

España

EL TRÁNSITO GENERACIONAL DEL PATRIMONIO FAMILIAR: CONSIDERACIONES FISCALES

Javier Arregui Bravo y Oriol Oliva Trastoy

Abogados del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Barcelona)

El tránsito generacional del patrimonio familiar: consideraciones fiscales

La fiscalidad asociada a la sucesión generacional supone en muchas ocasiones un problema de liquidez y de menoscabo patrimonial para los sucesores. Esta circunstancia aconseja analizar las alternativas disponibles para que este momento sea lo menos gravoso posible.

PALABRAS CLAVE:

ISD, PLANIFICACIÓN, CAMBIOS DE RESIDENCIA, DONACIONES, PACTOS SUCESORIOS, MODIFICACIONES TESTAMENTARIAS, RENUNCIAS HEREDITARIAS, AJUAR DOMÉSTICO.

The transmission of the family wealth: tax measures

The tax costs of the transmission of the family wealth among generations can cause serious problems of liquidity and wealth damage. It is advisable to explore any available measures to reduce the tax burden.

KEY WORDS:

INHERITANCE AND GIFTS TAX, PLANNING, CHANGES OF TAX RESIDENCE, GIFTS, INHERITANCE CONTRACTS, WILL AMENDMENTS, INHERITANCE WAIVERS, HOUSEHOLD ITEMS.

FECHA DE RECEPCIÓN: 17-10-2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 30-10-2020

Arregui Bravo, Javier; Oliva Trastoy, Oriol (2020). El tránsito generacional del patrimonio familiar: consideraciones fiscales. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 54, pp. 154-162 (ISSN: 1578-956X).

El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (“**ISD**”) es uno de los impuestos que ha cobrado mayor protagonismo en los últimos tiempos en el ámbito de la fiscalidad patrimonial en España,

entre otros motivos debido a que, al tratarse de un tributo cedido a las comunidades autónomas, su regulación no es uniforme.

La instrumentalización política de este impuesto ha dado lugar a crecientes diferencias en la tributación de las herencias y donaciones en función de la normativa autonómica aplicable, lo que ha acentuado el debate sobre la competencia fiscal entre territorios. En este contexto, el anuncio por parte del actual Gobierno de España de una posible reforma armonizadora de la normativa del ISD está generando una ola de preocupación entre quienes residen en comunidades autónomas con bajos niveles de tributación (Comunidad de Madrid, Andalucía, Castilla y León), mientras otros territorios (señaladamente, Cataluña) continúan aprobando medidas que incrementan la factura fiscal de las herencias y donaciones.

En definitiva, los costes fiscales asociados a una herencia o donación pueden variar significativamente en función de las circunstancias de cada caso (la normativa autonómica aplicable, la residencia fiscal de las partes, el grado de parentesco o las disposiciones testamentarias, entre otras), lo que constituye terreno abonado para el estudio e implementación de medidas que permitan planificar de manera eficiente el tránsito generacional del patrimonio familiar.

Las distintas cuestiones que se mencionan a continuación deben entenderse, por supuesto, sin perjuicio de la adopción de las medidas que sean necesarias para cumplir de manera estricta los requisitos para aplicar los beneficios fiscales establecidos en la normativa del ISD aplicable, señaladamente la reducción del 95 % sobre el valor de las acciones o participaciones en “empresas familiares”.

1. Traslados de residencia

1.1. Los traslados de residencia a otros Estados

En el ISD se contemplan dos tipos de contribuyentes: los residentes fiscales en España, que tributan por todos los bienes que reciben con independencia de donde están situados (se dice que tributan por obligación personal), y quienes no residen en España, que solo tributan por los bienes recibidos que estén en territorio español (tributan por obligación real).

Así, una donación o transmisión hereditaria realizada a favor de quien no reside en España solamente tributaría en ISD en la medida en que hubiese bienes situados en España, lo que puede dar lugar a oportunidades de mejora en la fiscalidad asociada a la transmisión del patrimonio mediante traslados de residencia a otros Estados.

Asumamos, por ejemplo, que una persona quiere donar a su único hijo, de 25 años y residente en Cataluña, el saldo de una cuenta corriente abierta en el extranjero por importe de dos millones de euros. El coste fiscal de esta donación para el hijo ascendería aproximadamente a 164.000 euros. Esta donación, en cambio, quedaría fuera del ámbito del ISD y, por tanto, no tributaría en España si el hijo no fuese residente fiscal en España.

No obstante, conviene tener presentes algunas consideraciones sobre los traslados de residencia a otros países:

- i. Los criterios que se utilizan en el ISD para determinar si los adquirentes son residentes en España o en el extranjero son los previstos en la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (“IRPF”), y estos pivotan alternativamente sobre dos circunstancias: el número de días de presencia en España y la localización en territorio nacional español del principal núcleo de los intereses económicos.

La primera exigencia es que el traslado sea real, para lo que el adquirente debe poder acreditar su condición de residente fiscal en el país de destino (y, preferiblemente, haber estado en él más de 183 días). La segunda advertencia es que el traslado a otro Estado no asegura perder la condición de residente fiscal en España si el centro de intereses económicos se mantiene en España. A este respecto habrá que analizar la normativa del Estado de destino y, de haberlo, el convenio de doble imposición.

- ii. En el ámbito del ISD, el criterio de permanencia contiene un matiz, pues no se mide dentro del año natural (como sucede en el IRPF), sino que se proyecta sobre los 365 días anteriores al fallecimiento o la donación. Con ello la norma pretende evitar que un cambio de residencia repentino sirva para eludir el impuesto. Recuperando el ejemplo anterior, si estuviera previsto que la donación se ejecutara el uno de marzo, el hecho de que el adquirente trasladase su residencia a otro país inmediatamente antes o después de la donación no permitiría evitar el devengo del ISD.
- iii. Por último, debe considerarse el eventual impacto en el IRPF de quien se traslada del conocido como *exit tax* regulado en el artículo 95 bis de la Ley del IRPF y la imputación al último periodo impositivo en que se sea residente de las rentas pendientes de imputación y de las ganancias patrimoniales diferidas en aplicación del régimen fiscal de reestructuraciones empresariales, conforme a lo dispuesto en los artículos 14.3 de la Ley del IRPF y 80.4 y 81.3 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades —con las particularidades que para ambos casos se prevén si el traslado se produce a un país de la Unión Europea—. También será conveniente conocer el tratamiento fiscal en los demás Estados implicados (ya sea el de destino o el de localización de los bienes), con el fin de tener una visión completa de las implicaciones tributarias del traslado.

1.2. Los traslados entre comunidades autónomas

Como hemos adelantado, el coste fiscal de una herencia o donación es distinto en función de la comunidad autónoma en la que se devengue el impuesto, ya que estas tienen competencia para regular las reducciones, la escala de gravamen y las bonificaciones a la cuota. Así, en la Comunidad de Madrid o de Andalucía, cualquier herencia o donación entre parientes cercanos está bonificada al 99 %, mientras que, por ejemplo, en Cataluña esta bonificación únicamente se aplica en las herencias a favor del cónyuge (otros parientes cercanos del fallecido pueden aplicar una bonificación reducida en determinados supuestos).

Los criterios que determinan la normativa autonómica aplicable a una determinada sucesión o donación son los siguientes:

- i. En las sucesiones, se aplicará la norma de la comunidad autónoma en la que el causante haya residido más días en los cinco años anteriores a su fallecimiento.
- ii. En las donaciones, se aplicará la norma de la comunidad autónoma en la que el donatario (aquí no es el transmitente de los bienes, sino el adquirente) haya residido más días en los cinco años anteriores a la donación.
- iii. En las donaciones de inmuebles, se aplicará siempre la normativa de la comunidad autónoma en la que se sitúe el inmueble.

De nuevo, el hecho de que la normativa autonómica aplicable no se determine en función de la residencia en el año en que tenga lugar el hecho imponible, sino que se proyecte sobre los cinco años anteriores, tiene como finalidad evitar cambios de residencia entre comunidades autónomas que respondan exclusivamente a motivos fiscales. Así, cualquier traslado de la residencia fiscal a otra región de quien, por edad o enfermedad, esté cerca de fallecer, o de quien deba recibir una donación, debe planificarse con el debido tiempo y teniendo en cuenta estas consideraciones, pues, de lo contrario, puede no ser efectivo. En este sentido, debe considerarse la norma antiabuso contenida en el artículo 28.4 de la Ley de Financiación de las Comunidades Autónomas, que dispone que *"no producirán efecto los cambios de residencia que tengan por objeto principal lograr una menor tributación efectiva en los tributos total o parcialmente cedidos"*.

Como también adelantábamos, no es descartable que se adopten medidas de armonización legislativa en el ámbito del ISD, desincentivando así los traslados entre comunidades autónomas con propósitos fiscales. La ministra de Hacienda y portavoz del Gobierno, María Jesús Montero, planteó esta posibilidad en la sesión de la Comisión de Hacienda del Congreso de los Diputados que tuvo lugar el pasado 20 de febrero. En su intervención, la ministra señaló que la intención del actual Gobierno es proponer la *"armonización de los impuestos cedidos [entre los que se encuentra el ISD], de manera que garanticemos la autonomía fiscal de las comunidades, pero que se aténúen situaciones de competencia desleal o de "dumping" entre comunidades que tienen desigual punto de partida"*. De hecho, al tiempo de redactar este artículo se ha hecho pública la enmienda introducida por Esquerra Republicana de Catalunya al Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, mediante la que se pretende crear una cuota estatal del Impuesto sobre el Patrimonio con el objetivo, en la práctica, de armonizar la regulación de este impuesto en todo el Estado. Convendrá seguir de cerca la evolución legislativa de esta cuestión.

2. Las donaciones en vida y los pactos sucesorios

Una planificación eficiente del tránsito generacional del patrimonio familiar exige valorar la posibilidad y conveniencia de llevar a cabo transmisiones en vida, ya que en ocasiones la fiscalidad puede ser menos onerosa que la correspondiente a la transmisión mortis causa.

2.1. ¿Donar o heredar?

Ante esta pregunta, puede suceder que la normativa autonómica aplicable a uno y otro tipo de transmisión sea distinta, dando lugar a oportunidades de reducción de la carga impositiva. Por ejemplo, si el titular de los bienes fuera residente en Cataluña y el destinatario fuese su hijo, residente en Andalucía, la donación podría ser más interesante, al beneficiarse el donatario, según la normativa andaluza del ISD, de una bonificación del 99 % en la cuota (sin perjuicio de considerar la tributación en el IRPF del donante por las ganancias patrimoniales). Siguiendo con el ejemplo, si el beneficiario de los bienes fuese, en cambio, el cónyuge y residiera en Cataluña, la transmisión hereditaria gozaría también, por aplicación de la normativa catalana, de una bonificación del 99 %, por lo que la donación seguramente ya no sería la forma de transmisión más eficiente.

También en los casos en que tanto transmitente como adquirente residan en la misma comunidad autónoma, siendo aplicable la misma normativa autonómica a la herencia y a la donación, suele haber diferencias en el tratamiento fiscal de una y otra figura. A modo de ejemplo, bajo normativa catalana, el principal atractivo fiscal de una donación es la tarifa reducida aplicable cuando se realiza a favor de cónyuge, descendientes o ascendientes y se formaliza en escritura pública, que está en el rango de entre el 5 % y el 9 % (la escala de gravamen de las sucesiones puede llegar hasta el 32 %), mientras que en las sucesiones el heredero puede aplicar una bonificación, que en el caso del cónyuge es del 99 %, y en el caso de los hijos oscila entre el 99 % y el 20 % si estos son menores de 21 años y entre el 60 % y el 0 % si son mayores de 21 años. Sobre la base de estas dos características esenciales, se estima que en Cataluña el punto de inflexión a partir del cual el coste en ISD de la donación es inferior al de la herencia se sitúa, en el caso de los hijos mayores de 21 años, en el umbral aproximado del medio millón de euros de valor del patrimonio transmitido.

Cuando el patrimonio a transmitir esté compuesto, entre otros bienes, por acciones de una empresa familiar, la aplicación de la reducción del 95 % en caso de donación exige, además del cumplimiento de los requisitos para el caso de herencia, que el donante tenga al menos 65 años. De no cumplirse este requisito, la donación no sería una alternativa eficiente, lo que podría motivar posponer la donación o incluso optar por la transmisión hereditaria.

La reciente modificación normativa aprobada en Cataluña, en vigor desde el pasado uno de mayo, prevé la incompatibilidad absoluta entre la bonificación en cuota en la herencia y la aplicación de la reducción de empresa familiar. Así, cuando la normativa aplicable a la sucesión sea la catalana, puede convenir separar la transmisión de la empresa familiar de la de los restantes bienes que compongan el patrimonio, de tal manera que pueda aplicarse tanto la reducción del 95 % en la transmisión de las acciones como la bonificación en cuota en la transmisión hereditaria de los demás bienes.

Por último, no debemos olvidar en este tipo de análisis la regla de acumulación, en virtud de la cual las donaciones realizadas en un periodo de tres años se acumulan a los efectos de calcular el tipo efectivo de gravamen aplicable a cada una individualmente (para evitar que se separen las donaciones con fines de soslayar la progresividad del impuesto), regla que también se aplica en caso de herencia cuando se hayan realizado donaciones en el periodo de los cuatro años previos al fallecimiento.

2.2. La alternativa de los pactos sucesorios

Con carácter general, un pacto sucesorio es un acuerdo entre dos o más personas en el que se regula la sucesión por causa de muerte de una de ellas (el futuro causante o instituyente) a favor de las demás (instituidos). Este tipo de pactos permiten al instituyente atribuir bienes y derechos antes de fallecer, de tal forma que suponen, en cierta medida, una entrega de la herencia en vida. Una de las diferencias que presenta el pacto sucesorio frente a una sucesión ordinaria es que el primero es irrevocable, salvo que lo acuerden todas las partes integrantes, mientras que en la sucesión el testador puede alterar el testamento tantas veces como quiera.

Esta figura sucesoria existe, con algunas variantes, en los derechos civiles de Cataluña, Galicia, Navarra, Aragón, algunas islas Baleares y los territorios forales del País Vasco, por lo que solamente pueden otorgarlos las personas con vecindad civil en estos territorios.

Desde la perspectiva fiscal, el pacto sucesorio es una figura interesante, ya que se considera un título sucesorio y, por tanto, aunque permita atribuir bienes en vida, tributa como una sucesión. Ello implica que en el ámbito del ISD resultan aplicables las reducciones, bonificaciones y deducciones previstas para la sucesión, criterio que ha sido mantenido tradicionalmente por la Administración tributaria. Sin embargo, recientemente la Dirección General de Tributos (DGT) ha publicado tres consultas tributarias vinculantes —las V1788-20, V1790-20 y V1792-20, todas ellas de 5 de julio de 2020— que niegan la aplicación de la reducción del 95 % a las transmisiones de participaciones realizadas en el contexto de un pacto sucesorio regulado por la normativa ibicenca, aduciendo no cumplirse el requisito consistente en que el transmitente sea una "*persona fallecida*" (para disipar cualquier duda, la DGT añade que tampoco resultan de aplicación las reducciones previstas para las donaciones). De consolidarse esta doctrina, los pactos sucesorios dejarían de ser una figura atractiva para la transmisión generacional de la empresa. No obstante, todavía está por ver la reacción de administraciones tributarias como la catalana, que históricamente ha admitido la aplicación de la reducción y cuya norma autonómica no se refiere al concepto de "*persona fallecida*", sino al concepto de "*causante*".

Desde la perspectiva de quien transmite, el pacto sucesorio ofrece una ventaja relevante en el IRPF. Con carácter general, la ganancia patrimonial que obtiene el instituyente por la diferencia entre el valor de mercado y el valor de adquisición de los bienes transmitidos no tributa en dicho impuesto, mientras que si los mismos bienes se transmitieran vía donación el donante sí tributaría en el IRPF a un tipo de gravamen de entre el 19 % y el 23 %.

En este contexto, conviene tener presente que el Proyecto de Ley de Medidas de Prevención y Lucha contra el Fraude Fiscal, que al tiempo de redactar este artículo está siendo tramitado en el Congreso de los Diputados, contiene una modificación del IRPF relevante a estos efectos, pues prevé que la ganancia patrimonial obtenida por el instituyente al transmitir en vida los bienes en virtud de un pacto sucesorio tribute en sede del instituido en caso de que este último los transmita antes del fallecimiento del instituyente. En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley se justifica dicha modificación en los siguientes términos:

“De esta forma se impide una actualización de los valores y fechas de adquisición del elemento adquirido que provocaría una menor tributación que si el bien hubiera sido transmitido directamente a un tercero por el titular original.”

Como puede apreciarse, esta modificación pretende evitar el uso abusivo de los pactos sucesorios con atribuciones de presente cuando se observe como finalidad la elusión del pago del IRPF que el transmitente hubiera debido ingresar en caso de donación. Esta es una medida que muy probablemente sea aprobada con efectos en el año 2021.

3. Disposiciones testamentarias y renunciaciones en el ámbito sucesorio

En ocasiones, la fiscalidad de la transmisión del patrimonio familiar puede aconsejar una modificación de las disposiciones testamentarias o, simplemente, su otorgamiento en caso de no haberlas. También puede suceder que, fallecido el titular de los bienes, convenga considerar el interés, desde la perspectiva fiscal, de la renuncia pura y simple de todos o algunos herederos o legatarios, de forma que se produzca la transmisión hereditaria a favor de otros familiares. Los efectos de la renuncia pura y simple deben analizarse en cada caso y, por supuesto, deben ajustarse a la voluntad de las partes y a sus circunstancias económicas y familiares.

Un caso típico en que pueden observarse claramente los distintos efectos de la transmisión hereditaria a favor de unos u otros familiares sería aquel en que se vayan a transmitir las acciones o participaciones de una empresa. Estas transmisiones pueden beneficiarse, siempre que se cumplan una serie de requisitos, de la reducción del 95 % prevista en el artículo 20.2.c) de la Ley estatal del ISD (las comunidades autónomas no pueden suprimir las reducciones, solo mejorarlas), lo que implica que solo se somete a tributación el 5 % del valor de la empresa. En particular, los requisitos que deben cumplirse con arreglo a la legislación estatal son:

- i. El adquirente debe ser el cónyuge, descendiente o adoptado de la persona fallecida (o en su defecto, ascendiente, adoptante o colateral hasta el tercer grado).
- ii. El adquirente debe conservar estos bienes en su patrimonio durante diez años.
- iii. Debe resultar de aplicación la exención regulada en el artículo 4.Ocho de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, que exige que el causante tenga un porcentaje de participación en el capital de al menos el 5 % (o del 20 % conjuntamente con su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado), que el causante haya ejercido funciones de dirección y haya percibido por ello remuneraciones que constituyan su principal fuente de renta (si la participación es conjunta con el grupo familiar, puede cumplir este requisito una persona del citado grupo), y que la sociedad desarrolle una actividad económica (que no sea una entidad gestora de un patrimonio mobiliario o inmobiliario).

Como puede apreciarse, el cumplimiento de los requisitos para aplicar esta reducción exige cierto grado de planificación, por lo que es posible que, en casos en que el fallecimiento se produzca de

forma imprevista, dichos requisitos no se estuviesen cumpliendo y, al no poder aplicar la reducción a dicha transmisión hereditaria a favor, por ejemplo, de los hijos, puede resultar conveniente otorgar o modificar el testamento, o que estos renuncien a la herencia, y permitir así la transmisión de las acciones a favor de otro familiar que, sin necesidad de aplicar la reducción de empresa familiar, tenga una tributación más favorable (a modo de ejemplo, en Cataluña el cónyuge es el único familiar que se beneficia de una bonificación del 99 % en el ISD). En una situación como la descrita, la modificación testamentaria o renuncia hereditaria podría favorecer el cumplimiento escrupuloso de los requisitos para aplicar la reducción de empresa familiar en una ulterior sucesión del cónyuge a favor de los hijos, o incluso en una donación.

Este es solo un ejemplo de los muchos que ilustran cómo la alteración de las disposiciones testamentarias o la renuncia pura y simple a la herencia son medidas que pueden dar lugar a mejoras significativas en la fiscalidad de la transmisión del patrimonio familiar.

En los casos de renuncia a la herencia, siempre y cuando esa renuncia sea pura y simple, el único que tributa es el adquirente final de los bienes (por ejemplo, el sustituto designado por el causante en testamento o el siguiente llamado a la sucesión en caso de no haber testamento). Es importante que la renuncia sea pura y simple, pues, en caso de que la renuncia se haga a favor de una persona determinada (designada por el renunciante), se entiende que el renunciante ha aceptado la herencia (con la consiguiente tributación en el ISD) y acto seguido ha donado los bienes al adquirente final, lo que da lugar a un segundo hecho imponible del ISD.

4. El ajuar doméstico: la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo

La reciente jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 10 de marzo (rec. 4521/2017) y 19 de mayo de 2020 (rec. 6027/2017) contribuye significativamente a la delimitación de uno de los conceptos tradicionalmente problemáticos en el ISD. Nos referimos al ajuar doméstico.

De acuerdo con el artículo 4. Cuatro de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, el ajuar doméstico está formado por *“los efectos personales y del hogar, utensilios domésticos y demás bienes muebles de uso particular (...) excepto las joyas, pieles, vehículos, embarcaciones, aeronaves, objetos de arte y antigüedades”*.

Cuando alguien fallece, el ajuar doméstico forma parte del caudal relicto y, por tanto, está sujeto a tributación. No obstante, la Ley del ISD no delimita qué bienes lo componen, sino que únicamente contiene una presunción de que su valor equivale al 3 % del caudal relicto. Al tratarse de una presunción, el contribuyente puede acreditar (i) la inexistencia de ajuar doméstico o (ii) que, pese a existir, su valor es inferior al citado 3 %.

En el pasado, la Administración tributaria y algunos tribunales de justicia han sido reticentes a admitir la prueba presentada por los contribuyentes para acreditar su inexistencia (o un menor valor). Es muy habitual que entre los bienes del causante haya inversiones financieras, participa-

ciones en empresas o cuentas corrientes, entre otros. Pues bien, en esos casos la Administración tributaria entendía que dichos bienes debían formar parte de la base de cálculo del ajuar doméstico, aunque evidentemente, por su naturaleza, estos no guarden ninguna relación con los efectos personales del hogar ni con bienes de uso personal del causante.

Pues bien, el Tribunal Supremo ha concluido que el concepto de ajuar doméstico únicamente abarca aquellos bienes que por su identidad o valor puedan afectarse al servicio de la vivienda familiar o al uso personal del causante (en línea con la definición de ajuar doméstico contenida en el artículo 1321 del Código Civil), excluyendo en consecuencia los bienes inmuebles distintos a la vivienda familiar, los elementos afectos a actividades económicas, los depósitos de dinero, las acciones o participaciones en entidades, así como los bienes excluidos expresamente del ajuar doméstico en el ámbito del Impuesto sobre el Patrimonio.

Con esta nueva jurisprudencia, ni los herederos tendrán que aportar prueba alguna para desvirtuar la presunción prevista en la Ley del ISD en relación con este tipo de bienes, en la medida en que no son susceptibles de integrarse en el concepto de ajuar doméstico, ni la Administración tributaria podrá seguir aplicando su criterio tradicional, lo que en definitiva va a suponer una reducción de la carga impositiva de las herencias.