



POR **LUIS TRIGO**, socio y director del Área de Wealth Management en **BROSETA ABOGADOS**

EL DEBER INELUDIBLE DE PREPARAR LA SUCESIÓN

Con mayor o menor fortuna el ser humano trata de obtener bienes que le proporcionen en vida seguridad, comodidades y estatus. Pero, agotada nuestra existencia terrenal, de poco nos sirve la riqueza acumulada, pues no compartimos con los antiguos egipcios, que se enterraban con sus posesiones, la idea de que estos bienes nos han de acompañar al más allá, teniendo claramente asumido que habrán de aprovechar a otros, normalmente a la familia que hemos constituido o aquella en cuyo seno hemos nacido.

A pesar de que hablamos de algo que no admite duda, es curioso que tomar decisiones concretas de las llamadas de última voluntad sobre nuestros bienes suele ser un trance al que, por regla general, cuesta enfrentarse.

Saber si el motivo de ello se encuentra en que hacer testamento supone asumir nuestra incuestionable existencia finita, en la incomodidad que conlleva tener que tomar decisiones que nos obligan a valorar cómo y entre quién repartir nuestros bienes, o si la causa de este freno está en las complejidades legales del proceso, no es fácil. Pero la realidad es que muchas personas eluden este trámite y fallecen sin testar y, por tanto, sin disponer el destino de sus bienes.

La ley establece con normas de obligado cumplimiento lo que no se ha querido atender de forma voluntaria

Esta pereza o resistencia la suple la Ley, resolviendo con normas de obligado cumplimiento lo que no se ha querido atender de forma voluntaria, estableciendo quién o quiénes serán los destinatarios de nuestro patrimonio, los cuales tendrán que resolver cómo llevar a cabo la identificación, inventariado, valoración y reparto del mismo.

Si desde el más allá el fallecido pudiese ver el enorme lío que muchas veces se deja a las personas que

ridas por no haber vencido esa resistencia o por no haber hecho el esfuerzo de dedicar un tiempo a ordenar su sucesión se lamentaría por ello.

Otras veces, habiéndose hecho testamento, el mismo no ha venido precedido de una reflexión suficiente sobre sus consecuencias ni sobre el acomodo de la voluntad del testador a los efectos que se derivarán de la misma.

Causa de conflicto

Las sucesiones son una de las causas más frecuentes de conflicto en las familias, pero si además se han dejado al albur de lo que la Ley dispone o no están bien ordenadas, generan problemas de difícil solu-

ción, sorpresas, riesgos e incertidumbres y cuantiosos gastos.

El conocimiento sobre las consecuencias patrimoniales del fallecimiento debiera formar parte del paquete de formación básica de todo ciudadano y debiera existir una mayor difusión pública de la información sobre esta cuestión. El que se trate de algo que afecta a la esfera particular de los individuos no quita que no deba existir una preocupación pública por evitar la conflictividad que provoca su desatención, pues, al final, muchas veces acaba redundando en incomodidades para todos, pues, por ejemplo, se tiene que terminar recabando el auxilio de los tribunales, contribuyéndose con ello, entre otras consecuencias, a la ralentización de la justicia.

No existiendo esta preocupación pública, desde la práctica profesional se aprecia, sorprendentemente, cómo personas de formación superior y preparación muy cualificada

Las sucesiones son una de las causas más frecuentes de conflicto en las familias, pero si además se han dejado al albur de lo que la Ley dispone o no están bien ordenadas, generan problemas de difícil solución

tienen un profundo desconocimiento de la materia y, lo que es peor, escasa inquietud por ello, hasta que se les hace ver la importancia de la cuestión y se les muestra la irresponsabilidad que ello puede suponer respecto de sus familiares, personas queridas, socios (en algunos casos), o la sociedad en general.

Por ello, con el ánimo llamar la atención sobre este aspecto de nuestras vidas, cual es la disposición mortis causa de nuestro patrimonio, y de ayudar a mostrar qué aspectos

han de tenerse especialmente en cuenta a la hora de llevarla a cabo, presentamos unos breves apuntes que esperamos resulten de utilidad.

1.- Determinación de la ley aplicable a la sucesión.

A estos efectos cabe distinguir entre lo que podríamos denominar como una “sucesión nacional” de lo que cabría considerar como una “sucesión internacional”. La primera sería la de un español residente en España en la que la totalidad de su patrimonio estuviese localizado en España. En este supuesto la ley aplicable a la sucesión sería la correspondiente a la vecindad civil del causante.

Pero si la nacionalidad del causante, su última residencia o la ubicación de sus bienes no están vinculados al mismo país, estaremos ante una sucesión internacional que, por aplicación de lo dispuesto en el Reglamento comunitario 650/2012, con

vigencia desde el 17 de agosto de 2015, se regirá, como regla general, por la ley del país donde el causante tuviese su residencia habitual al tiempo del fallecimiento, salvo que el testador hubiese optado por la ley de su nacionalidad o bien, a la apertura de la sucesión del causante, resultase manifiestamente que sus vínculos más estrechos son con otro estado, en cuyo caso la sucesión se regirá por la ley de dicho estado.

En un entorno en el cual la movilidad geográfica por motivos de tra-

bajo, estudios o jubilación es frecuente ha de tenerse muy presente que la residencia habitual será, con carácter general, el elemento determinante para fijar la ley aplicable a la sucesión.

También hay que tener presente que por vía testamentaria puede optarse por la ley nacional. Es muy frecuente que esto se desconozca y que nacionales de terceros países residentes en España o españoles residentes en otros países ignoren que la ley que regirá su sucesión no es su ley nacional, que probablemente es la que puedan tener en mente, sino la legislación de su residencia habitual y que ésta puede contener disposiciones que se alejen de las expectativas o previsiones que tuviesen.

2.- Valoración de las ventajas de hacer testamento, gobernándose la sucesión por la voluntad de quien lo otorga, y las desventajas de no hacerlo, rigiéndose la sucesión por la ley.

Hacer testamento, como hemos indicado, nos puede facultar para elegir la ley aplicable a la sucesión, en los casos de sucesiones internacionales. Ello puede permitir, en algunos casos, optar por la normativa que imponga menos restricciones a la libertad de testar.

Por otra parte, el testamento servirá para designar a los herederos y legatarios, conforme al conocimiento, los criterios y deseos del testador, que pueden ser no coincidentes con los que imponga la ley. Hemos conocido supuestos en los que la falta de previsión al respecto ha provocado, en caso de matrimonios sin hijos, adquisiciones hereditarias por parte de los ascendientes del fallecido, dejando al cónyuge supérstite

en una situación precaria, probablemente no querida por el causante de haberlo sabido. En caso de hijos de diferentes matrimonios podrían darse también situaciones complejas, especialmente si son menores y la participación debiera hacerse con intervención de los progenitores supervivientes de los medio hermanos.

En el testamento pueden establecerse reglas particionales, contribuyendo con ello el testador a orientar la división de la herencia sobre bases racionales; puede designarse a una o varios contadores partidores, a los que puede dar entrada en la partición en cualquier caso o cuando los herederos no han sabido o no han podido llevarla a término; puede, además, atribuirse a los contadores partidores o a terceros facultades de administración de la herencia.

En caso de adquisiciones de empresas, la continuidad de las mismas puede depender en gran medida del modo en el cual se consiga el control, pudiendo ser esencial para ello que las disposiciones hereditarias respondan a un plan encaminado a este fin. El testador puede, a estos efectos, atribuir al o a los herederos que considere la empresa o las participaciones de control, aunque no hubiera en la herencia bienes suficientes para atender las legítimas de los demás herederos, que podrán satisfacerse de forma aplazada y con efectivo extra hereditario.

Pueden contemplarse en el testamento cautelas encaminadas a evitar la impugnación de la herencia o de la partición, en forma de condiciones que, de no cumplirse, acarreen la reducción de las adquisiciones hereditarias de quienes las incumplan.

En un entorno en el cual la movilidad geográfica es frecuente ha de tenerse muy presente que la residencia habitual será el elemento determinante para fijar la ley aplicable a la sucesión

Pueden designarse tutores cuando existan menores de edad o incapaces; pueden preverse sustituciones (vulgares, fideicomisarias o de residuo) y reservas; puede regularse el tratamiento en la herencia respecto de las donaciones hechas a los herederos; pueden establecerse disposiciones en favor del interés general (constituyendo fundaciones mortis causa o disponiendo legados en favor de instituciones que atiendan a fines sociales o públicos); pueden dejarse instrucciones respecto a los cuidados de la persona en la fase final de la vida (testamento vital), entre otras previsiones.

No testar supone dejar sin respuesta un gran número de interrogantes, no dejar ni guía ni ayuda sobre cómo resolverlos, encaminando muy probablemente a los destinatarios del patrimonio a un terreno abonado para los conflictos, los errores y los enfrentamientos, perdiendo la oportunidad de reflexionar serenamente sobre cuestiones que pueden ayudar enormemente a proteger y facilitar las cosas a nuestras personas más queridas y beneficiarios de nuestro esfuerzo.

3.- Valoración de la situación del cónyuge en atención al régimen económico que rige el matrimonio y de las consecuencias de su disolución por el fallecimiento.

El fallecimiento es determinante de la disolución del matrimonio y con ello de la extinción del régimen económico que lo regía.

Con ocasión de la preparación de la sucesión un ejercicio recomendable es asegurar cuál es el régimen que



rige el matrimonio y el carácter ganancial o privativo de los bienes de ambos cónyuges en caso de que el mismo sea el régimen de gananciales.

La experiencia nos ha hecho conocer matrimonios que entendían regirse por un régimen y resultarles de aplicación otro, como causa del lugar de celebración del matrimonio, por ejemplo. También hemos conocido casos de bienes, de especial relevancia que se entendían gananciales y resultaron ser privativos, y viceversa.

También es frecuente encontrarse con matrimonios que asumieron un régimen económico en atención a consideraciones o previsiones que no se han cumplido o que han variado en razón de cómo han orientado la vida en común y de los roles que ha asumido cada cónyuge y que por las circunstancias sobrevenidas, en caso de fallecimiento, el cónyuge superviviente podría quedar económicamente desprotegido.

No faltan tampoco los supuestos en los que la disolución de la sociedad de gananciales puede dar lugar a situaciones de concentración del control de empresas en manos del cónyuge superviviente que ha estado totalmente alejado de la gestión del negocio y de las decisiones empresariales y que ello pueda suponer problemas para la marcha futura de la empresa.

En ocasiones los estatutos de las sociedades o en los pactos de socios de entidades en las que participaba el fallecido/a pueden existir restricciones a la entrada en el capital de terceros no consanguíneos o no socios.

Por todas estas razones, además de por razones fiscales, es conve-

niente analizar detalladamente el modo en el que se rige económicamente el matrimonio, la situación en la cual quedaría cada cónyuge en caso de fallecimiento del otro cónyuge, el carácter ganancial o privativo de los bienes, en caso de regirse el matrimonio por el régimen de gananciales, las consecuencias de la extinción del régimen económico matrimonial cuando existan empresas en el patrimonio, atendiendo a la previsible partición, a los estatutos de sociedades participadas que formarían parte de la herencia o a pactos de socios existentes, entre otros aspectos.

Ha de contemplarse la posibilidad de incluir en el testamento reglas o ruegos referentes a la forma de liquidar la sociedad de gananciales, cuando éste sea el régimen que rija el matrimonio.

4.- Previsión de las consecuencias fiscales de la sucesión.

Puede plantearse una comparativa entre los efectos fiscales de la sucesión y de una donación, como alternativa. Los de la sucesión serán previsionales por ser un hecho futuro y los de la donación serán ciertos y tendrán en cuenta las condiciones presentes.

En la donación, además de los efectos en el adquirente han de tenerse en cuenta los efectos en el transmitente (el principal, el gravamen de las ganancias patrimoniales en el IRPF). Ha de tenerse en cuenta que en el ISD los puntos de conexión cambian respecto de la sucesión y pue-

de cambiar por ello la ley aplicable. Dado el diferente tratamiento fiscal según las comunidades autónomas puede ser aconsejable la donación si el donatario reside en una comunidad en la cual la adquisición por este título gozase de un tratamiento mejor que el que tendría la sucesión según la normativa de la comunidad del causante, que es la que operaría entonces.

Si concurre una empresa familiar ha de evaluarse todos los requisitos y efectos para la aplicación de la reducción en base del ISD. Han de tenerse presentes la incidencia de las formalidades y sus efectos.

Por lo que respecta a la sucesión, conocidas las circunstancias objetivas de la herencia y, en su caso, el matrimonio y las subjetivas del causante, su cónyuge, los herederos y legatarios se pueden hacer previsiones y evaluar alternativas teniendo en cuenta lo siguiente:

- Que los impuestos a considerar son el ISD; el IRPF del causante (no porque se devengue –no hay plusvalía del muerto– sino porque constituirá una deuda en la que se subrogan los herederos); el IRPF de los herederos y legatarios, en cuanto a la actualización de valores que la sucesión produce y el IMIVTNU (plusvalía municipal). También ha de evaluarse el devengo de impuestos de terceros países en sucesiones transfronterizas.
- Qué ley es la aplicable a la fiscalidad de la sucesión. Hay que te-

ner en cuenta que el Reglamento 650/2012 no aplica en materia fiscal y que en España se grava la adquisición y el sujeto pasivo es el adquirente, pero que en otros países se grava al causante o a la propia herencia. En base a ello puede haber doble imposición, teniendo España suscritos sólo tres convenios para evitar la doble imposición en materia de impuestos sucesorios, aunque sí cuenta con una norma interna para corregirla.

La ley aplicable viene determinada por la residencia del causante al tiempo del fallecimiento. Si el causante residiese en España la normativa del ISD que se aplicará será la de la comunidad autónoma en la que estuviese fijada dicha residencia. Si el causante residiese fuera de España, pero hubiese adquirentes residentes en España la ley que se aplicará a dichas adquisiciones será la de la comunidad en la que estén la mayor parte de los bienes o la residencia del adquirente, si no hubiese bienes en España.

Ha sido polémica la posibilidad de aplicar la normativa de las comu-

nidades autónomas a los adquirentes no residentes en herencias de causantes residentes en España. La Sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2014 determinó un cambio en la Ley del ISD que así lo consideraba, pero sólo respecto de residentes en la UE y el EEE. Recientemente las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de febrero y 22 de marzo de 2018 han considerado que dicha regla debe extenderse a los residentes en terceros países.

Puede plantearse una comparativa entre los efectos fiscales de la sucesión y de una donación, como alternativa

España sujeta en el ISD las herencias tanto a los residentes como a los no residentes. A los primeros les somete a gravamen por el conjunto de su patrimonio heredado, y a los segundos sólo por los bienes situados en España, los derechos que se ejerciesen en España o los contratos de seguros celebrados con entidades aseguradoras españolas o extranjeras que operen en España, si el contrato se celebró en España.

- Que el mapa autonómico del ISD es de lo más variado y mutable y que los desplazamientos del domicilio a otra comunidad autónoma solo surten efectos pasados dos años y medio desde que se realizan.
- Que en caso de cónyuges de edad muy avanzada con hijos puede valorarse la renuncia pura y simple para evitar el efecto de una segunda sucesión.

- Que el ISD grava las adquisiciones por herencia y legado y los contratos de seguro sobre la vida.
- Que hay que tener presente el principio de igualdad de la partición, el cual no opera si se distribuye la herencia por legados.
- Que en la especificación de bienes consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales las adquisiciones por parte del cónyuge superviviente no están sujetas al ISD.
- Que existiendo activos de diferente naturaleza (unos con derecho a reducciones en la base imponible, como participaciones en la empresa familiar o la vivienda habitual, y otros no) si tuviesen carácter ganancial, la adjudicación de unos y otros en pago de la cuota ganancial del cónyuge superviviente y a la herencia puede ayudarnos a atender un reparto racional de los bienes y a diferir el ISD.
- Que hay que verificar detalladamente el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Estado y las comunidades autónomas para aplicar los beneficios fiscales previstos en la normativa del ISD, muy especialmente la reducción en base imponible por adquisición de empresas familiares, conectada con la exención en el IP.

Como se observa, son bastantes las consideraciones que conducen a que la preparación de una sucesión deba atenderse con previsión, tiempo y criterio y que constituye una responsabilidad que no debe eludirse si se desea dejar bien orientados y atendidos los intereses de quienes están llamados a sucedernos. ■

