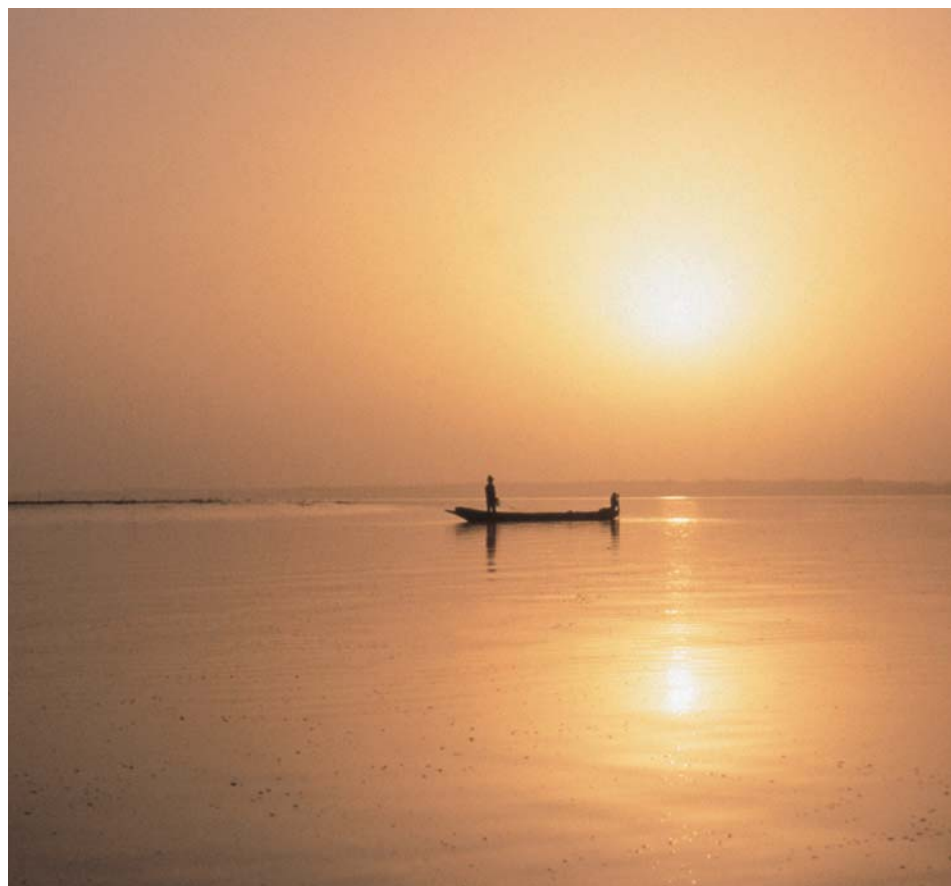
Beneficiarios del testamento

A la hora de establecer el reparto de la herencia mediante testamento, deberemos tener en cuenta las cantidades mínimas a partir de las cuales se paga el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. En todas las Comunidades Autónomas se establecen unas cantidades mínimas a partir de las cuales se empieza a pagar por herencia. Son las **reducciones** sobre la base imponible, cuya potestad reguladora corresponde a las Comunidades Autónomas. Normalmente las más altas corresponden a los cónyuges, después a los hijos, para seguir con los nietos, parientes colaterales, etc. Cuanto más lejano sea el pariente, menor reducción tendrá. Dicho de otra manera, deberemos aumentar, en la medida de lo posible, las adjudicaciones a los parientes más cercanos.

Normalmente las herencias y donaciones entre parientes de más del tercer grado y las herencias y donaciones entre extraños no gozan de reducción alguna, sino que pueden llegar a supe-

Guía práctica para optimizar la fiscalidad de la herencia

Toda herencia conlleva dos problemas importantes: los impuestos que se deben pagar y los problemas familiares que genera el reparto. El único que puede eliminar o mitigar al máximo estos problemas es el causante de la herencia. Será, pues, en vida, cuando podrá hacer todo lo necesario para que el traspaso del patrimonio familiar sea lo menos conflictivo y costoso posible.



rar el 60% de Impuesto. Habrá que evitar, pues, las herencias y donaciones a estos contingentes.

Igualmente, en muchas Comunidades Autónomas, si el heredero tiene un grado de invalidez igual o superior al 33%, goza de una reducción importante, que se verá aumentada si el grado de invalidez supera el 65%. Tendremos, pues, que aprovechar estas reducciones para mejorar la parte del inválido y así disminuir la factura fiscal.

Si la herencia consiste en la vivienda habitual, hay que dejarla a quien pague más –ya que está prácticamente exenta– siempre y cuando sea a unos determinados familiares cercanos. Si lo que hay en la masa hereditaria es dinero u otros bienes que no gocen de reducción, habrá que dejárselo a los que tengan reducciones mayores (menores, minusválidos, etc.). Es decir, los que paguen menos.

Igualmente, las empresas individuales, las acciones de empresas, etc., quedan exentas del Impuesto si cumplen determinados requisitos; será mejor esperar a la herencia que donarlas en vida ya que prácticamente no pagarán.

Lugar de pago

En las **adquisiciones por herencia** (*mortis causa*) y en los seguros de vida, se pagará el Impuesto en la Comunidad Autónoma donde resida el causante. Es decir, donde el fallecido hubiere tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento. Por tanto, la herencia estará sujeta a la normativa de esa Comunidad.

Por ejemplo, una persona que viva en Andalucía –durante más de dos años, seis meses y un día– aunque efectúe residencias esporádicas en el extranjero: a su fallecimiento, su herencia tributará en Andalucía, incluyendo sus bienes en el resto de España y en el extranjero.

Si una persona reside y fallece en Cataluña, dejando a su herencia una

importante cantidad de inmuebles en Madrid, la herencia tributará en Cataluña por ser ésta su residencia habitual. En estos casos, si interesa que tribute en otra determinada Comunidad Autónoma, valdrá la pena tener documentación suficiente que acredite la residencia efectiva en esa otra Autonomía (recibos de luz, agua, teléfono, empadronamiento, domiciliaciones bancarias de cobro de sueldos, pensiones, etc.).

Deberemos aumentar, en la medida de lo posible, las adjudicaciones a los parientes más cercanos

Piénsese que existen Comunidades Autónomas donde donaciones de este tipo no tributan. Por ejemplo, la donación de inmuebles a hijos, abuelos y cónyuge en Madrid. Es decir, que en el supuesto contemplado conviene **donar en vida los bienes antes de esperar al fallecimiento**. La donación de estos inmuebles no tributará porque están ubicados en Madrid, mientras que, si se espera a la herencia, tributará en Cataluña por ser el fallecido residente catalán. La diferencia es tanto como pagar o no.

En las **adquisiciones por donación**, si el objeto de la misma son inmuebles, la herencia tributará donde radiquen los mismos, y en el resto de bienes, donde el donatario tenga su residencia habitual. En este sentido, hay que tener mucho cuidado con la donación de empresas o sociedades patrimoniales cuyo activo mayoritario sean los inmuebles no afectos a actividad alguna, ya que regirá en la donación la misma regla que para los inmuebles. En consecuencia, la donación de este tipo de acciones se regirá bajo la normativa de la Comunidad Autónoma donde radiquen los inmuebles de la sociedad.

Cambios de domicilio

El Impuesto sobre Sucesiones no se paga igual en toda España. Cada Comunidad Autónoma regula el sistema de reducciones y bonificaciones de este Impuesto, de tal forma que su pago puede variar mucho de una Comunidad Autónoma a otra. La mayoría de reducciones operan en herencias de padres a hijos con el fin de preservar el patrimonio familiar, pero en otras simplemente se protege la vivienda habitual y las empresas familiares. Como el Impuesto sobre Sucesiones se paga en la Comunidad Autónoma donde tenía su residencia habitual el fallecido, ello ha provocado importantes diferencias de tributación, provocando que las familias se domicilien en otras regiones donde la tributación es menor o nula.

La Ley contiene una serie de **cauteladas tendentes a evitar estos cambios de domicilio simulados sólo por motivos fiscales, estableciendo unos requisitos mínimos y unas presunciones de veracidad**. La más importante de ellas es que cuando se producen estos cambios de residencia, para que surtan efecto fiscalmente –es decir, para que se aplique la legislación de la nueva Comunidad– es necesario acreditar que se ha vivido en ella un mayor número de días de los cinco años anteriores al devengo (al fallecimiento).

El resto de cautelas para garantizar la fiscalidad en una determinada región se refieren a la permanencia en el mismo de una manera efectiva. De tal modo, se entenderá que alguien reside en una determinada Comunidad Autónoma cuando en ella tenga el núcleo principal de sus negocios, resida su familia, pague los recibos, domicilie las cuentas bancarias, etc.

En resumen, si nuestra planificación de la herencia implica el cambio de domicilio, tendremos que tener muy en cuenta el **tiempo mínimo** para que entre en juego, lo que nos llevará a tomar otras medidas complementarias por si no pudiese consolidarse el cambio de domicilio.

Lo que no hay que hacer

■ **Movimientos bancarios de última hora.** Una práctica muy extendida, y nada recomendable, es hacer cambios de titularidad de cuentas bancarias unos días antes del fallecimiento de una persona. Existen una serie de presunciones legales y en especial de los bienes que pertenecían al causante hasta el año inmediatamente anterior al del fallecimiento que llevan a que esos movimientos de última hora no sirvan para nada y se pague por toda la herencia.

■ **Usufructos.** La persona que ostenta el usufructo tiene el derecho a usar la cosa y a percibir sus frutos. La otra parte propietaria, el nudo propietario, tiene la propiedad de la cosa pero no va a poder usarla. Es decir, ambos tienen algo del todo pero nada en concreto: no pueden vender la cosa ni pueden pedir un préstamo con cargo a ella, de modo que no tienen su libre disposición. Una de las órdenes testamentarias más comunes es dejar al cónyuge el usufructo y a los hijos la nuda propiedad de los inmuebles (de la parte de libre disposición). Y por desgracia esto casi siempre trae problemas. Para los hijos, porque quieren “tocar” parte de la herencia de su progenitor, y para el cónyuge, porque necesita esas rentas que le genera el usufructo. Hay fórmulas intermedias que, garantizando los ingresos del cónyuge, permiten a los hijos disponer al menos de parte de la herencia y evitar así problemas familiares. Muchas veces, sin embargo, simplemente con establecer que unos determinados bienes los hereden los hijos, con la obligación inherente de pasar una determinada cantidad al cónyuge y que no se puedan vender hasta el fallecimiento del otro cónyuge, se apacigua mucho la tensión sucesoria habiendo hecho un mínimo cambio en el testamento.

Progresividad del Impuesto

El Impuesto de Sucesiones y Donaciones es progresivo. Esto es: a mayor cantidad que se recibe, más se paga. Por ello, es conveniente dividir la herencia, a través del testamento, nombrando cuantos más herederos mejor. En vez de darlo todo al cónyuge y en su defecto a los hijos, es mejor dividir la herencia entre todos a partes iguales, limitando la disponibilidad de los últimos. Por ejemplo, que no puedan vender hasta fallecido el cónyuge.

En las donaciones pasa lo mismo. Se pueden efectuar donaciones a las mismas personas en espacios de tiempo de tres años, así no se acumulan.

Donar en vida

Según la normativa de cada Comunidad Autónoma tendremos que analizar la tributación de las donaciones comparándola con la de las herencias. Puede ocurrir que, en ocasiones, con-

venga más donar en vida que esperar a la herencia. Habrá que donar aquella parte que por herencia no está exenta y calcular la repercusión de otros impuestos como, por ejemplo, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Existe un temor fundado a que lo donado se pierda en vida del donante, bien por dispendio del donatario (el que recibe la donación), bien por causas involuntarias como el embargo por impago de deudas o la adjudicación en proceso de separación matrimonial. En este caso, deberemos efectuar donaciones **reservándonos la capacidad de disponer** el bien donado, que nos dará capacidad de maniobra, de modo que podamos rescatar lo donado ante situaciones de riesgo por parte del donatario.

Otras medidas

■ **Riesgo inminente de muerte.** En este caso, si se tiene tiempo, conviene hacer donación en los términos antes establecidos. Siempre se pagará menos que lo que se pagaría por herencia.

■ **Donación de un usufructo.** A través de la donación temporal del usufructo de unas acciones, tras pasamos el derecho a cobrar los dividendos a las personas que reciben la donación, mientras sean titulares del usufructo, lo que significa que tendrá derecho a cobrar los dividendos siempre que sean titulares. De esta manera, el donatario pagará por el Impuesto sobre las Donaciones sólo el 2% del valor real de las acciones. Este 2% lo tendrá que pagar cada año mientras dure la donación. Además, el que recibe los dividendos pagará únicamente entre el 19 y el 21% (que ya se lo habrá retenido la sociedad pagadora), por los dividendos que perciba, en concepto de retenciones de capital mobiliario. Es decir, estamos adelantando la herencia al 19% a 21%, cuando, por el Impuesto sobre Sucesiones, los hijos podrían llegar a pagar el doble de la citada cantidad, o incluso más.

MEDIDAS PARA EVITAR PROBLEMAS

El testamento

La primera norma fundamental para que la herencia transcurra sin problemas será la confección del testamento. De lo contrario, la falta de testamento puede hacer que la herencia se la lleve la Comunidad Autónoma de turno.

A través de un testamento, una persona decide el futuro de sus bienes: establece el reparto de los mismos, la cuantía que se ha de adjudicar a cada persona, las condiciones y modos, cómo quiere que se rija su herencia. La manera y forma de hacer testamento es tan amplia como la imaginación nos permita, podemos poner condiciones, establecer requisitos a los herederos, limitarles la posesión, etc.

Mediante un testamento, el causante ordena su sucesión a través de la institución de uno o más herederos y puede establecer legados y demás disposiciones para después de su muerte. Cuanto más y mejor repartida esté la herencia menos problemas existirán. Y cuanto más planificado sea este testamento, menos se pagará al fisco.

Existen varias formas de hacer testamento (ológrafo, militar, marítimo, extranjero, etc.) pero vamos a ceñirnos al normal, que es el **testamento abierto notarial**. Para efectuarlo, simplemente debemos manifestar nuestra voluntad ante notario. Una vez fallecido el causante, sus herederos podrán solicitar una copia autorizada del testamento al notario que lo custodie, previa acreditación de que es el último testamento otorgado por el fallecido.

Por motivos personales, muchas veces se escribe una nota al margen del testamento, en la que se concretan algunas cuestiones como la forma del entierro, si se autoriza la donación de órganos, a quien irán a parar los objetos personales, joyas, etc. Es lo que llamamos la **memoria testamentaria**, que tiene que ser manuscrita por el testador y ha de estar firmada y fechada en todas las hojas, haciendo referencia a un testamento anterior.

Individualizar bienes

Una segunda norma elemental para evitar problemas en una herencia es individualizar los bienes de la misma, claro está, dentro de lo posible. Esto quiere decir que debemos redactar un testamento adjudicando a cada hijo un bien en concreto. La **individualización** significa entregar bienes concretos a cada uno de los herederos, compensando en dinero a los que salgan más perjudicado.

Cuando nombramos herederos universales a nuestros hijos por partes iguales, no podemos imaginar los problemas que se avecinan. Dejar a varias personas herederos por igual de algo quiere decir que heredarán *pro indiviso*, todos y cada uno de los bienes que integran la masa hereditaria, salvo que entre ellos acuerden pacíficamente una partición. Es decir, son propietarios todos del todo, en una parte imaginaria del todo, pero sin tener nada concreto e individualizado. Así las cosas, ninguno de los herederos podrá disponer libremente de algo y por tanto no tienen nada que puedan vender o realizar en dinero para disfrutar la herencia. Deberán pasar por los **pactos**,

con el resto de herederos condueños, para proceder a las adjudicaciones entre ellos, tarea nada fácil.

Si se tiene la vivienda habitual y una segunda residencia, de menos valor, lo más conveniente es dar a cada hijo, si son dos, una propiedad y compensar en dinero al que se lleva la de menor valor. Si no hubiere dinero, o solamente se tiene una propiedad, es aconsejable establecer la forma de reparto de la vivienda, por ejemplo nombrando un albacea con facultades para vender la casa y entregar el producto de la venta a los herederos, o bien establecer los mecanismos de venta con cláusulas como “los herederos vendrán obligados a vender la vivienda en un plazo no superior a (...)”.

Cuanto más repartida esté la herencia menos problemas existirán

También podemos individualizar en vida, a través de las donaciones de bienes concretos a personas concretas, y, si existe el temor del destino que el donatario pueda hacer de los bienes, se puede donar con reserva de facultad de disponer, por si deseamos retirar lo donado en un momento dado.

Creación de empresa familiar

Otra de las maneras para evitar problemas sucesorios y conseguir la continuidad del patrimonio familiar es la constitución de una empresa familiar – pensemos en la fábrica o negocio junto con todos los activos que lo integran – de tal forma que entregaremos a los herederos parte de las acciones que lo integran. Se someterán a las directrices y normas de un protocolo familiar, que regulará el funcionamiento del proceso sucesorio y que, previamente, habrá sido redactado en vida del testador. Ade-

más, gozaremos de reducciones importantes en el Impuesto sobre Sucesiones.

La Ley concede, en estos casos, una reducción que puede ir del 95% al 99% en el Impuesto sobre Sucesiones, dependiendo de la Comunidad Autónoma (CA), ya sean empresas familiares de tipo individual, ya sean sociedades, con lo que quedan prácticamente exentas de tributación. En concreto, nos referimos a:

■ **Herencias de bienes y derechos afectos a una actividad.** Se trata de las empresas familiares, constituidas por los negocios, actividades profesionales, autónomos, etc., desempeñadas por empresarios individuales. Al adquirir dichas empresas vía sucesión, operará la exención siempre y cuando:

■ Sea en las adquisiciones por causa de muerte que correspondan al cónyuge, descendientes, ascendientes, además de otros parientes dependiendo de la CA. La reducción consiste en el 95% (hasta el 99% dependiendo de la CA) sobre el valor de los elementos patrimoniales afectos a la actividad profesional o empresarial.

■ Se dedique a una actividad económica. No entrarían las actividades de mera tenencia de bienes ni aquellos inmuebles destinados al uso particular del empresario o profesional. Además, los bienes de esta actividad deben estar afectados a la misma.

■ El disfrute definitivo de la reducción queda condicionado al mantenimiento de los bienes adquiridos, así como el ejercicio de la misma actividad y de la titularidad de los bienes, durante los 10 años siguientes a la fecha de defunción del causante (hay Comunidades Autónomas que tienen reducido este requisito), salvo que el adquirente falleciera antes.

Existen Comunidades Autónomas que tienen ampliada esta reducción a adquisiciones por personas que, sin tener vínculo familiar con el fallecido, y aparte de cumplir el resto de requisitos, mantenían una relación laboral con el mismo, con una antigüedad mínima y que tenían encomendadas tareas de responsabilidad en la gestión y dirección de la empresa.

■ **Herencias de sociedades.** Si lo que se hereda son participaciones o acciones en sociedades que a su vez desarrollan una actividad empresarial, gozarán de la reducción del 95% en el Impuesto sobre Sucesiones (hasta el 99% dependiendo de la CA), siempre y cuando:

■ Sea en las adquisiciones por causa de muerte que correspondan al cónyuge, descendientes, ascendientes, además de otros parientes dependiendo de la Comunidad Autónoma. La reducción consiste en el 95% (hasta el 99% dependiendo de la Comunidad Autónoma), sobre el valor de las participaciones en entidades. En algunas Comunidades se contempla una reducción mayor para sociedades laborales.

■ La participación del difunto en el capital de la entidad sea, al menos, del 5% (o del 20% si computamos la participación del causante, su cónyuge, ascendiente, descendiente o colateral hasta el tercer grado del donante). Dependiendo de la CA, puede variar este porcentaje y los familiares que computar.

■ El causante hubiese ejercido funciones de dirección y por ello hubiere percibido un salario que represente al menos el 50% de todos sus rendimientos del trabajo y de actividades económicas (si cualquier miembro de la familia de los que tiene hasta el 20% ejerce funciones de dirección, la exención se aplicará a todos los demás socios familiares).

■ La sociedad no tenga más del 50% de su activo no afecto a actividad alguna (sociedad de gestión de patrimonio normalmente inactiva).

■ El disfrute definitivo de la reducción queda condicionado al mantenimiento de la participación durante los 10 años siguientes a la fecha de defunción. Igualmente, dicho plazo dependerá de cada CA.

Evidentemente estamos hablando de la típica empresa familiar que gira a nombre de una forma societaria. Ésta es la idea que protege la Ley: la sucesión de las empresas familiares debe estar protegida de este Impuesto, ya que, en caso contrario, las empresas irían menguando de generación en generación hasta su desaparición. En definitiva, son las empresas en las que se tienen

acciones en propiedad (por lo menos una parte de ellas) y en las que se vienen ejerciendo funciones de dirección, esto es, aquellas empresas donde el causante era el propietario y el “jefe”, y de donde procedía el sustento familiar.

■ **Reducción por donación del negocio empresarial o profesional.** Si decidimos donar en vida la empresa individual o negocio profesional en vez de dejarla en testamento, gozaremos de una reducción de un 95% sobre la base, siempre que se cumplen las siguientes condiciones:

■ La actividad debe ser ejercida por el donante de forma habitual, personal y directa, es decir, que la desarrolle personalmente.

■ El donatario debe ser el cónyuge, descendiente o adoptado, ascendiente o adoptante, del donante (además de otros parientes dependiendo de la CA).

■ El donante ha de tener 65 años o más o hallarse en situación de incapacidad permanente en grado de absoluta o gran invalidez.

■ Los rendimientos derivados de esa actividad han de suponer para el donante, al menos, el 50% de la totalidad de sus rendimientos de trabajo (sueldos), capital mobiliario (intereses de cuentas bancarias), inmobiliario (alquileres de inmuebles) y actividades económicas.

■ El donante debe dejar de ejercer funciones de dirección y dejar de cobrar por ello, en el momento de la donación.

■ El que recibe la donación debe mantenerla y ejercer la misma actividad, durante los 10 años posteriores a la donación (este periodo puede disminuir en función de la Comunidad Autónoma).

■ **Reducción por donación de participación en entidades.** La Ley contempla una reducción de un 95% sobre la base (hasta el 99% dependiendo de la CA) cuando se trate de donaciones de participaciones en entidades. La reducción estará sujeta a una serie de condiciones:

■ Que la entidad no sea una sociedad patrimonial (mera tenencia de bienes sin actividad).

■ El donatario debe ser el cónyuge, descendiente o adoptado, ascendiente o adoptante, del donante, además de otros parientes dependiendo de la CA.

■ La participación del donante en el capital de la entidad ha de ser, al menos, del 5% (o del 20% si computamos la participación del donante, su cónyuge, ascendientes, descendientes o colateral hasta el tercer grado del donante, tanto por consanguinidad como por afinidad). Dependiendo de la CA que se trate puede variar este porcentaje y los familiares que computar.

■ El donante ha de tener 65 años o más o hallarse en situación de incapacidad permanente en grado de absoluta o gran invalidez.

■ El donante debe haber ejercido funciones de dirección por las que haya percibido unos rendimientos que le supongan, al menos, el 50% de la totalidad de sus rendimientos de trabajo (sueldos) y actividades económicas; por otro lado, en el momento de la donación, debe abandonar dichas funciones de dirección y dejar de cobrar por dicho concepto.

■ El que recibe la donación debe mantenerla y ejercer la misma actividad durante los 10 años posteriores a la donación (el plazo de 10 años es inferior en algunas CCAA).

Bibliografía

■ **Colomer Ferrándiz, C.:** *Jurisprudencia del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2008.

■ **Pérez-Fadón Martínez, J.J.:** *Guía del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*. Valencia: CISS, 2006.

■ **Serrano Alonso, E.:** *Manual de derecho de sucesiones*. Madrid: Edisofer, 2009.