

## **FISCALIDAD DEL PODER TESTATORIO**



Dña. Lourdes Zubero, Jefe del Impuesto sobre sucesiones de la Hacienda Foral de Bizkaia.

Una vez más nos reunimos para recordar la fiscalidad del Poder Testatorio.

Con la aprobación de la Norma Foral 7/2002, de Adaptación del Sistema Tributario del Territorio Histórico de Bizkaia a las peculiaridades del Derecho Civil Foral del País Vasco, publicada el 29 de Octubre de 2002 y que entró en vigor el mismo día de su publicación, con efectos desde el 1 de Enero de 2003, se ha contemplado la fiscalidad de las distintas instituciones forales, entre ellas el Poder Testatorio.

La existencia de una regulación fiscal del Poder Testatorio ha contribuido a que el conocimiento sobre el mismo, así como su uso se hayan ampliado y ha generado una mayor seguridad jurídica para el contribuyente, ya que está amparado por una normativa y no depende de los distintos criterios de interpretación que se generaban anteriormente por la Administración a la hora de aplicar la normativa fiscal en esta y otras instituciones forales.

Voy a referirme a tres cuestiones a lo largo de mi exposición:

1ª.- El Poder Testatorio en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

2ª.- Las Herencias pendientes de ejercicio de Poder testatorio en IRPF e IP y

3ª.- Las obligaciones que se derivan para el Comisario y para el Administrador de la Herencia así como a los Notarios y Registradores.

## **1.- EL PODER TESTATORIO EN EL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES.**

Cuando la Norma Foral y el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones hablan del Hecho Imponible establecen : “Constituye el hecho imponible la adquisición de bienes, derechos por herencia, legado ó cualquier otro título sucesorio” y añaden:

“Entre otros, son títulos sucesorios a los efectos de este Impuesto:

d) los actos que resulten de la utilización del poder testatorio por el comisario, cualquiera que sea la forma que adopten (inter-vivos o mortis causa).”

No importa, pues, que se ejercite el poder testatorio por un acto inter-vivos, como pudiera ser una donación. El punto de conexión para ver la normativa aplicable es la residencia del causante, y no si se trata de un bien mueble o un bien inmueble como en las donaciones , ya que ese ejercicio es un título sucesorio. Por

idéntica razón cuando se presente en Hacienda a liquidar el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, se procederá a rellenar un modelo 650 donde el causante será el otorgante del poder testatorio y no rellenaremos un 651 siendo el donante el comisario. El comisario está ejercitando unas facultades que el testador le ha otorgado. Se reconoce así desde un punto de vista fiscal, la auténtica categoría jurídica que desde el punto de vista civil tiene el poder testatorio.

Me gustaría hacer hincapié en que el poder testatorio otorga al comisario unas facultades que son *PERSONALÍSIMAS E INTRASFERIBLES*, es decir, que no cabe dar por parte del comisario un poder, por muy especial que sea, a una tercera persona, para que ejercite el Poder testatorio en su lugar. Es decir, que no se puede delegar el ejercicio del poder testatorio mediante ningún tipo de poder.

Donde radica la singularidad del poder testatorio con relación a otros modos de testar fiscalmente hablando, va a ser en el DEVENGO y como consecuencia de ello en la VALORACIÓN de los bienes.

El artículo 23 de la Norma y el 65 del Reglamento de Sucesiones y Donaciones establecen: “En las adquisiciones por causa de muerte, el Impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante”. Esta es la regla general; pero además añaden que “en las herencias que se defieran por alkar-poderoso o poder testatorio, el Impuesto se devengará cuando se haga uso del poder con carácter irrevocable o se produzcan alguna de las causas de extinción del mismo,” como pudieran ser entre otras, la finalización del plazo, fallecimiento, imposibilidad o incapacidad sobrevenida al comisario...

¿Qué implica ese DEVENGO?. Que la normativa a aplicar en la sucesión, será la vigente en el momento del devengo y no la del momento del fallecimiento.

Nos vamos a encontrar con distintas situaciones:

A) Que el causante fuere Vizcaíno aforado

a) El causante llevaba residiendo en Bizkaia cinco años ó más con anterioridad al fallecimiento. La normativa a aplicar en la sucesión será la del Territorio Histórico de Bizkaia, independientemente de cuándo se ejerza el poder o de que éste se ejerza en varios momentos; lo único que puede pasar es que la normativa se modifique y en cada ejercicio de poder se aplicará la vigente en ese momento.

Si el comisario fuere usufructuario, como el usufructo se devenga el día del fallecimiento del causante, también será de aplicación la normativa de Bizkaia.

b) El causante no llevaba residiendo en Bizkaia los cinco años anteriores al fallecimiento. Lo que sí es claro es que llevaba más de dos años y había manifestado de forma expresa que se acogía a la condición de aforado. En este supuesto dependerá de cuándo ejerza el comisario el poder, para saber que normativa va a ser de aplicación. Si espera hasta completar los cinco años de residencia que le hacen falta al causante para aplicar la normativa de Bizkaia, será esta la aplicable; de lo contrario, si ejerce el poder sin que hayan transcurrido esos cinco años, será de aplicación la normativa de territorio de régimen común o la de la Comunidad Autónoma correspondiente. Es decir, que va a ser relevante el período de tiempo que haya transcurrido desde que el causante vino a residir a Bizkaia hasta el momento en que se ejercite el poder testatorio. Podríamos decir que, de alguna manera, *el comisario puede ganar residencia a favor del causante*.

Si hubiere comisario usufructuario, en cualquier caso sería de aplicación la normativa de territorio de régimen común ó la de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Con respecto a los diferentes usos del poder, unos podrían estar bajo normativa de territorio de régimen

común y otros bajo normativa de territorio Histórico de Bizkaia.

B) Que el causante fallezca siendo vizcaíno no aforado. En este supuesto se practicarán dos liquidaciones:

a) Una INMEDIATAMENTE al fallecimiento, sobre la parte de herencia no afectada por el poder ó al menos sobre la legítima estricta y,

b) Otra/s cuando se ejercite el poder testatorio, en que al igual que en los supuestos anteriores, la normativa aplicable estará en función de los años que llevara el causante residiendo en Bizkaia, o de si el comisario esperase o no el tiempo necesario para completar la residencia del causante.

La VALORACION de los bienes habrá de hacerse *al momento del devengo*. En cada ejercicio del poder se valorarán los bienes conforme al valor real en dicho momento, y ese valor y esa fecha de adquisición serán el valor y la fecha de adquisición a tener en cuenta para cualquier posterior transmisión inter-vivos ó mortis causa que tuviera lugar.

En todo caso, en las herencias que se defieran por poder testatorio, se acumularán todas las adquisiciones que concurren en un mismo sucesor a efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Es decir, que si hay varias adquisiciones hereditarias como consecuencia de ejercicios parciales del poder testatoto, siempre que concurren en un mismo. sucesor, se entenderán como una única adquisición y *se sumarán a los efectos de la liquidación del Impuesto todas las bases imponibles*; y como consecuencia, las reducciones por razón de parentesco sólo se aplicaran una vez. Además, las cuotas satisfechas con anterioridad por las liquidaciones acumuladas, serán deducibles de la liquidación que se practique como consecuencia de dicha acumulación.

## **2.- LAS HERENCIAS PENDIENTES DE EJERCICIO DE PODER TESTATORIO EN IRPF E IP.**

En primer lugar, me gustaría dejar claro que las herencias pendientes de ejercicio de Poder Testatorio, *no son herencias yacentes*, ya que en éstas los herederos están determinados, pero no han procedido todavía al reparto de la herencia, mientras que en las herencias pendientes de ejercicio de poder testatorio, no se ha efectuado todavía la designación de herederos. Al no existir designación de herederos, en IRPF y en IP, ¿quién declara? ¿quién es el sujeto pasivo, ya que los bienes y derechos que componen la herencia no tienen titular?.

Con respecto al IRPF, el problema no es tan alarmante, ya que la mayor parte de los poderes testatorios otorgan al cónyuge comisario el usufructo universal sobre todos los bienes de la herencia por lo que éste al hacer la declaración de IRPF declarará junto con los rendimientos de sus propios bienes, los rendimientos obtenidos de la herencia. Otra cuestión sería que el cónyuge comisario sólo tuviera el usufructo sobre la mitad de los bienes de la herencia (legal), ó que el comisario al no ser el cónyuge, el testador no le hubiere atribuido el usufructo. Ante esta situación la Norma Foral 7/2002, determinó que será sujeto pasivo de las herencias pendientes de ejercicio de poder testatorio en IRPF y en IP, la propia HERENCIA.

Ahora bien, este régimen especial dentro de la normativa del IRPF, sólo se aplicará en el caso de que el causante de la herencia hubiere tenido su residencia habitual en Bizkaia en el momento del fallecimiento. Si bien el régimen fiscal de estas herencias pendientes de ejercicio de poder testatorio respeta las normas generales del impuesto, contiene algunas peculiaridades como son:

Los rendimientos de actividades económicas se imputan a la herencia según su propia naturaleza, aunque, como es obvio, la herencia no dirija personalmente la actividad económica

Estarán exentas las ganancias o pérdidas de patrimonio que tengan lugar por la transmisión de bienes o derechos que no implique el DEVENGO del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, ej.: venta de valores para hacer frente al pago del Impuesto de Patrimonio, una expropiación....

También estarán exentos los rendimientos derivados de la cesión a terceros de capitales propios.

De la Base Imponible general, sólo podrá deducirse la reducción por anualidades por alimentos con cargo a la herencia pendiente del uso del poder.

No se podrán practicar las deducciones familiares o de inversión en vivienda habitual

La base liquidable negativa y las deducciones de la cuota no practicadas por insuficiencia de cuota, sólo se podrán compensar con las condiciones y plazos generales, mientras exista la herencia pendiente de ejercicio de poder testatorio.

El período impositivo será inferior al año natural en aquel ejercicio en que se repartan todos los bienes de la herencia.

La obligación de pago del tributo corresponde a la herencia.

La herencia deberá practicar las retenciones y los pagos a cuenta oportunos, y por último,

La herencia está obligada, a la presentación de la declaración de IRPF como un contribuyente más, mediante el método de autoliquidación.

Con respecto al Impuesto de Patrimonio, el problema radica en la titularidad indeterminada de los bienes. Si se ha constituido la comunidad de bienes a que hace referencia el artículo 104 de la Ley 3/92, una vez disuelta la comunicación foral de bienes y habiendo una herencia pendiente de ejercicio de poder testatorio, se deberán imputar los bienes de la comunidad en dos mitades: una para el cónyuge y otra para la herencia. Con respecto a esta segunda mitad si hay un derecho de usufructo sobre los bienes de la herencia, el usufructuario deberá tributar por su usufructo y será la herencia la que deba tributar por la nuda propiedad o sobre los bienes sobre los cuales no se haya constituido usufructo alguno. Al igual que en IRPF, la herencia será la obligada al pago del impuesto.

### **3.- OBLIGACIONES QUE SE DERIVAN PARA EL COMISARIO, ADMINISTRADOR, NOTARIOS Y REGISTRADORES.**

#### COMISARIO.

Ha de presentar un inventario de bienes y derechos debidamente detallado y valorado *dentro del año siguiente al fallecimiento* del causante; así mismo, en el *plazo de un mes contado a partir de la fecha en que se haga uso parcial ó total* del poder testatorio con carácter irrevocable ó se produzca alguna de las demás causas de extinción del mismo, deberá comunicarlo a la Administración.

#### ADMINISTRADOR.

Deberá cumplir las obligaciones formales y materiales *en materia de IRPF e IP*, resultando además responsable subsidiario del pago del impuesto.

#### NOTARIOS.

Los Notarios estarán obligados a remitir a la Diputación Foral, dentro de la primera quincena de cada mes, *relación de los testamentos* que hayan autorizado durante el mes inmediato anterior en los que se haya producido el ejercicio con carácter irrevocable de un poder testatorio por parte del comisario, incluso cuando el ejercicio se produzca en el propio testamento del comisario, y además, en los documentos que autoricen, harán *constar la advertencia de que los bienes quedan afectos al pago de las cuotas del IRPF y del IP* .

#### REGISTRADORES.

Harán constar mediante nota marginal, *la afectación de los bienes al pago de las cuotas del IRPF y del IP* devengadas con anterioridad a la transmisión de ese bien.

Para terminar, quiero decir que la NF 7/2002 ha tratado de abarcar toda la fiscalidad de las instituciones forales, y que su elaboración fue una tarea compleja, pero se hizo con el ánimo de



cubrir un vacío legal que generaba grandes problemas; ahora bien, ya en funcionamiento, se han detectado algunas lagunas, que desde la Administración intentaremos ir salvando, y os invito a todos a que hagais cuantas sugerencias considereis oportunas para la buena marcha, tanto fiscal como civil, de las instituciones forales, fomentando así el uso de las mismas. Muchas gracias.

***Lourdes Zubero Olaechea***