



ESTUDIOS

■ **La reducción por adquisición mortis causa de empresa familiar, negocio profesional y participaciones en entidades en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: cuestiones teóricas y prácticas**

■ **Juan Calvo Vérguez**

Doctor en Derecho.

Profesor Ayudante de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de León.

■ **SUMARIO:**

Introducción

1. Consideraciones generales.
2. Aspectos comunes de cada una de las reducciones.
3. Adquisición mortis causa de empresa individual o negocio profesional.
4. Adquisición mortis causa de participaciones en entidades.
5. Adquisición mortis causa de los derechos de usufructo de una empresa individual, negocio profesional o de participaciones en entidades.

I. Consideraciones generales

Como es sabido, dentro del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD), la reducción por adquisición de empresa familiar (que incluye la adquisición de empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades) resulta de aplicación tanto a las adquisiciones *mortis causa* (art. 20.2.c. de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre) como a las lucrativas e *inter vivos* (art. 20.6. de la citada Ley), siendo no obstante algunos de los requisitos exigidos en ambos supuestos de carácter diverso.

La reducción por adquisición *mortis causa* de una empresa individual o de participaciones en entidades fue establecida inicialmente en el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, justificándose su inclusión en la propia Exposición de Motivos de éste con la finalidad de rebajar el coste fiscal derivado de la transmisión *mortis causa* de empresas familiares cuando dicha transmisión se efectuase a favor de ciertas personas allegadas al fallecido. Con posterioridad han sido las Leyes 14/1996, 66/1997 (que incorporó además a la reducción el negocio profesional), 54/1999, 21/2001 y 53/2002 las encargadas de modificar el contenido de dicha reducción, consolidando a su vez la aplicación de la misma.

En cambio, la reducción por adquisición lucrativa e *inter vivos* de empresa individual y de participaciones en entidades se incorporó por vez primera a la normativa del ISD mediante la Ley 13/1996, siendo modificado su contenido por la Ley 66/1997, que añadió además la reducción por adquisición de negocio profesional.

Con carácter previo al análisis del contenido específico de la reducción por adquisición *mortis causa* de empresa individual o de participaciones en entidades, analizaremos diversas cuestiones que consideramos de interés. La primera de estas cuestiones se refiere al procedimiento que debe seguirse a la hora de practicar la reducción en los supuestos de fallecimiento de una persona casada bajo el régimen económico-matrimonial de gananciales. Como seguramente se recordará, con anterioridad al 1 de enero de 1998 resultaba ciertamente difícil precisar la posibilidad de acceder a la exención establecida en el ISD por parte del cónyuge superviviente, máxime teniendo en cuenta que hasta dicha fecha tampoco disfrutaban del beneficio fiscal los bienes utilizados en una empresa individual pertenecientes al cónyuge no empresario.

Ante todo, debe procederse a la liquidación de la sociedad de gananciales, adjudicándose los bienes por partes iguales al cónyuge superviviente y a los herederos. La adquisición de dichos bienes por el primero no quedará sujeta al ISD, ya que se trata de elementos patrimoniales detentados en común con el fallecido y que ahora se poseen de forma individual y personal¹. En consecuencia, la reducción podrá aplicarse únicamente sobre el valor de los elementos patrimoniales que se encuentren incluidos en el caudal relicto del causante, una vez minorado en la cuantía de los gananciales atribuidos al viudo.

¹ Véase en este sentido PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J. J., "Régimen fiscal de la empresa familiar en España", en *Impuestos*, núm. 7, 2001, pág. 98.

Tal y como se encargó de precisar el Apartado 1.1.a) de la Resolución de la Dirección General de Tributos 2/1999, *“Tras la disolución del régimen económico-matrimonial, la reducción deberá calcularse sobre el valor de los bienes que se encuentren incluidos en el caudal relicto del causante. Si, como consecuencia de la disolución del régimen económico de gananciales se atribuye al causante la mitad de la vivienda habitual sólo se aplicará la reducción sobre dicha mitad. Si, por el contrario, se atribuye a aquél la totalidad de la vivienda habitual, la reducción operará sobre el valor total de la misma”*.

Un criterio similar es adoptado por la DGT en contestación a Consulta de 17 de julio de 2000, al señalar que *“Acerca del procedimiento a seguir para practicar la reducción en los supuestos de una persona casada bajo el régimen económico-matrimonial de gananciales u otro equivalente establecido en la legislación foral, este Centro Directivo se ha pronunciado reiteradamente —entre otras, Consulta de 25 de febrero de 1999 o Resolución de 23 de marzo de 1999— señalando que la reducción del 95% deberá calcularse sobre el valor de la vivienda habitual que se encuentre incluida en el caudal relicto del causante*.

El art. 1392 del Código Civil señala que la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando se disuelva el matrimonio, y el art. 85 que el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio. En definitiva, como consecuencia de la muerte de uno de los cónyuges, se disuelve el régimen económico-matrimonial de la sociedad de gananciales. Si como resultado de tal disolución se atribuye la totalidad de la vivienda habitual a la masa hereditaria del causante, percibiendo el cónyuge supérstite otros bienes de valor equivalente, la totalidad de la vivienda habitual se incluye en la masa hereditaria, de manera que los causahabientes podrán practicar la reducción mencionada sobre el valor total de la vivienda.

Si por el contrario, en la disolución de la sociedad de gananciales se atribuye a la herencia del causante la mitad de la vivienda habitual sólo se practicará la reducción sobre dicha mitad. En el mismo sentido, si en la disolución de la sociedad de gananciales se atribuyese la totalidad de la vivienda habitual al cónyuge supérstite, los causahabientes no podrían practicar la reducción analizada, puesto que la vivienda no se encuentra incluida en la masa hereditaria del causante.

En definitiva, como consecuencia del fallecimiento de uno de los cónyuges, se producen dos hechos jurídicos desgajables: la disolución del régimen de gananciales y la apertura del fenómeno sucesorio, cuyo análisis civil y tributario debe efectuarse separadamente. Existe entre ambos hechos jurídicos una relación temporal, de manera que en primer lugar se procede a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales adjudicando a cada cónyuge la mitad del haber resultante de practicar en el inventario las deducciones previstas en los arts. 1392 y siguientes del Código Civil y posteriormente, se procede a la apertura del fenómeno sucesorio con la transmisión mortis causa de los bienes, derechos y obligaciones del causante que no se extingan por su muerte.

Dependiendo de los bienes concretos adjudicados a cada parte en la liquidación de la sociedad de gananciales resultará posible a los herederos practicar o no las reducciones en la base

imponible previstas en la ley, que únicamente podrán tener lugar en el supuesto en que la vivienda habitual o cualquier otro bien sobre el que la ley reconozca la posibilidad de practicar una reducción fiscal, se encuentre incluido en la masa hereditaria que es objeto de transmisión”²

Pues bien, a pesar de ello, el Tribunal Supremo optó en su Sentencia de 28 de julio de 2001 por un razonamiento que difiere bastante de lo reseñado anteriormente. Analizaba el Tribunal en la citada Sentencia la cuestión relativa a cómo deben ser adjudicados los bienes que procedan de una sociedad de gananciales cuando ésta se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges, así como su tributación por el ISD.

En el supuesto concreto objeto de análisis, los bienes dejados por el causante eran todos de carácter ganancial y consistían en unos bonos de caja pertenecientes a Bancos Industriales y de Negocios y en otros bienes. Al liquidar la comunidad conyugal los herederos adjudican a la masa hereditaria la totalidad de los bonos de caja (exentos, como es sabido, del Impuesto sobre Sucesiones) y, además, otros bienes. A la viuda le son adjudicados en concepto de su parte en la sociedad de gananciales otros bienes del inventario, entre ellos los bienes inmuebles. Así las cosas, con estas adjudicaciones la cuota tributaria resultaba bastante reducida para todos los causahabientes, al quedar buena parte de los bienes recibidos en herencia exentos y tributar únicamente por los demás bienes adjudicados y no exentos.

La Audiencia Nacional había estimado correcta esta distribución de los bienes así como la consiguiente liquidación del Impuesto en su Sentencia de 16 de abril de 1996, señalando que la disolución y liquidación de gananciales no resultaba afectada por el art. 27.1 de la Ley 29/1987, al tratarse de actos necesariamente previos a los de partición en la herencia. Sin embargo el Tribunal Supremo entiende que no es correcto lo dispuesto por la Audiencia Nacional, concluyendo que la mitad de los bonos de caja tenía que haber sido imputada a la mitad ganancial correspondiente al cónyuge supérstite, dado que a los herederos sólo podía corresponder, como haber hereditario, la otra mitad.

Tal y como señala PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ³, son dos los principales argumentos sobre los que se apoya el fallo del TS. De una parte, que la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales constituye un requisito previo e indispensable para la adjudicación de los bienes del caudal relicto a los herederos. Y de otra, que el art. 27 de la LISD se refiere a “interesados” lo que, a su juicio, significa que se está aludiendo a todo tipo de atribuciones de bienes derivadas de la muerte del causante, y no sólo a las que correspondan a los herederos y legatarios.

Declaró concretamente el TS a este respecto que *“La exención calculada por la Administración al 50% para cada masa encuentra fundamento sólido en los mismos preceptos*

² Esta misma línea interpretativa es adoptada por la DGT en contestación a Consulta de 17 de agosto de 2002.

³ PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J. J., *La empresa familiar. Fiscalidad, organización y protocolo familiar*, CISS, 2005, pág. 94.

que disciplinan el hecho imponible y la base imponible. No otra cosa quiere decir el legislador cuando en el art. 27.1 de la Ley 29/1987 impone el respeto a las normas reguladoras de la sucesión, entre las que se hallan, sin discusión posible, las que hacen referencia al valor del testamento en el supuesto de sucesión testamentaria”.

En nuestra opinión es este un criterio, cuanto menos, discutible. De hecho, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid rechazó en su Sentencia de 9 de mayo de 2003 los argumentos sostenidos por el Tribunal Supremo en la citada Sentencia de 28 de julio de 2001, subrayando que *“Es ajena al hecho imponible del Impuesto de Sucesiones la adjudicación al cónyuge superviviente de los bienes que le corresponden en la liquidación de la sociedad de gananciales. Es posible la autonomía de la voluntad al liquidar la sociedad de gananciales sin obligación de adjudicar a la esposa un 50% de la vivienda habitual al disolver la sociedad de gananciales. En este caso, por tanto, es posible atribuir en la disolución de la sociedad de gananciales sólo un 25% de la vivienda habitual a la actora, esposa del fallecido, y que en pago del tercio de libre disposición y de su cuota legal en la herencia se le asignase el 75% de la vivienda habitual, para que así la reducción del 95% se pudiese aplicar sobre una porción mayor de la vivienda”*.⁴

Es cierto que la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales constituye un acto previo e indispensable para la adjudicación de los bienes de la herencia a los sucesores del causante. Pero el reparto de los elementos gananciales no tiene por qué efectuarse necesariamente aplicando las reglas del art. 27 de la Ley del ISD. Tal y como precisa PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ⁵, *“Cualquiera que sean las reglas aplicables para las distribuciones de bienes gananciales, estas valen a efectos de la herencia y, una vez realizadas, ya se contará con los que integran el caudal relicto y los que se atribuyen al superviviente”*.

Conviene aclarar además que, con independencia de la calificación que se haga sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, a su disolución no se origina una transmisión de ésta, sino que se concreta su titularidad, pasando el cónyuge superviviente a ser el único titular de los bienes que se le atribuyen e integrando, como si hubieran sido de titularidad del causante, los restantes bienes en la herencia.

Estimamos por tanto que las mitades que puedan llegar a formarse no tienen por qué serlo de todos los bienes gananciales a repartir. De hecho el propio Código Civil establece en su art. 1406 que cada cónyuge tiene derecho a una serie de bienes de forma preferente que pueden incidir en la liquidación del ISD como son las explotaciones agrarias, comercial o industrial que hubiera llevado a cabo con su trabajo, el local donde hubiese venido ejerciendo su profesión y, en el caso específico de fallecimiento, la vivienda habitual para el superviviente. Este planteamiento no encaja con la supuesta aplicabilidad de lo previsto en el art. 27 de la LISD, que contravendría lo dispuesto en el citado precepto del Código Civil sobre disolución de la sociedad de gananciales.

⁴ En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en su Sentencia de 14 de mayo de 2003.

⁵ PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J. J., *La empresa familiar. Fiscalidad, organización y protocolo familiar*, ob. cit., pág. 94.

El inicio de la redacción del art. 27 de la LISD presenta el siguiente tenor: “*En las sucesiones por causa de muerte, cualesquiera que sean las particiones y adjudicaciones que los interesados hagan (...)*”. Se está refiriendo por tanto el legislador de manera exclusiva a las sucesiones por causa de muerte, concepto este que en ningún caso puede aplicarse a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales (ni siquiera en aquellos supuestos en los que se disuelva la sociedad de gananciales por la muerte de uno de los cónyuges), ya que no se trata de un caso de sucesión.⁶

Sorprende en todo caso que la Resolución de la DGT a la que hacíamos referencia con anterioridad tan sólo aluda a la vivienda habitual a efectos de poder efectuar esta operación de planificación fiscal, olvidándose por completo de la reducción por adquisición de empresa familiar; sin lugar a dudas mucho más importante que la anterior.

Desde nuestro punto de vista la operación antes analizada para el caso de la vivienda habitual y aceptada según hemos visto por la DGT ha de ser también realizable en caso de una empresa familiar; pudiendo adjudicarse a la herencia en su totalidad, siempre lógicamente que el haber de la sociedad de gananciales permita esta posibilidad.

La doctrina administrativa establecida por la DGT en su Resolución 2/1999 se vio asimismo reforzada con el carácter vinculante para las Administraciones que apliquen los tributos que la nueva Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, confiere a las consultas tributarias. En esta línea la Resolución de la DGT de 20 de septiembre de 2004 ha venido a reiterar la no aplicabilidad a la disolución de la masa ganancial del art. 27 de la LISD. E incluso el propio Tribunal Supremo, a través de su Sentencia de 16 de diciembre de 2004 considera, modificando su doctrina anterior; que no debe aplicarse el art. 27 a la partición de gananciales.

En todo caso, lo que parece claro es que la disolución del régimen ganancial no podrá significar la elusión del pago del impuesto a través de adjudicaciones que no respeten las reglas establecidas, tal y como ocurriría si tuviese lugar la atribución al cónyuge viudo de bienes infravalorados con la finalidad de minorar el volumen de la herencia. Téngase presente que de esta forma se procedería a gravar dos operaciones por el ISD: de una parte, la transmisión *mortis causa* por la mitad del valor de la sociedad de gananciales, cualquiera que resulte ser la valoración de los bienes efectuada por los interesados; y de otra, la donación de los herederos al cónyuge supérstite por el incremento de su patrimonio, que representa la infravaloración de los elementos que se le han adjudicado.

Una segunda cuestión de carácter general a la que queremos referirnos es la relativa a la inclusión en la base imponible del Impuesto del valor de los bienes con derecho a reducción. Señala a este respecto el art. 27 de la Ley 29/1987 que “*1. En las sucesiones por causa de muer-*

⁶ Esta circunstancia queda confirmada además por su no sujeción al ISD. Y es que tal y como establece el art. 3 de la LISD, quedan sometidas a este tributo “*a) Las adquisiciones de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio*”, sin que ni la Administración ni los Tribunales hayan considerado como tales a las operaciones de atribución de bienes gananciales al supérstite o a la herencia.

te, cualesquiera que sean las particiones y adjudicaciones que los interesados hagan, se considerará como si se hubiesen hecho con estricta igualdad y con arreglo a las normas reguladoras de la sucesión, estén o no los bienes sujetos al pago del impuesto por la condición del territorio o por cualquier otra causa y, en consecuencia, los aumentos que en la comprobación de valores resulten se prorratearán entre los distintos adquirentes o herederos. 2. Si los bienes en cuya comprobación resultare un aumento de valores o a los que deba aplicarse la no sujeción fuesen atribuidos específicamente por el testador a persona determinada o adjudicados en concepto distinto del de herencia, los aumentos o disminuciones afectarán sólo al que adquiera dichos bienes”.

¿Cómo ha de compaginarse la reducción del art. 20.2.c) de la Ley del ISD con lo dispuesto en el citado art. 27 de la misma? ¿Debe aplicarse la reducción por igual a todos los causahabientes que reciban los bienes hereditarios o solamente a aquellos que hayan obtenido la adjudicación del bien beneficiado por la misma? Dos son las soluciones contrapuestas que, *a priori*, podrían adoptarse. En primer lugar, que a cada heredero se le liquide conforme al valor de la porción a que tiene derecho según la ley que rija la sucesión, ya sea por testamento, *ab intestato* o pacto sucesorio, con independencia de las adjudicaciones que se efectúen por los interesados de los bienes incluidos en la masa hereditaria.⁷

La compatibilidad de esta primera línea interpretativa con el requisito relativo al mantenimiento de la adquisición de lo obtenido durante diez años se presenta sin embargo como una cuestión difícil de salvar cuando son varios los causahabientes existentes. Y es que si se incumple con lo exigido por parte de uno de ellos las consecuencias derivadas de la pérdida de la reducción se extenderían a todos por igual.

De otra, calcular el 95% solamente por aquellos sujetos pasivos que reciban los bienes en cuestión y en proporción a la parte que les corresponda a cada uno de ellos. Este segundo criterio ha sido defendido por un sector mayoritario de la doctrina. Así, en opinión de FALCÓN Y TELLÁ,⁸ “(...) El llamado principio de proporcionalidad de las adquisiciones ha de afectar exclusivamente a la determinación de la base imponible y no a las posteriores reducciones en dicha base imponible, necesarias para determinar la base liquidable. Obsérvese en este sentido que todas las reducciones del art. 20 afectan exclusivamente a la persona que cumple los requisitos y da lugar a ellas, y no se prorratean entre los herederos”.

También POZUELO ANTONI⁹ rechaza la posibilidad de aplicar la reducción a todos los interesados, con independencia del requisito de parentesco. A juicio de este autor “El prorrateo de los beneficios fiscales en virtud del principio general de igualdad debe excepcionarse por las siguientes razones:

⁷ Ese es el criterio propuesto por la DGT en el Apartado 1.1.b) de su Resolución 2/1999, y por el que se inclinan, entre otros autores, CARO ROBLES, V., “La transmisión de la empresa y de la vivienda habitual en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones”, en *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 223, 2001, págs. 94 y ss.

⁸ FALCÓN Y TELLÁ, R., “Las reducciones en la base imponible del ISD en materia de vivienda habitual y empresa familiar: el discutible criterio de la Dirección General de Tributos”, en *QF*, núm. 8, 1999, pág. 6.

⁹ POZUELO ANTONI, F., “Las nuevas reducciones del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (Leyes 13 y 14 de 1996)”, en *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 172, 1997, pág. 67.

-Puede prescindirse de la concreta adjudicación de un bien que goza de beneficio fiscal cuando tal desgravación excluya en su definición cualquier requisito subjetivo. Pero cuando una ley instituye la ventaja fiscal sobre un determinado grado de parentesco, es obvio que debe desplazarse la ficción del principio de igualdad.

-Los beneficios que el art. 56 RISD contempla (...) debe repararse en que son ayudas que corresponden a una fase de liquidación (determinación del hecho imponible gravable) previa a la cuantificación de la base imponible. Es decir, el discurrir teórico de la liquidación de este impuesto se iniciaría con la fijación del caudal hereditario fiscal (...) En consecuencia resuelta la base imponible a la luz de esta ficción, el resto de elementos de la liquidación (reducciones) deben aplicarse contando con las condiciones subjetivas de cada adquirente”.

Por su parte NAVARRO EGEA¹⁰ considera que ninguna de estas dos soluciones resulta plenamente satisfactoria, ya que en ambos casos cabe la posibilidad de que se tenga que rectificar la liquidación a resultados de la ulterior adjudicación. Sostiene la citada autora que *“Una vez más se ponen de manifiesto las deficiencias del ISD al apartarse de la realidad del derecho sucesorio pues, si se adopta el principio de igualdad, lo acertado es seguirlo en la determinación de la cuota tributaria, careciendo de sentido introducir una reducción basada en un dato real que no se puede determinar en el momento en que se ha de llevar a cabo la liquidación del Impuesto”.*

A nuestro juicio el 95% debería de calcularse solamente por aquellos sujetos pasivos que reciban los bienes en cuestión, atendiendo a la parte que les corresponda a cada uno de ellos. En primer lugar, porque las reducciones en la base imponible contenidas en el art. 20 de la LISD han sido diseñadas considerando de forma individual a cada sujeto pasivo, no de manera igualitaria, como sucede con las minoraciones por parentesco, que deben ser aplicadas a cada uno de ellos por separado.¹¹

Y, en segundo término, por el criterio de responsabilidad adoptado en relación con el mantenimiento de los condicionantes para poder disfrutar de la exención. Téngase presente que si sólo algunos de los sujetos han accedido a la empresa familiar serán estos los que tengan que respetar los requisitos impuestos legalmente y no el resto que, como es lógico, no podrán decidir acerca de la situación de la actividad económica, siendo en consecuencia injusto que también quedasen obligados a afrontar una responsabilidad por una actuación ajena.

Ahora bien, como ya hemos indicado, el criterio impuesto por la DGT es el de que la reducción beneficie por igual a los causahabientes en la sucesión, en la medida en que cumplan el conjunto de los requisitos previstos en el art. 20.2.c) de la Ley, con independencia de las adjudicaciones realizadas en la partición, y únicamente sobre la parte del valor del bien objeto de reducción, incluida en su correspondiente base imponible.

¹⁰ NAVARRO EGEA, M., *Incentivos fiscales a la pequeña y mediana empresa*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pág. 99.

¹¹ De hecho el art. 9 de la LISD considera como base imponible del tributo en las adquisiciones *mortis causa* el valor neto de la adquisición individual de cada causahabiente.

Todo ello sin perjuicio de aplicar la reducción a determinados causahabientes en los supuestos en los que el testador les haya asignado los bienes específicamente¹². Porque parece claro que cuando se produzca una adjudicación particular por parte del testador o solamente exista un heredero no se planteará problema alguno.

Sin lugar a dudas, la determinación de los beneficiarios que tienen derecho a la reducción constituye la cuestión más polémica que plantea la aplicación de la misma. No nos estamos refiriendo a la adjudicación concreta efectuada por el testador de los bienes con derecho a reducción¹³, ni tampoco a la adjudicación realizada por los propios causahabientes de los bienes con derecho a reducción proporcionalmente a su participación en el caudal hereditario de acuerdo con las normas reguladoras de la sucesión.¹⁴

La situación que queremos poner de manifiesto es la originada por la adjudicación realizada por los causahabientes de bienes con derecho a reducción de manera no proporcional a su participación en el caudal hereditario, según las normas reguladoras de la sucesión. En este caso, son varios los criterios de interpretación que pueden adoptarse. En primer lugar, la aplicación de la reducción exclusivamente por el adjudicatario. En segundo término, su aplicación por la totalidad de los causahabientes proporcionalmente a su participación en la herencia de acuerdo con las normas reguladoras de la sucesión. Finalmente, podría optarse por la aplicación de la reducción según la adjudicación y proporcionalmente a su participación en la herencia, de acuerdo con lo dispuesto en las normas reguladoras de la sucesión.

Si bien en un primer momento la DGT se inclinó por el segundo de los criterios interpretativos apuntados¹⁵, lo cierto es que con la publicación de la Resolución 2/1999 no quedó claro si el citado Centro seguía manteniendo dicha línea de actuación o si, por el contrario, se decanta por la tercera línea de interpretación antes reseñada. La duda surge al añadirse en la citada Resolución la frase “(...) y cada uno sobre la parte del valor del bien incluida en su correspondiente base imponible”.

En nuestra opinión no debe considerarse que el criterio de la DGT haya variado. Estimamos que la referencia a la inclusión del valor del bien objeto de reducción en la base imponible del causahabiente constituye simplemente la concreción fiscal de principio de proporcionalidad en las particiones, sin necesidad de que civilmente se haya adjudicado también el bien objeto de la reducción con estricta igualdad y con arreglo a las normas reguladoras de la sucesión. Lo que la DGT considera relevante a este respecto es la aplicación de la reducción a los causahabientes con independencia de las adjudicaciones efectuadas en la partición. Y exigir que tam-

¹² Véase a este respecto lo dispuesto en el Apartado I.1.b) de la Resolución 2/1999.

¹³ La reducción se la aplicarán exclusivamente en este caso los causahabientes adjudicatarios de los bienes asignados por el testador.

¹⁴ En este supuesto la reducción podrán aplicársela todos los causahabientes proporcionalmente a su participación en la herencia, según las normas reguladoras de la sucesión.

¹⁵ Véase al respecto lo dispuesto por la DGT en contestación a Consulta de 7 de octubre de 1997.

bién en el ámbito civil se adjudique el bien objeto de la reducción en la base imponible del causahabiente no tiene mucho sentido a la luz del citado criterio.

La tercera de las posibilidades apuntadas, esto es, la aplicación de la reducción según la adjudicación y de manera proporcional a su participación en la herencia, de acuerdo con las normas reguladoras de la sucesión, restringiría de manera considerable los efectos de la reducción, al intentar aplicar conjuntamente los arts. 20.2.c) y 27.1 de la Ley 29/1987, exigiendo adjudicación e igualdad.

Y en cuanto al primero de los criterios señalados, es decir, la aplicación de la reducción por el adjudicatario exclusivamente, parece ajustarse escrupulosamente a lo dispuesto en el art. 20.2.c) de la Ley, olvidándose en cambio del mandato contenido en el art. 27.1, relativo a la aplicación del principio de igualdad en las participaciones.

Debe reconocerse no obstante que esta primera solución resulta más acorde con lo establecido en el art. 20.2.c) de la Ley. Porque la exigencia de que en la base imponible quede incluido el valor de la empresa, el mantenimiento por el adjudicatario de la adquisición durante diez años o la exigencia de que no realice actos de disposición ni operaciones societarias que disminuyan el valor de la adquisición constituyen requisitos que únicamente puede cumplir el adjudicatario o los adjudicatarios del bien objeto de reducción. En consecuencia sólo a ellos debe aplicarse la misma, siendo relevantes a estos efectos las adjudicaciones efectuadas en la partición.

Por otra parte conviene precisar que el art. 27.1 de la Ley se está refiriendo a un supuesto de sujeción al impuesto, no a un caso de reducción en la base imponible. Y, por lo que respecta al art. 20.2.c), nos hallamos ante un precepto de especial aplicación, no debiendo tomarse en consideración la generalidad de lo establecido en el art. 27.1.

Ciertamente la aplicación de la reducción al adjudicatario o adjudicatarios representa una desigualdad de trato en la liquidación fiscal de los causahabientes. Ahora bien, se trata de una desigualdad que ha sido querida por el legislador y que obliga además a aquél o a aquellos a un especial mantenimiento del bien adjudicado objeto de reducción, obligación que no soportan en cambio el resto de los causahabientes.¹⁶

En suma, nos hallamos ante una cuestión que adolece de una total claridad, a pesar de su indudable trascendencia práctica. Desde un punto de vista eminentemente práctico, atendiendo al principio de proporcionalidad en las particiones y con independencia de las adjudicaciones realizadas por los beneficiarios, creemos que el segundo de los criterios interpretativos se presenta como el más acertado. Pero si lo que queremos es evitar todo tipo de problemas y no perder una parte importante de la reducción, quizás la mejor solución sea optar una adjudicación de los bienes con derecho a reducción de manera proporcional a lo dispuesto en las normas reguladoras de la sucesión o, en su caso, que sea el testador quien asigne específicamente en el testamento a los beneficiarios los bienes con derecho a reducción.

¹⁶ Este primer criterio ha sido el adoptado en Cataluña a través del Decreto 356/1999, de 30 de noviembre.

2. Aspectos comunes de cada una de las reducciones.

Además de lo dispuesto en el art. 20.2.c) de la Ley del ISD, son de aplicación al respecto el art. 4.8 de la Ley 19/1991, reguladora del Impuesto sobre el Patrimonio, así como el Real Decreto 1704/1999, de desarrollo del art. 4.8. de la Ley 19/1991 (modificado por el Real Decreto 25/2000), y la Resolución de la DGT 2/1999.

El principal aspecto común que hemos de tener presente es el de la remisión a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio y el fallecimiento del causante como fecha decisiva para determinar la concurrencia de la exención. El art. 20.2.c) de la LISD refiere la reducción a la empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades a las que resulte de aplicación la exención que establece el art. 4.8 de la Ley del IP. ¿Qué significa ello? Sencillamente que sólo son susceptibles de reducción tales bienes en cuanto que, al fallecimiento del causante, pudieran resultar exentos en el Impuesto sobre el Patrimonio de aquél por concurrir los requisitos que establece el citado art. 4.8. de la Ley 19/1991, desarrollados por el RD 1704/1999. Y únicamente serán susceptibles de reducción en la medida en que puedan gozar de tal exención en el Impuesto sobre el Patrimonio.

La Resolución 2/1999 de la DGT vino a concretar el alcance de esta remisión al considerar que, en las transmisiones *mortis causa*, para determinar la concurrencia de la exención en el IP a efectos de la aplicación de la reducción, ha de atenderse a la fecha de fallecimiento del causante (fecha de devengo del ISD), y no a la fecha del último devengo anterior al fallecimiento del Impuesto sobre el Patrimonio (el 31 de diciembre de cada año).

Conviene precisar además que no es imprescindible, de cara a poder gozar de la reducción, la constancia en la última declaración de Patrimonio del causante de la aplicación efectiva de la exención. Lo esencial es la existencia del derecho a la exención en el IP al fallecimiento del causante, al margen de si éste ha aprovechado o no el citado derecho.

3. Adquisición mortis causa de empresa individual o negocio profesional.

Varios son los requisitos exigidos para poder aplicar esta reducción. En primer lugar, refiriéndonos al tipo de actividad que debe desarrollar la empresa, ha de recordarse que hasta el día 1 de enero de 1998 el concepto de empresa individual quedaba referido exclusivamente al de actividad empresarial¹⁷. En cambio, desde dicha fecha se estiman también incluidos los negocios profesionales efectuados de forma individual o societaria.¹⁸

De acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 1704/1999, los conceptos de empresa individual y negocio profesional deben delimitarse conforme a la normativa del IRPF. Pues bien, la normativa del citado Impuesto unifica los rendimientos de actividades empresariales y profesionales bajo una rúbrica, la de "rendimientos de actividades económicas".

¹⁷ En efecto, puesto que la finalidad de las reducciones se centra en favorecer a las pequeñas y medianas empresas (al margen de relacionarse con las exenciones existentes en el IP), hasta el 1 de enero de 1998 sólo quedaban exentos los bienes y derechos afectos a actividades empresariales.

¹⁸ Véase a este respecto lo dispuesto en el Apartado 1.2.c) de la Resolución 2/1999.

Podemos definir globalmente ambos conceptos como aquella unidad económica por la que el contribuyente ordena por cuenta propia medios de producción y/o recursos humanos, para intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios con la finalidad de obtener rendimientos del trabajo personal, del capital conjuntamente o de uno solo de estos factores.

En consecuencia, son dos los principales aspectos a tomar en consideración. En primer lugar, la ordenación por cuenta propia, que determina la existencia de la empresa o negocio profesional como unidad económica organizada para la realización de la actividad. Y, en segundo término, la intervención en la producción o distribución de bienes o servicios.¹⁹

Recuérdese que las actividades de arrendamiento y compraventa de inmuebles únicamente tienen el carácter de actividad económica cuando reúnen los requisitos a que se refiere el art. 25.2 del TRLIRPF, esto es, existencia de un local afecto a la actividad y exclusivamente destinado a llevar a cabo la gestión de la misma y utilización para la ordenación de la citada actividad de, al menos, una persona empleada con contrato laboral a jornada completa.²⁰

Si la empresa o negocio en cuestión tuviese carácter ganancial o equivalente atendiendo a un régimen análogo al de gananciales de Derecho Foral (caso por ejemplo del consorcio aragonés o del régimen de conquistas navarro), la reducción podría aplicarse tanto respecto de los elementos patrimoniales que se incluyan en la sucesión del cónyuge empresario o profesional como respecto de aquellos otros que formen parte de la sucesión del cónyuge del empresario o profesional, siempre y cuando concurren en ambos casos los restantes requisitos.

Cabe igualmente la posibilidad de que el causante resulte ser titular de dos o más empresas o negocios profesionales. En tales casos, siempre que cada una de las actividades que integren las respectivas empresas o negocios profesionales sea ejercida de manera personal, habitual y directa, creemos que podrá aplicarse la reducción respecto de todas ellas.

¿Qué sucedería en aquellos supuestos en los que la actividad se ejerce por uno sólo de los cónyuges teniendo bienes en común con el otro esposo? En este caso, si el cónyuge que fallece es aquél que desempeñaba la actividad, se cumplirían el conjunto de requisitos establecidos en el art. 20 de la LISD (a los que posteriormente nos referiremos) para proceder a la reducción de la parte obtenida por el otro cónyuge y los restantes causahabientes, si los hubiera. En cambio, habiéndose producido la muerte del no ejerciente, y ante el silencio del legislador en el ISD, habríamos de acudir a la normativa del Impuesto sobre

¹⁹ Efectúa además la normativa del IRPF una enumeración abierta de actividades económicas, entre las que se incluyen las actividades extractivas, de fabricación, comercio o prestación de servicios (incluidas las de artesanía), agrícolas, forestales, ganaderas, pesqueras, de construcción y mineras, así como el ejercicio de profesiones liberales, artísticas y deportivas.

²⁰ Tal y como tiene declarado la DGT en su Resolución 2/1999 así como en contestaciones a Consultas de 7 de mayo y 15 de octubre de 1999 y de 3 de mayo de 2000, sólo podrá aplicarse la reducción cuando dichas actividades queden incluidas en el IRPF como rendimientos de actividades económicas.

el Patrimonio, dada la remisión que lleva a cabo el citado art. 20 a la exención de este tributo, debiendo comprobar además si también le corresponde el beneficio fiscal del art. 4.octavo a este último sujeto.

A priori, la solución parece favorable a admitir la exoneración del gravamen, por lo que también podría extenderse al ámbito del ISD. De hecho la Resolución 2/1999 se ha pronunciado en este sentido para las adquisiciones posteriores al 1 de enero de 1998, fecha de entrada en vigor de la modificación operada por el art. 4. octavo de la Ley del IP, admitiendo expresamente esta posibilidad. En consecuencia para las anteriores no procedería la exención, ni en este último tributo ni en aquél.²¹

Recuérdese no obstante que, en relación con los supuestos de empresa individual, hasta la reforma de la Ley 66/1997 se consideraba que no era necesario el disfrute del beneficio fiscal del art. 4.octavo de la Ley del IP para acudir a la reducción en el Impuesto sucesorio, siendo suficiente con estimar integrado en el caudal relicto el valor de tal empresa.²²

El importe de la reducción se cifra en el 95% de la parte de la base imponible correspondiente al valor de la o las empresas individuales o negocios profesionales adquiridos *mortis causa*, sin que opere al efecto límite absoluto alguno. De acuerdo con lo establecido en el art. 2 del Real Decreto 1704/1999, por "valor de la empresa individual o negocio profesional" habremos de entender el conjunto de elementos patrimoniales (bienes y derechos) afectos a la actividad, minorado por el importe de las deudas derivadas de la misma, valorados tanto los activos como los pasivos de acuerdo con la normativa del Impuesto sobre el Patrimonio, si bien referida la valoración a la fecha del fallecimiento del causante.

Nótese como se está refiriendo al mismo conjuntamente con el resto de la base imponible. Parece lógico pensar por tanto que del total del valor bruto de la empresa habrá que descontar la parte de cargas y gravámenes inherentes a la misma, así como la parte proporcional de gastos y deudas generales deducibles del causante. La reducción se ha de aplicar respecto del valor neto de la empresa o negocio resultante de minorar el valor de los elementos patrimoniales afectos con las deudas derivadas de la actividad, excluyendo en todo caso tanto los elementos patrimoniales no afectos como las deudas que no deriven

²¹ Señala a este respecto el Apartado 1.2 de la Resolución de la DGT 2/1999 lo siguiente: "b) Procedimiento a seguir en los supuestos de transmisión *mortis causa* de una empresa de titularidad común a ambos cónyuges, ejerciendo la actividad exclusivamente el cónyuge sobreviviente.

Para fallecimientos anteriores al día 1 de enero de 1998, hay que entender que el término utilizado por la Ley de 'empresa individual' está haciendo referencia tanto a la actividad del empresario como a los bienes y derechos afectos al ejercicio de dicha actividad (...) Por lo tanto se puede afirmar que si el causante no realizaba una ordenación por cuenta propia de factores de producción y de medios humanos o de uno sólo de ellos con el fin de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios, la transmisión *mortis causa* de los bienes y derechos, afectos al ejercicio de la actividad empresarial del cónyuge sobreviviente incluidos en el caudal relicto no podría gozar de la reducción del 95%. En consecuencia antes de la modificación del art. 20.2.c) aplicable desde el 1 de enero de 1998, la adquisición *mortis causa* de los bienes y derechos comunes del matrimonio afectos al ejercicio de la actividad empresarial del cónyuge no empresario no podría gozar de la reducción comentada. A partir de dicha fecha sí procede la reducción".

²² En efecto, nada se indica acerca de que la titularidad de los bienes de la actividad económica deba ser propiedad exclusivamente del cónyuge que la desempeña.

de la actividad. De este modo tendremos que: elementos patrimoniales afectos – deudas derivadas de la actividad = valor de la empresa o negocio profesional.²³

Los criterios de afectación tanto de los bienes y derechos como de las deudas van a ser los establecidos en la normativa del IRPF, no pudiendo incluirse aquellos bienes y deudas que no se consideren afectos de acuerdo con lo establecido en la citada normativa. Y tanto los activos como los pasivos se valorarán conforme a la normativa del IP a la fecha del fallecimiento del causante.

Una vez fijado el valor de la empresa o negocio profesional, y antes de la aplicación por parte de cada sujeto pasivo del porcentaje de la reducción, procede, al amparo de lo establecido en la Resolución 2/1999, minorar tal valor por la parte proporcional que corresponda al bien en las deudas y gastos deducibles del total caudal relicto siempre, como es lógico, que deban integrarse en la base imponible del sujeto pasivo.

En la medida en que las deudas no pueden considerarse ligadas a uno o más elementos patrimoniales concretos sino al conjunto de los mismos resulta necesario, en aras de poder calcular el valor neto de los bienes que gozan de esta reducción, llegar al importe deducible de las deudas, para lo que debe hallarse la proporción en que se encuentra el valor bruto del bien de que se trate con el conjunto del caudal hereditario y aplicar posteriormente dicha proporción sobre el conjunto del importe de las deudas deducibles.²⁴

Las deudas afectas a la empresa o negocio no pueden volver a incluirse a efectos de su cómputo como deudas deducibles de la herencia, en tanto en cuanto ya han sido ponderadas para determinar el valor neto de la empresa o negocio, formando parte integrante del mismo.

Pues bien, el resultado de restar al valor de la empresa o negocio la parte proporcional en deudas y gastos deducibles de la herencia será la magnitud sobre la que se aplique la reducción por cada sujeto pasivo.

¿Quiénes tienen la consideración de beneficiarios de la reducción? Con carácter general la adquisición *mortis causa* debe ser realizada por el cónyuge, descendientes o adoptados del causante. Y en caso de que no existan descendientes o adoptados la adquisición puede realizarse por ascendientes, adoptantes y colaterales hasta el tercer grado²⁵. Tal y como ha

²³ Señala a este respecto el Apartado 1.1.c) de la Resolución 2/1999 que “La reducción del 95 por 100 opera sobre la parte del valor del bien en cuestión incluida en la base imponible del sujeto pasivo, siendo el valor incluido en la base imponible el valor neto que se define en el artículo 9 de la Ley. Dicho valor debe entenderse neto de cargas o gravámenes (artículo 12) así como de deudas y gastos que tengan la consideración de deducibles (artículos 13 y 14). De acuerdo con lo anteriormente dicho, del valor real (comprobado) del bien en cuestión se deducirán las cargas o gravámenes que figuren directamente establecidos sobre el mismo y disminuyan realmente su capital o valor, como los censos y las pensiones, así como la proporción correspondiente de deudas y gastos generales que integren el caudal relicto y que tengan la consideración de deducibles conforme a los artículos anteriormente citados”.

²⁴ Esta integración procederá cuando sea heredero o sucesor a título universal o de cuota global, no cuando sea legatario, salvo que el causante hubiese dispuesto que son de cargo del mismo.

²⁵ Esta novedad fue introducida por la Ley 66/1997 a partir del 1 de enero de 1998. Con anterioridad a la citada fecha únicamente se permitía acudir a esta exención al cónyuge, descendientes y adoptados del causante, sin que en relación a los descendientes se matizase ningún grado de parentesco. Posteriormente sin embargo la reforma del pre-

señalado la DGT en contestación a Consulta de 19 de diciembre de 2005, la limitación por el grado de parentesco en la adquisición no se proyecta sobre los descendientes, que siempre tienen derecho a la aplicación de los beneficios fiscales correspondientes, operando en cambio para los colaterales.

Ciertamente con esta limitación de los sujetos pasivos se está dando cabida a los supuestos más habituales de transmisión de la empresa familiar a determinados parientes, incentivándose así la continuidad de la misma dentro de un conjunto de familiares cercanos. No se ha acudido sin embargo al mismo grado de parentesco que se tiene en cuenta a la hora de precisar el grupo familiar que puede ostentar las participaciones en entidades del art. 4.octavo de la Ley del IP para quedar exentas en dicho gravamen, admitiéndose únicamente el segundo, cuando en el art. 20.2.c) de la Ley del ISD se extiende hasta el tercero.²⁶

¿Debe atenderse a los colaterales por consaguinidad o afinidad? El legislador nada aclara en relación con esta cuestión, lo que puede suscitar problemas de interpretación. A nuestro juicio, desde un punto de vista de lógica jurídica, podría considerarse que se está excluyendo a los afines puesto que, una vez fallecido el causante, se extingue también la relación con los familiares del cónyuge.²⁷

En todo caso, los diversos sujetos pasivos no acceden al beneficio tributario en condiciones de igualdad. Y es que para los ascendientes, adoptantes y colaterales se hace necesario que no existan descendientes o adoptados, resultando en cambio indiferente la presencia o no del cónyuge viudo, que puede concurrir simultáneamente con todos.²⁸

Precisa además la DGT en su Resolución 2/1999 que en las adquisiciones derivadas de legado u otras asignaciones particulares o concretas del causante deben concurrir en el adquirente los requisitos de parentesco indicados. Y por lo que respecta a las adquisiciones derivadas de institución de heredero o a título universal, la reducción habrá de aplicarse exclusivamente al heredero o herederos en que concurren las circunstancias de parentesco con el causante y en la proporción que les corresponda en virtud del título

cepto operada a través de la Ley 66/1997 determinó la inclusión de un nuevo apartado al art. 20.2.c) de la Ley, de conformidad con el cual *"Cuando no existan descendientes o adoptados la reducción será de aplicación a las adquisiciones por ascendientes, adoptados o colaterales, hasta el tercer grado (...). En todo caso el cónyuge superviviente tendrá derecho a la reducción del 95 por 100"*.

²⁶ Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, cabe precisar que si se analiza detenidamente la composición de los sujetos beneficiados y la exclusión de acceder al mismo de los segundos en caso de que exista alguno de los primeros (salvo en el caso del cónyuge) podría extraerse una conclusión de signo contrario, ya que en lugar de incentivarse la continuidad de la empresa familiar se estaría obstaculizando su lógico tránsito generacional. En ocasiones habría de entregarse la misma a familiares más próximos aunque menos capacitados para desarrollar su actividad, que a otros más alejados que sí lo estarían. En caso contrario se perdería el derecho a la reducción.

²⁷ En un sentido distinto se pronuncia PÉREZ DE AYALA, M., "Informe sobre la aplicación del art. 4.8.dos de la Ley 19/1991 de la participación en una empresa familiar en el que fallece uno de ellos transmitiendo sus acciones a la viuda", en *Informes sobre Temas Tributarios de Actualidad*, núm. 9, Asociación Española de Asesores Fiscales, 2002, pág. 21, para quien los efectos resultan igualmente extensibles a los familiares por afinidad.

²⁸ Lógicamente todos ellos deben acceder a la sucesión con el título habilitado al efecto, esto es, como herederos o legatarios o cualquier otro pacto sucesorio, tal y como dispone el art. 11 del Reglamento del ISD aprobado por Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre.

sucesorio, independientemente de quien pueda ser el titular adjudicatario en la partición. No es suficiente con que no sean llamados a la sucesión, exigiéndose además que no existan ni descendientes ni adoptados. Y por lo que respecta al cónyuge supérstite, es indiferente que exista o no para que se puedan beneficiar aquellos parientes del fallecido.

De cualquier manera, el adquirente debe mantener la adquisición durante los diez años siguientes a la fecha de fallecimiento del causante a menos que, a su vez, aquél falleciese dentro del citado plazo. Queda claro por tanto que el cómputo deberá iniciarse en la fecha del devengo del impuesto sucesorio, es decir, el día del fallecimiento del causante.²⁹

¿Qué debe interpretarse por “mantenimiento”? A nuestro juicio por mantenimiento hay que entender la conservación durante un plazo mínimo de diez años de los elementos patrimoniales recibidos por vía sucesoria. Así, mientras una eventual ampliación de los mismos vendría a respetar el espíritu de la norma, la disminución de su valor impediría el cumplimiento del citado requisito, determinando el pago de aquella parte del impuesto que se hubiera dejado de ingresar junto con los correspondientes intereses de demora.

¿Y que debemos entender por “adquisición de una empresa individual o de un negocio profesional”? En principio tendrá el carácter de adquisición la obtención de la propiedad o de un derecho real sobre la misma de los citados elementos patrimoniales, al margen de que estos se mantengan o no inalterados a lo largo del tiempo.³⁰

¿Deben los causahabientes proseguir en el desarrollo de la misma actividad económica? El art. 20.2.c) de la Ley del ISD nada señala a este respecto. Desde nuestro punto de vista la solución a esta cuestión se halla en la interpretación que se otorgue a la expresión “mantenimiento de la adquisición”. Una primera opción sería considerar que es necesaria la

²⁹ ¿Cómo cabe compaginar este plazo de diez años establecido en el art. 20.2.c) de la Ley del ISD con el plazo de prescripción de cuatro años de la deuda tributaria a que se refiere el art. 66 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria? Sostiene VEGA HERRERO, M., *La prescripción de la obligación tributaria*, Lex Nova, Valladolid, 1990, pág. 49, refiriéndose al cómputo del plazo de prescripción en los supuestos de exenciones provisionales, que “El principio que preside la fijación del momento en que ha de empezar a transcurrir el plazo de prescripción es (...) que el derecho o la acción hayan nacido, entendiéndose por tal la posibilidad de su ejercicio. Esta idea es la que sirve para afrontar y resolver determinadas situaciones que se producen cuando existen en un tributo exenciones automáticas y provisionales, en el sentido de que su definitiva efectividad queda condicionada al cumplimiento de algún requisito impuesto normativamente (...) Lo lógico parece ser que el tiempo de prescripción no transcurra hasta que desaparezca el obstáculo que impide a la Administración practicar la liquidación, y que no es otro que el agotamiento del plazo que motiva la pérdida del beneficio fiscal”. Ciertamente el cumplimiento de los requisitos a lo largo del tiempo y el cómputo del plazo de prescripción parecen dos cuestiones claramente diferenciadas. Coincidimos en este sentido con VAQUERA GARCÍA, A., *Régimen tributario de la empresa familiar*, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 218, en que lo lógico sería acudir a la esfera de la garantía para el cobro de la deuda tributaria, procediendo a la anotación marginal de la afección en los Registros públicos de la cuantía de la liquidación siempre y cuando no hubiera concurrido el beneficio fiscal (véanse a este respecto los arts. 79.3 de la LGT y 9.2 del RISD). De este modo se facilitaría la obtención de las cantidades indebidamente dejadas de ingresar.

³⁰ Tal y como ha puesto de manifiesto BANACLOCHE PALAO, C., *Transmisión de la Empresa Familiar en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 106, puesto que toda empresa constituye una realidad dinámica que exige la continua adaptación de la estructura empresarial para adecuarse a las exigencias del mercado, “Una legislación que impidiera la adopción de las medidas necesarias para lograr, no ya el mantenimiento, sino incluso el crecimiento de la empresa a través de los correspondientes procesos de reestructuración empresarial, estaría produciendo un efecto de anquilosamiento contrario al espíritu de la norma a favor”.

continuidad en la misma actividad desarrollada por el causante, lo que originaría numerosos conflictos en aquellos supuestos en los que hubiera tenido lugar una división entre varios herederos del patrimonio afecto a la actividad, decidiendo uno de ellos no proseguir en el desarrollo de la misma.

Una segunda posibilidad sería defender que la norma únicamente se está refiriendo al mantenimiento de la adquisición en el sentido de no enajenar la propiedad de los elementos patrimoniales, resultando indiferente el destino que pueda dárseles. Así las cosas, podría admitirse incluso el cese en la realización de la actividad. Finalmente cabe estimar que es preciso realizar una actividad económica, sin que tenga que ser la misma que llevaba a cabo el causante, y sin que deban dedicarse a ella la totalidad de los herederos. Sería por tanto suficiente con que uno de ellos la realizase, cediéndole los bienes los restantes que no deseen continuar en el desarrollo de dicha actividad.

Este es, en nuestra opinión, el criterio que debe adoptarse ya que, si bien ha de continuarse con una actividad económica, debe permitirse a los herederos alterar el tipo de la misma. Ello posibilitaría mantener un núcleo de elementos patrimoniales afectos a una concreta actividad económica llevada a cabo por familiares del causante.

Dispone a este respecto el Apartado 1.2.d) de la Resolución de la DGT 2/1999 que *“(…) La Ley establece, únicamente, la obligación de mantener la adquisición durante diez años, pero no exige la continuidad en el ejercicio de la misma actividad que viniera desarrollando el causante (…) Por lo tanto debe mantenerse el valor de la adquisición, así como una actividad, aunque no sea la misma desarrollada por el causante, pero no la titularidad de todos los bienes”*.

De acuerdo con este criterio, en caso por ejemplo de venta parcial de una empresa por la que se hubiese practicado en su momento la reducción en el impuesto sucesorio, dicha venta parcial no afectaría al mantenimiento del beneficio fiscal siempre que se mantuviera el valor de adquisición mediante su reinversión en bienes y derechos, afectos o no a la actividad que, en su caso, se continuase desarrollando.

Por el contrario, en caso de ausencia de reinversión, el citado beneficio se perdería con las consecuencias legalmente previstas, esto es, abono de la parte de impuesto no satisfecha e intereses de demora. Al amparo del tenor literal de la norma sería el valor de adquisición el que habría que mantener durante el referido plazo de diez años, no quedando sometida a la exigencia de reinversión la parte de valor de tales bienes y derechos que, con posterioridad, excediera del mismo.³¹

Por otra parte, coincidimos con VAQUERA GARCÍA³² en que no siempre resultará posible transmitir en su totalidad una empresa individual o un negocio profesional ya que pueden concurrir varios causahabientes al mismo tiempo, circunstancia ésta que originaría una

³¹ Véase a este respecto lo establecido por la DGT en contestación a Consulta de 12 de diciembre de 2000.

³² VAQUERA GARCÍA, A., *Régimen tributario de la empresa familiar*, ob. cit., pág. 213.

más que probable fragmentación de dichos bienes, sin que ello obste a la continuidad de la adquisición durante el plazo de diez años.³³

El plazo temporal de diez años, ¿debe contarse en relación a la obligación del mantenimiento conjuntamente con la prohibición de efectuar actos de disposición o, por el contrario, se trata de dos exigencias separadas? En nuestra opinión ha de adoptarse una interpretación conjunta que evite situaciones contrarias al principio de seguridad jurídica en las que el sujeto pueda verse limitado a la hora de decidir el destino de sus bienes sin la existencia de un plazo concreto para ello.³⁴

En todo caso el beneficiario de la reducción no podrá realizar actos de disposición y operaciones societarias que directa o indirectamente puedan originar una minoración sustancial del valor de la adquisición, tal y como dispone el apartado c) del art. 20.6 de la Ley del ISD, aplicable a las transmisiones *mortis causa*. Este requisito adicional fue establecido con efectos desde el 1 de enero de 1997 por el art. 9 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre.³⁵

Ahora bien, al igual que sucede con el mantenimiento de la actividad, la DGT ha interpretado de manera flexible su aplicación, poniendo de manifiesto que lo decisivo al respecto no es el mantenimiento de la forma jurídica de empresa individual o negocio profesional ni de la actividad, así como tampoco la conservación estática de los activos que la integran, sino que en ningún caso resulte disminuido el valor de la unidad económica, aunque sea bajo formas jurídicas distintas.

Son múltiples los supuestos sobre los que se ha pronunciado en este sentido el citado Centro Directivo: aportación a una sociedad mercantil (Consultas de 1 de septiembre de 1998, de 23 de agosto y 17 y 23 de diciembre de 1999 y de 10 de octubre de 2001), operaciones dispositivas de activos siempre que no supongan una minoración del valor (Resolución 2/1999), cambio de actividad (Resolución 2/1999 y Consulta de 23 de agos-

³³ Así por ejemplo admite la DGT en contestación a Consulta de 15 de diciembre de 1999 la aplicación de la reducción en relación con un supuesto de transmisión de la totalidad de un negocio con adjudicaciones pro indiviso a los hijos de los locales en los que tiene lugar el desarrollo de la actividad, a pesar de que ello constituya un supuesto de división de la actividad y el desempeño por cada descendiente de actividades diferenciadas.

³⁴ Véase en este sentido BANACLOCHE PALAO, C., *Transmisión de la Empresa Familiar en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, ob. cit., pág. 106.

³⁵ Téngase presente asimismo que, de conformidad con lo establecido por el art. 20.3 de la LISD, “Si unos mismos bienes en un período máximo de diez años fueran objeto de dos o más transmisiones ‘mortis causa’ en favor de descendientes, en la segunda y ulteriores se deducirá de la base imponible, además, el importe de lo satisfecho por el impuesto en las transmisiones precedentes”. Prevé así el legislador la posibilidad de un fallecimiento múltiple en el plazo de tiempo establecido por el precepto al objeto de mantener la adquisición de los elementos patrimoniales, si bien limitando la deducción únicamente a los descendientes. Ni que decir tiene que, dentro de la empresa familiar, esta medida puede adquirir especial trascendencia en aquellos supuestos de adquisición de los elementos patrimoniales o participaciones en la misma que se transmitan por la muerte del cónyuge superviviente, siempre que él hubiera dispuesto igualmente de titularidad en dicha empresa. Quedarían por tanto comprendidos los bienes que hubiese heredado del difunto y el usufructo vitalicio que le hubiese correspondido de aquéllos cuya nuda propiedad ya fue adquirida en su momento por los descendientes. Sin embargo creemos que no podrá aplicarse esta disposición para la sucesión de los bienes gananciales recibidos por el cónyuge viudo por la liquidación del régimen económico matrimonial y posteriormente heredados, en tanto en cuanto los mismos no han sido objeto de dos o más transmisiones.

to de 1999), constitución de una comunidad de bienes (Consulta de 1 de octubre de 1997) y arrendamiento de la explotación (Consultas de 15 de octubre de 1997 y de 23 de agosto de 1999).³⁶

Lógicamente la disminución de valor ha de estar motivada por actos voluntarios del sujeto, no debiendo tomarse en consideración aquellos hechos o circunstancias que resulten ajenos a la voluntad del adquirente (caso por ejemplo del supuesto de pérdidas en el ejercicio de la actividad que reduzcan el valor de las participaciones).

Una especial atención merecen los supuestos de operaciones entre los herederos que no impliquen la pérdida de la reducción. Este sería el caso, por ejemplo, de aquellas transmisiones dentro del grupo de herederos universales del causante, siempre que el negocio o empresa no hubiera sido objeto de una asignación particular por aquél exclusivamente a favor de un sucesor, dado que el bien no sale del círculo de sucesores que gozan de la reducción.³⁷

Otros supuestos de similar naturaleza serían la adjudicación a uno de los herederos de la empresa o negocio en la partición compensando a los restantes coherederos en metálico el exceso de adjudicación o la extinción de condominio entre los herederos adjudicatarios de la empresa o negocio en la partición de la herencia.³⁸

En todo caso el incumplimiento del requisito del mantenimiento de la adquisición obliga a ingresar la cuota correspondiente a la reducción indebidamente aplicada más los correspondientes intereses de demora.

Puede suceder que el causante no hubiera hecho una asignación particular a un sucesor y que, existiendo una pluralidad de herederos, se hubiera adjudicado en la partición la empresa a uno solo de aquéllos. En este caso el incumplimiento del deber de permanencia en su patrimonio determinaría la pérdida de la reducción para todos los herederos que la hubieran disfrutado, de acuerdo con el criterio adoptado por la DGT en su Resolución 2/1999.³⁹

³⁶ En el caso por ejemplo de una explotación agraria admite la DGT en contestación a Consulta de 27 de junio de 2000 la permuta de una de las fincas rústicas que integran la explotación por otra de igual o mayor valor; así como la enajenación de una de ellas con adquisición de otra finca rústica que se incorpora a la explotación, de mayor valor que la vendida.

³⁷ Véanse a este respecto las Consultas de la DGT de 12 de mayo de 2000 y de 12 de diciembre de 2001, si bien el propio Centro se pronuncia en contra de esta posibilidad en contestación a Consulta de 7 de marzo de 2001.

³⁸ En el supuesto concreto de separación efectuada por uno de los comuneros de una comunidad de bienes formada por los sucesores *mortis causa* sobre la empresa agrícola a la que se había aplicado con carácter previo la reducción considera la DGT (contestación a Consulta de 7 de junio de 2002) que *"Ello no implica la pérdida de la reducción por el comunero que se separa, aunque no continúe la actividad, siempre que mantenga el valor de su adquisición mortis causa; y en caso de que no mantenga el valor de su adquisición la pérdida de la reducción se limitará a dicho comunero, no extendiéndose a los restantes dado el carácter individual del Impuesto"*.

³⁹ Y si como consecuencia de la asignación del causante en el título sucesorio o incluso de la propia partición resultase una empresa o negocio correspondiente a una pluralidad de sucesores con un objeto empresarial o comercial, habría de constituirse una comunidad de bienes que debería tributar por la Modalidad de Operaciones Societarias del ITPyAJD, tal y como establece el art. 22 del Texto Refundido regulador del citado Impuesto.

Finalmente cabe reflexionar acerca de si es preciso que los causahabientes respeten también durante el plazo de diez años los condicionantes derivados de la exención del Impuesto sobre el Patrimonio para el desarrollo de una actividad individual.

En principio el art. 20 de la Ley del ISD, al examinar las exigencias que debe cumplir el donatario de este tipo de elementos patrimoniales, indica expresamente que debe continuar con el derecho a la exención en el Impuesto patrimonial durante el plazo de diez años. Esta obligación no aparece prevista sin embargo en el apartado 2.c) del citado precepto, relativo a las adquisiciones *mortis causa*. Desde nuestro punto de vista, y de acuerdo con una interpretación sistemática de la totalidad del precepto, parecería razonable excluir la aplicación del citado requisito para esta modalidad de adquisiciones.⁴⁰

¿Cuáles son los requisitos exigidos al causante? Al negocio profesional o a la empresa individual les es de aplicación la exención establecida a efectos del IP en el art. 4.octavo.Uno de la Ley 19/1991, de 6 de junio, desarrollada por los arts. 1 a 3 del Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre. Es este un requisito exigido a partir del 1 de enero de 1998 con motivo de la entrada en vigor de la Ley 66/1997. Con anterioridad sólo resultaba de aplicación en caso de participaciones en entidades, dada la redacción literal de la norma reguladora de la reducción.⁴¹

A este respecto, conviene tener presente los requisitos exigidos por la normativa del IP para que los bienes y derechos de las personas físicas necesarios para el desarrollo de su actividad empresarial o profesional queden exentos del Impuesto. En primer término es necesario que la actividad derivada de la empresa individual o profesional se ejerza de forma habitual, personal y directa por el sujeto pasivo.

Obsérvese como son tres las notas que definen el ejercicio de la actividad: habitual, personal y directa. Con el término "habitual" a lo que se quiere aludir es a la existencia de una continuación de la actividad en un plano temporal de carácter prolongado, quedando excluidas aquellas actividades que puedan realizarse con carácter ocasional o esporádico. El término "personal" exige que el empresario o profesional desempeñe la actividad por sí mismo. Finalmente, lo que parece implicar la expresión "directa" es que ha de ser el propio empresario o profesional el que ejerza el control de la actividad de manera inmediata, correspondiéndole las facultades de gestión y organización.

⁴⁰ En este sentido se ha pronunciado la DGT en el Apartado 1.2.d) de su Resolución 2/1999, para los casos de empresa individual o de negocio profesional, y en el Apartado 1.3.e) de la citada Resolución para las participaciones en entidades. Este criterio ha sido defendido además, entre otros autores, por BANACLOCHE PALAO, C., *Transmisión de la Empresa Familiar en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, ob. cit., pág. 41, NAVARRO EGEA, M., *Incentivos fiscales a la pequeña y mediana empresa*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pág. 82, CORCHUELO MARTÍNEZ-AZÚA, B., "Beneficios fiscales para las pymes", en *Impuestos*, núm. 1, 2002, pág. 41 y AGUSTÍN TORRES, C., *Beneficios fiscales en la tenencia y transmisión de las empresas*, Cuatrecasas Abogados, Ciss, Valencia, 1998, pág. 82.

⁴¹ Así, por ejemplo, señala la DGT en contestación a Consulta de 22 de noviembre de 2005 que si los bienes afectos a una empresa familiar de arrendamiento de inmuebles están exentos del IP y se cumplen los restantes requisitos establecidos en el ISD, todos los sucesores del causante tendrán derecho a la reducción de la base del ISD en proporción a su derecho hereditario.

¿Qué procedimiento ha de seguirse en aquellos supuestos de transmisión *mortis causa* de una empresa de titularidad común a ambos cónyuges en los que ejerce la actividad exclusivamente el cónyuge sobreviviente? De acuerdo con lo establecido en el Apartado 1.2.b) de la Resolución de la DGT 2/1999, a la que nos venimos refiriendo, *“Para fallecimientos anteriores al día 1 de enero de 1998 hay que entender que el término utilizado por la ley de “empresa individual” está haciendo referencia tanto a la actividad del empresario como a los bienes y derechos afectos al ejercicio de dicha actividad (el concepto de empresa implica el desarrollo de una actividad por parte del titular). De este modo se puede afirmar que si el causante no realizaba una ordenación por cuenta propia de factores de producción y de medios humanos o de uno sólo de ellos con el fin de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios la transmisión mortis causa de los bienes y derechos afectos al ejercicio de la actividad empresarial del cónyuge sobreviviente incluidos en el caudal relicto no podría gozar de la reducción del 95%.*

En consecuencia, antes de la modificación del art. 20.2.c) aplicable desde el 1 de enero de 1998, la adquisición mortis causa de los bienes y derechos comunes del matrimonio afectos al ejercicio de la actividad empresarial del cónyuge no empresario no podría gozar de la reducción comentada. A partir de dicha fecha sí procede la reducción”.

A partir del 1 de enero de 1998 la adquisición *mortis causa* de los bienes y derechos comunes del matrimonio afectos al ejercicio de una actividad empresarial y también profesional del cónyuge no empresario goza de la reducción del 95%. Y es que de conformidad con lo dispuesto en el art. 4.octavo.Uno, último párrafo de la Ley 19/1991 (en virtud de la redacción otorgada por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre), están exentos los bienes y derechos comunes a ambos miembros del matrimonio cuando se utilicen en el desarrollo de la actividad empresarial o profesional de cualquiera de los cónyuges.

Debe tratarse no obstante de bienes “comunes”, es decir, de carácter ganancial o común en cualquier otro régimen económico matrimonial. Significa ello que no resultará posible la aplicación de la exención en el IP ni la reducción en el ISD en aquellos casos de bienes afectos a una actividad económica del cónyuge empresario pero de propiedad única del cónyuge no empresario.

En segundo lugar, la actividad en cuestión debe haber constituido la principal fuente de renta de su titular. Precisa a este respecto el art. 3.1, párrafo 2º del Real Decreto 1704/1999 que *“A estos efectos se entenderá por principal fuente de renta aquella en la que al menos el 50% del importe de la base imponible del IRPF provenga de rendimientos netos de las actividades económicas de que se trate. Para determinar la concurrencia de ese porcentaje no se computarán, siempre que se cumplan las condiciones exigidas por los párrafos a), b) y c) del apartado 1 del art. 5, todas aquellas remuneraciones que traigan causa de la participación del sujeto pasivo en las entidades a que se refiere el art. 4 del presente Real Decreto”.*⁴²

Parece claro por tanto que el cálculo de la principal fuente de renta debe realizarse desde el 1 de enero del año del fallecimiento hasta la fecha del deceso. Y ello sin perjuicio de que,

⁴² Se excluyen por tanto del cómputo las remuneraciones por participaciones en entidades que resulten igualmente exentas en el Impuesto del Patrimonio y los rendimientos.

en el caso de que la empresa o negocio tuviera carácter ganancial y el causante no fuera el cónyuge que ejerce la actividad, el requisito de la principal fuente de renta en el patrimonio del empresario o profesional hubiera de entenderse referido, no al período comprendido entre el 1 de enero y la fecha de fallecimiento de su consorte, sino al último ejercicio completo de su IRPF.

¿Deben incluirse a efectos del cómputo de la principal fuente de renta las ganancias patrimoniales integradas en la parte especial de la base imponible del IRPF y generadas en más de un año? A pesar de ser esta una cuestión de carácter dudoso nos inclinamos por una respuesta negativa. Por otra parte, en aquellos supuestos en los que un mismo sujeto ejerza dos o más actividades de forma habitual, personal y directa, la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio y, por ende, la reducción en el Impuesto de Sucesiones, alcanzaría a todos los bienes y derechos afectos a las mismas considerándose, a efectos de lo dispuesto en el apartado 1º del art. 3 del citado Real Decreto 1704/1999, que la principal fuente de renta viene determinada por el conjunto de los rendimientos de todas ellas.⁴³

¿Qué criterio debe seguirse a efectos de aplicar la reducción en relación con las comunidades de bienes y demás entidades a que se refiere el art. 35.4 de la LGT 2003? Nos referimos a aquellos supuestos de comunidad de bienes, sociedades civiles (excepto las Sociedades Agrarias de Transformación, que tienen como es sabido la consideración de sujetos pasivos del IS) y otros entes sin personalidad jurídica que tributan en régimen de atribución de rentas en el IRPF de los comuneros, socios o miembros.

En principio, la normativa reguladora del IRPF incluye a las comunidades de bienes dentro de los supuestos de atribución de rentas, de manera tal que las rentas correspondientes a las mismas se atribuyen a los comuneros, respectivamente, según las normas o pactos aplicables en cada caso o, si éstos no constan fehacientemente a la Administración, por partes iguales, gozando dichas rentas de la naturaleza derivada de la actividad o fuente de donde procedan. Y en la medida en que la comunidad de bienes desarrolle una actividad económica las rentas obtenidas por los distintos comuneros adquieren esta consideración de rentas derivadas de actividades económicas.

Pues bien, tomando como punto de partida esta consideración, declaró la DGT en el Apartado 1.2.a) de su Resolución 2/1999 que, cuando la actividad sea desarrollada por medio de una comunidad de bienes, sociedad sin personalidad jurídica o sociedad civil, debe entenderse que son cada uno de los comuneros, partícipes o socios quienes desarrollan la citada actividad, sin que pueda considerarse que se trata de participaciones de una entidad a efectos del IP, siendo necesario para poder disfrutar de la exención de los elementos afectos a la actividad el que cada comunero realice la misma de forma habitual, personal y directa, de acuerdo con la normativa del IRPF y cumpliendo los restantes requisitos establecidos al efecto.

⁴³ Así lo establece el art. 3.2 del Real Decreto 1704/1999.

Considera por tanto la DGT en su Resolución 2/1999 que los citados supuestos son igualmente casos de transmisión de empresa individual o negocio profesional en cuanto a la participación del causante en dichos entes. Estamos de acuerdo con esta apreciación, debiendo aplicarse en consecuencia las normas de empresa individual o negocio profesional referidas a la participación del causante en el ente sin personalidad, no las relativas a participaciones en entidades.⁴⁴

En definitiva, podemos concluir que lo que se precisa a efectos de poder aplicar la reducción por adquisición de empresa individual o negocio profesional es, en primer lugar, que el objeto de la reducción lo constituya una empresa individual o negocio profesional exento conforme a la normativa del IP y del IRPF.Y, en segundo término, la concurrencia de una serie de requisitos en el causante y en el adquirente, así como el mantenimiento de la adquisición.

4. Adquisición mortis causa de participaciones en entidades.

Varios son los requisitos que deben concurrir para proceder a la aplicación de esta reducción. Refiriéndonos en primer término al importe de la reducción, su cuantía queda cifrada en el 95% de la parte de base imponible correspondiente al valor de las participaciones en entidades adquiridas *mortis causa*, sin que opere ningún límite absoluto al respecto.

Nótese como son dos las operaciones sucesivas que han de ser realizadas. En primer lugar, debe procederse a la delimitación del valor de las participaciones a la parte del mismo que goce de exención en el IP. Téngase presente que, tal y como dispone el art. 6 del RD 1704/1999, la exención en el citado Impuesto sólo alcanza al valor de las participaciones en la parte que corresponda a la proporción existente entre los activos afectos al ejercicio de una actividad económica, minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma, y el valor del patrimonio neto de la entidad.

En consecuencia obtendremos la siguiente fórmula: valor de las participaciones x (valor de activos afectos – deudas de la entidad) valor del patrimonio neto de la entidad.⁴⁵

La reducción sólo alcanza a la parte del valor de las participaciones que se corresponde con el valor neto resultante de la realización de una actividad económica, excluida en su caso la porción de aquél relativa a bienes, derechos y deudas no afectos a una actividad económica.

Por lo que respecta a la segunda de las operaciones apuntadas, la misma viene determinada por el hecho de que al valor así obtenido se le ha de minorar la parte proporcional

⁴⁴ Véase en este sentido la contestación de la DGT a Consulta de 2 de julio de 1998.

⁴⁵ De cara a la aplicación de esta fórmula conviene tener presente que el valor de las participaciones se determina a fecha de fallecimiento del causante por aplicación de las reglas del art. 16 de la Ley del IPY en cuanto al valor de los activos y deudas afectos el mismo, será el que se deduzca de la contabilidad, siempre que ésta refleje fielmente la verdadera situación patrimonial de la entidad, determinándose dichos valores (en defecto de contabilidad) de acuerdo con los criterios del IP, quedando siempre referido tal valor a la fecha de fallecimiento del causante. En todo caso la determinación del valor de las participaciones se efectúa mediante las reglas del citado art. 16 de la Ley del IP, aun- que se trate de entidades cotizadas, siendo su valor el valor teórico contable y no el de cotización.

que, con relación al total del caudal hereditario, le corresponda en las deudas y gastos deducibles, siguiendo el criterio establecido en la Resolución 2/1999. En efecto, una vez determinado el valor de las participaciones susceptible de reducción, y antes de aplicar el porcentaje, dicho valor debe minorarse en la parte proporcional que, con relación al total caudal relicto, corresponda a las participaciones incluidas en el mismo. Por último, sobre el valor resultante se aplicará el porcentaje del 95%, obteniéndose de este modo el importe de la reducción aplicable.

A la hora de precisar quienes tienen la consideración de beneficiarios de la reducción, los criterios que deben ser adoptados son los siguientes. La adquisición *mortis causa* ha de realizarse por el cónyuge, descendientes o adoptados del causante. Y, no existiendo descendientes o adoptados, dicha adquisición podrá ser efectuada por ascendientes, adoptantes y colaterales hasta el tercer grado⁴⁶. Ahora bien no es suficiente con que no sean llamados a la sucesión, sino que se exige además que no haya descendientes ni adoptados. Por lo que respecta al cónyuge supérstite es indiferente que exista o no en aras de que puedan beneficiarse aquellos parientes del fallecido.

Por otra parte, y al amparo del criterio establecido por la Resolución 2/1999, ha de precisarse que en aquellas adquisiciones que deriven de legado u otras asignaciones particulares o concretas del causante debe concurrir en el adquirente los requisitos de parentesco anteriormente reseñados. Y, por lo que respecta a las adquisiciones derivadas de institución de heredero o a título universal, la reducción se aplica exclusivamente al heredero o herederos en que concurren las circunstancias de parentesco con el causante y en la proporción que les corresponda de acuerdo con el título sucesorio, al margen de quien resulte ser el adjudicatario en la partición.

El adquirente ha de mantener la adquisición durante los diez años siguientes a la fecha de fallecimiento del causante salvo que, a su vez, aquél falleciese dentro de tal plazo. Cuando el precepto habla de que se mantenga la adquisición durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante (adquisición ligada por otra parte a una reducción del 95% del valor de la misma), no se está refiriendo únicamente al mantenimiento de la participación en un porcentaje suficiente para poder gozar de la exención en el IP. Para esto hubiese bastado con haber incluido la frase “siempre que el adquirente mantenga su porcentaje de participación” o, sencillamente, la expresión “siempre que el adquirente mantenga su participación”.

Por el contrario creemos que el mantenimiento de la participación está haciendo referencia a que se mantenga el valor de la misma, prohibiéndose al efecto la realización de actos de disposición y operaciones societarias que, directa o indirectamente, puedan originar una minoración sustancial del valor de la adquisición. No se exige sin embargo que los causahabientes gocen con posterioridad a la adquisición de la exención en su correspondiente IP, a diferencia de lo que sucede en el supuesto de adquisición *inter vivos*, donde

⁴⁶ Recuérdese que esta novedad fue introducida por la Ley 66/1997 a partir del 1 de enero de 1998.

este requisito sí que resulta exigible⁴⁷. En todo caso el incumplimiento del requisito de permanencia determina el pago del Impuesto dejado de ingresar por la reducción en base imponible practicada, con el abono de los correspondientes intereses de demora.

¿Qué sucede en aquellos supuestos de reducción de capital social con devolución de aportaciones? A nuestro juicio en estos casos no tiene por qué perderse la reducción practicada si, una vez realizada la operación societaria, el valor contable de las acciones continúa siendo superior al existente en el momento de la adquisición hereditaria, manteniéndose el valor de ésta.

Por otra parte estimamos que el requisito de la permanencia de la adquisición establecido en el art. 20.2.c) de la Ley 29/1987 implica que el adquirente ha de mantener el valor de adquisición durante diez años. Por tanto, siempre que esto sea así, el hecho de que el sujeto pasivo aporte, por ejemplo, la totalidad de sus participaciones en una sociedad limitada en la que tenga un 15,17% a otra sociedad limitada unipersonal, no constituiría obstáculo alguno para el mantenimiento de la reducción practicada en su día en el Impuesto sucesorio derivada de la adquisición *mortis causa* de los valores mobiliarios.

Finalmente hemos de aludir a la prohibición existente en relación con determinados actos de disposición y operaciones societarias que, directa o indirectamente, puedan dar lugar a una minoración sustancial del valor de la adquisición. Refiriéndose a esta circunstancia afirma la DGT en el Apartado 1.3.f) de su Resolución 2/1999 que *"(...) No puede atenderse a alguna petición recibida en el sentido de elaborar una lista de las actuaciones prohibidas por la ley, sino que debe analizarse cada supuesto que se plantee. Con respecto a uno de los más frecuentes, cual es el caso en que los órganos de administración de las entidades en que participa el causahabiente realizan una serie de operaciones societarias acogidas al régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores, resultando de las mismas que, manteniendo el valor de la adquisición, la titularidad se ostenta, no de las acciones heredadas sino de las recibidas a cambio de las mismas, si el valor de la adquisición se conserva y se cumplen los demás requisitos previstos en el art. 20 de la Ley del ISD, el causahabiente no perdería la reducción practicada"*.⁴⁸

Analicemos por ejemplo la práctica consistente en aportar las participaciones o la propia empresa individual de cara a la constitución de una nueva entidad o como medio que permita constituir un determinado grupo de empresas. A través de numerosas contestaciones a Consultas (caso por ejemplo de las de 3 de junio y 8 de septiembre de 1998 o de la de 5 de julio de 2001) la línea interpretativa adoptada por la DGT ha sido la de respal-

⁴⁷ Téngase presente además que, en el caso de adquisición de participaciones en entidades, mientras el mantenimiento de la titularidad de las mismas depende del propio sujeto pasivo, no sucede lo mismo con el valor de lo adquirido. Y es que si no se dispone de un fuerte poder decisorio en la sociedad correspondiente podrán producirse determinadas operaciones que afecten a dicho valor y que escapen a su control, las cuales deben ser analizadas de forma casuística con la finalidad de precisar si tiene lugar o no en ellas una efectiva disminución.

⁴⁸ Véanse en este mismo sentido las Consultas de la DGT de 30 de septiembre de 1998 y de 19 de abril de 1999. Recuérdese además que la prohibición fue establecida, con efectos desde el 1 de enero de 1997, por el art. 9 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre.

dar estas actuaciones, en tanto en cuanto no tiene lugar una efectiva disminución del valor de las mismas. De lo que se trata es de proteger el valor de la adquisición, de manera tal que si se conserva el título y dicha cuantificación en las participaciones en entidades, se puede dar cabida a ciertas operaciones societarias de fusión o canje de activos que no supongan en ningún caso una disminución del mismo.⁴⁹

En esta línea, señala por ejemplo la DGT en contestación a Consulta de 26 de enero de 2006 que la reducción de la base imponible en la adquisición *mortis causa* de participaciones de una sociedad no se pierde por la escisión de ésta. Así, si se mantiene el valor de lo adquirido en este supuesto materializado en otras sociedades que sustituyen a la inicialmente adquirida, no hay incumplimiento del requisito de permanencia por lo que, en consecuencia, se mantiene el derecho a la reducción de la base del ISD.

Al margen de estos supuestos relativos a operaciones societarias acogidas al régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores (siempre que, como resultado de las mismas, se mantenga el valor de adquisición), otras operaciones admitidas por la DGT han sido, por ejemplo, las enajenaciones onerosas de acciones por las que se hubiera disfrutado de la reducción reinvirtiéndose su importe de manera inmediata en acciones de otra entidad mediante canje o suscripción en aumento de capital (Consulta de 25 de marzo de 2002), las operaciones de canje de las participaciones adquiridas por títulos de una nueva sociedad "holding" siempre que se mantenga el valor (Consultas de 30 de septiembre de 1999 y de 30 de enero, 9 de abril y 21 de mayo de 2001⁵⁰) o las reducciones de capital con devolución de aportaciones manteniéndose un valor teórico contable superior al valor teórico de las acciones en el momento de la adquisición.⁵¹

Por lo que respecta a los requisitos exigidos al causante éste debe gozar, con carácter general, de exención en el IP para que los herederos puedan tener derecho a la reducción, siendo el art. 4.octavo.Dos de la Ley 19/1991 (desarrollado por los arts. 4 a 6 del Real Decreto 1704/1999), el encargado de establecer los requisitos que han de reunir las "participaciones en entidades" para quedar exentas en el IP.

⁴⁹ Coincidimos en este sentido con NAVARRO EGEA, M., *Incentivos fiscales a la pequeña y mediana empresa*, ob. cit., pág. 82, cuando afirma que "el cambio de la titularidad de las participaciones heredadas por las recibidas en el canje de títulos derivado de las operaciones mencionadas (se está refiriendo la autora a las operaciones societarias de fusión o canje de activos que no supongan nunca una disminución del mismo) no implica una alteración en el valor de la adquisición, por lo que cumpliéndose los demás requisitos del art. 20 de la LISD no se perderá la reducción practicada en su momento".

⁵⁰ En esta Consulta de 21 de mayo de 2001 se planteaba concretamente un supuesto de escisión de participaciones obtenidas por dos hermanos de la primitiva sociedad familiar con la finalidad de proceder a la creación de otra nueva y, posteriormente, efectuar un canje de valores y constituir una sociedad *holding* que ostentaría el 100% de la sociedad familiar y de la escindida. Pues bien la DGT terminó por considerar que en todos estos supuestos se mantenía el valor de adquisición obtenido en un principio, lo que determina que no se pierda la reducción del 95%.

⁵¹ Una especial trascendencia adquieren aquellas operaciones entre herederos que no determinan la pérdida de la reducción. Nos referimos por ejemplo a las transmisiones efectuadas dentro del grupo de herederos universales del causante, admitidas siempre que la participación no hubiera sido objeto de una asignación particular por el causante a favor exclusivo de un sucesor, no saliendo el bien del círculo de sucesores que gozan de la reducción (Consultas de 12 de mayo de 2000 y de 12 de diciembre de 2001).

En primer término, y por lo que a la entidad participada se refiere, resulta indiferente que la misma cotice o no en mercados organizados. Lo que si es necesario es que la entidad participada realice de manera efectiva una actividad económica, cuestión esta que ha de ser delimitada de acuerdo con la normativa del IS relativa a las sociedades patrimoniales.

Así las cosas, su actividad principal no podrá ser la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario⁵². Y de acuerdo con lo establecido en el art. 61 del TRLIS se entiende que una entidad no gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario y que, por tanto, realiza una actividad empresarial cuando dicha entidad no reúne las condiciones necesarias para considerar que más de la mitad de su activo está constituido por valores o que es de mera tenencia de bienes, si bien con una excepción de especial importancia para el caso de las denominadas sociedades "holding".

En definitiva, el objetivo que parece perseguir el legislador de cara a la aplicación de la exención es que la entidad cuyas participaciones puedan resultar exentas realice de manera efectiva una actividad empresarial y no de gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. No existe un concepto preestablecido en la Ley de lo que se ha de entender por "gestión". Sin embargo, su delimitación parece desprenderse de la equiparación efectuada expresamente por la norma con la actividad de aquellas entidades cuyo activo quede integrado en más de la mitad por valores o que sean susceptibles de calificarse como de mera tenencia de valores.

La participación mayoritaria de valores en el activo de una sociedad constituye una circunstancia objetiva que no precisa de mayor aclaración. Y, por lo que respecta al carácter de "sociedad de mera tenencia de bienes", el mismo resulta predicable, al amparo de lo dispuesto en el apartado primero del precepto antes reseñado, de aquellas sociedades en las que más de la mitad de su activo no esté afecto a actividades empresariales o profesionales.

A efectos de determinar la parte del activo que está constituida por valores o elementos patrimoniales no afectos son varios los valores o elementos que no han de ser computados. En primer lugar, los valores poseídos para dar cumplimiento a obligaciones legales. En segundo término, aquellos valores que incorporen derechos de crédito nacidos de las relaciones contractuales establecidas como consecuencia del desarrollo de actividades económicas.

Tampoco deben computarse los valores poseídos por sociedades de valores como consecuencia del ejercicio de la actividad constitutiva de su objeto. Y lo mismo cabe indicar respecto de los valores o elementos patrimoniales cuyo precio de adquisición no supere el importe de los beneficios no distribuidos obtenidos por la entidad, siempre que dichos beneficios provengan de la realización de actividades económicas, con el límite del importe de los obtenidos tanto en el año en cuestión como en los últimos diez años anteriores.

⁵² Véase, entre otras, la contestación de la DGT a Consulta de 23 de enero de 2006, en la que se insiste en que las participaciones de una entidad dedicada a la gestión de valores mobiliarios no pueden quedar exentas del IP, condición necesaria para poder disfrutar de la reducción de la base del ISD.

No deben concurrir además en ningún caso los supuestos establecidos en el citado art. 61 del TRLIS, quedando por tanto excluidas de la reducción las participaciones en sociedades patrimoniales.

Por tanto, siempre que se cumpla el requisito indicado, podrá aplicarse la reducción, además de a las sociedades empresariales, a las sociedades profesionales y a aquellas otras que tengan por objeto la realización de actividades artísticas y deportivas⁵³. Pero insistimos en que no resulta posible aplicar la reducción a las entidades sometidas en el IS al régimen de sociedades patrimoniales, esto es, sociedades de mera tenencia de bienes y sociedades de cartera, a excepción de las “holding”.

Las participaciones en estas sociedades “holding” o matrices podrán gozar de la reducción siempre y cuando se cumplan diversas condiciones. En primer término, los valores de los que resulte titular la entidad deben otorgar, al menos, el 5% de los derechos de voto en las entidades participadas. Estas entidades no pueden tener además la consideración de sociedades patrimoniales en el IS. Por último, los valores deben poseerse con la finalidad de dirigir y gestionar la participación, disponiendo al efecto de la correspondiente organización de medios materiales y personales.⁵⁴

Tal y como tendremos ocasión de analizar, la reducción se aplica en la medida y proporción en la que las participaciones resultan exentas en el IP. De este modo lo primero que habremos de precisar es si la entidad en cuestión reúne o no los requisitos necesarios para gozar de la exención, aunque sea de manera limitada o parcial. Y será posteriormente cuando deba determinarse el alcance de la exención, que únicamente se extenderá a la parte que corresponda a la proporción existente entre los activos afectos al ejercicio de una actividad económica (minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma) y el valor del patrimonio neto de la entidad.⁵⁵

¿Cuáles son los requisitos exigibles a la participación? Ante todo ha de entenderse por “participación”, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 4.1 del Real Decreto 1704/1999, la titularidad en el capital o patrimonio de una entidad cualquiera que sea la forma en que se represente (participaciones sociales, acciones u otras).

Ahora bien, es imprescindible que la entidad disponga de personalidad jurídica propia y que tenga la consideración de sujeto pasivo del IS. De este modo podrá aplicarse la reducción, entre otras, a las sociedades mercantiles (se encuentren o no sus participaciones negociadas en mercados organizados), a las sociedades cooperativas o a las sociedades agrarias de transformación. En cambio, no resulta de aplicación la reducción en los supuestos de sociedades civiles (a excepción de las citadas sociedades agrarias de transformación), participaciones en comunidades de bienes, herencias yacentes, sociedades irregulares y demás entes sin personalidad sujetos al régimen de atribución de rentas (que gozan

⁵³ Recuérdese que estas dos últimas sociedades quedaban excluidas hasta el 1 de enero de 2003.

⁵⁴ Véanse a este respecto las contestaciones de la DGT a Consultas de 30 de enero, 9 de abril, 21 de mayo y 12 de julio de 2001.

en su caso, tal y como hemos analizado, de la reducción por empresa individual) e instituciones de inversión colectiva.

La participación del causante en el capital de la entidad ha de ser, a la fecha de su fallecimiento de, al menos, el 5% computado de forma individual⁵⁶, o del 20% conjuntamente con su cónyuge, ascendientes, adoptantes, descendientes del mismo o adoptados y colaterales hasta el segundo grado, tanto por consanguinidad como por afinidad. Esta referencia al grupo de parentesco fue introducida con efectos desde el 1 de enero de 1997 en el art. 4.octavo.Dos c) de la Ley 19/1991 por la Ley 13/1996.

En aquellos casos de participaciones en entidades de naturaleza ganancial pero de titularidad exclusiva de uno de los cónyuges, correspondiendo el ejercicio de los derechos sociales a uno de ellos (el titular formal), estimamos que son de aplicación los siguientes criterios, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 7 de la Ley del IP. Si la participación fuese de carácter ganancial el cómputo individual de la participación del causante habría de hacerse de la mitad de la participación ganancial, a pesar de que el causante pudiera ostentar la titularidad formal de las mismas para el ejercicio de los derechos sociales. Y si el causante no alcanzara de forma individual el porcentaje exigido del 5% habría que precisar si entre el causante, su cónyuge y demás parientes puede llegar a alcanzarse el porcentaje mínimo del 20% exigido para el grupo familiar. Si así fuere se entendería cumplido el requisito de participación, pero no cuando entre ambos y con los restantes parientes no se alcance el mínimo exigido para el grupo familiar.⁵⁷

No se tienen en cuenta, a efectos del cómputo del porcentaje de participación, las participaciones que puedan detentarse de manera indirecta a través de sociedades interpuestas sobre las que se tenga el control.⁵⁸

Por lo que respecta al titular de las participaciones, se requiere en primer término que el sujeto pasivo hubiera ejercido efectivamente funciones de dirección en el seno de la entidad. Ciertamente el "ejercicio de funciones de dirección" constituye una noción de carácter fáctico, no jurídica, que parece hacer referencia a una efectiva intervención en la gestión de la entidad⁵⁹. Procedemos en este sentido a continuación a realizar un conjunto de matizaciones al respecto.

⁵⁵ Téngase presente por otra parte que, de acuerdo con el criterio adoptado en la Resolución 2/1999, para poder apreciar la exención en el IP debemos atender a la fecha de fallecimiento del causante.

⁵⁶ Recuérdese que hasta el 31 de diciembre de 2002 el porcentaje era del 15%.

⁵⁷ Ni que decir tiene que el concepto de grupo familiar, a efectos de aplicación de la reducción, se refiere siempre al causante y no a los sujetos pasivos.

⁵⁸ En esta línea la autocartera resulta excluida del cómputo a efectos de determinar el porcentaje de participación en la entidad. Sí se incluyen en cambio las llamadas acciones o participaciones sin voto (Véase contestación a Consulta de la DGT de 2 de junio de 1997).

⁵⁹ Así, por ejemplo, señala la DGT en contestación a Consulta de 31 de enero de 2006 que las funciones directivas son aquéllas que impliquen la realización efectiva de la dirección de la empresa, específicamente la dirección del "día a día" de la sociedad.

No es imprescindible que se forme parte del órgano de administración. En efecto, también pueden ejercer funciones de dirección los vinculados a la entidad por contrato especial de directivos o incluso por contrato laboral ordinario, siempre que verdaderamente intervengan en la gestión o dirección de la entidad y que ello pueda acreditarse. En los casos de órgano de administración unipersonal (administrador único) o pluripersonal no colegiado (administradores solidarios o mancomunados), suele establecerse *de facto* una presunción de ejercicio de funciones de dirección. Y lo mismo sucede en aquellos supuestos de pertenencia al órgano de administración colegiado (Consejo de Administración), si bien ello debe conllevar siempre una efectiva intervención en las decisiones de la empresa.

En líneas generales el requisito de funciones de dirección tiende a ponderarse de manera diferente según la forma individual o conjunta (con el grupo familiar) del requisito de porcentaje de participación en la entidad. Así, por ejemplo, en el caso de cómputo individual de la participación el ejercicio de funciones de dirección debe cumplirse necesariamente en el causante. Y en los supuestos de cómputo conjunto con el grupo familiar de la participación, el ejercicio de funciones de dirección se cumple en al menos uno de los integrantes del "grupo familiar".

A estos efectos entiende el art. 5.1.d) de la Ley por "funciones de dirección" los cargos de: presidente, director general, gerente, administrador, directores de departamento, consejeros y miembros del consejo de administración u órgano de administración equivalente. Por las funciones de dirección ejercidas en la entidad el sujeto pasivo debe haber percibido una remuneración que represente más del 50% de la totalidad de sus rendimientos empresariales, profesionales y del trabajo personal. Ahora bien si la participación en la entidad resultase ser conjunta con alguna o algunas de las personas anteriormente indicadas (cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales del segundo grado), las funciones de dirección y las remuneraciones derivadas de la misma habrían de cumplirse en, al menos, una de las personas del grupo de parentesco, sin perjuicio de que el cónyuge, descendientes y adoptados de todas ellas tengan derecho al disfrute de la deducción.

Este concepto relativo a que la retribución que se perciba como consecuencia del ejercicio de funciones de dirección represente más del 50% de la totalidad de los rendimientos del trabajo y de actividades económicas es distinto del de "principal fuente de renta" que se aplica en relación con la empresa o negocio. Porque mientras el concepto de "principal fuente de renta" se proyecta sobre la total base imponible en el IRPF, el de "participaciones en entidades" resulta exclusivamente de aplicación sobre el conjunto de rendimientos del trabajo y de actividades económicas, excluidos los rendimientos del capital inmobiliario, mobiliario, las alteraciones patrimoniales y los regímenes de imputación de renta.

Desde nuestro punto de vista, este requisito no es sino una parte del concerniente al ejercicio de funciones de dirección. Es necesario que se ejerzan de manera efectiva funciones de dirección y que la retribución de las mismas constituya más de la mitad de sus rendimientos por los conceptos de rendimientos del trabajo y de actividades económicas.

Tal y como acabamos de señalar, la ponderación de este requisito tiene lugar de manera diferente según la forma individual o conjunta (esto es, con el grupo familiar), de cumpli-

miento del porcentaje de participación en la entidad. Y es que si bien en caso de cómputo individual de la participación el ejercicio de funciones de dirección y el porcentaje de más del 50% de la retribución debe cumplirse irremediablemente en el causante, en los supuestos de cómputo conjunto con el grupo familiar de la participación el ejercicio de funciones de dirección y el porcentaje de más del 50% de la retribución han de cumplirse en, al menos, uno de los integrantes de dicho grupo.

Este requisito del 50% de rendimientos del trabajo y actividades económicas debe referirse además, en caso de cómputo individual del porcentaje de participación, a los rendimientos obtenidos por el causante desde el 1 de enero hasta la fecha de su fallecimiento. Y en caso de cómputo conjunto de la participación con el grupo familiar (refiriéndose el requisito de ejercicio de funciones de dirección a otro miembro del grupo familiar distinto del causante), estará aludiendo al ejercicio inmediatamente anterior de su IRPF del miembro del grupo familiar que se pondere.⁶⁰

Si el cómputo del porcentaje de participación se realizase de forma individual, de nada serviría que un miembro distinto del causante ejercitara funciones de dirección y que la retribución percibida por ello representase más del 50% de sus rendimientos por actividades económicas y del trabajo. En cambio si se hubiese realizado de forma conjunta, este doble requisito relativo a la función de dirección y a la renta percibida podría cumplirse tanto en la persona del causante como en cualquiera de los restantes integrantes del grupo familiar.

Obsérvese en todo caso como, de acuerdo con esta posibilidad que brinda la normativa del IP para la aplicación de la exención, las funciones de dirección y las remuneraciones, a efectos del Impuesto sobre Sucesiones, pueden darse tanto en el causante como en una de las personas del círculo de parentesco, no perdiéndose en ambos casos la reducción. En efecto, tal y como precisa la DGT en contestación a Consulta de 22 de noviembre de 2005, la delimitación del grupo se ha de realizar en función de todos y cada uno de sus integrantes, sin que la norma determine que tuviera que realizarse en relación al que ejerza las funciones directivas y cumpla la condición de percibir los emolumentos que superen el 50% de dichos rendimientos.

Nótese además como el concepto de “grupo familiar” es relevante, no ya sólo a los efectos del porcentaje de participación, sino también para los requisitos de ejercicio de funciones de dirección y principal fuente de renta. Así deberá aplicarse a tales requisitos el criterio seguido para el porcentaje de participación en la entidad, de manera tal que si la participación del grupo familiar no alcanza el 20% pero el causante de forma individual llega al 5%, los requisitos de ejercicio de funciones de dirección y principal fuente de renta concurrirán necesariamente en el causante.

Puede suceder que un mismo sujeto pasivo participe directa y simultáneamente en varias entidades y que cada una de tales participaciones hubiese reunido los requisitos anterior-

⁶⁰ Véanse a este respecto las Consultas de la DGT de 18 de enero y 25 de abril de 2000. Por su parte, el TEAC tiene declarado en Resolución de 23 de noviembre de 2005 que dentro de este porcentaje del 50% de rendimientos del trabajo y de actividades económicas deben considerarse incluidas las pensiones de jubilación percibidas.

mente señalados. En este caso el cumplimiento de este último requisito habría de realizarse de forma separada para cada una de las entidades participadas. Y para el cálculo del porcentaje que represente la remuneración por las funciones de dirección ejercidas en cada una de las entidades participadas respecto de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y del trabajo personal, no se computarían entre estos últimos los derivados de las funciones de dirección en las otras entidades.⁶¹

Una última cuestión queremos analizar antes de concluir este punto: la relativa a la conciación del distinto devengo del ISD y del IP. El problema se plantea al hilo de la determinación de la exención en el IP a los efectos de aplicar la reducción en el ISD cuando el fallecimiento del causante tiene lugar en un día distinto al 31 de diciembre, no produciéndose por tanto el devengo en el primero de los tributos citados.

A priori son varias las soluciones que podrían ofrecerse en aras de clarificar esta cuestión. En primer lugar, entender que hay que referirse a las circunstancias del causante en la fecha del último devengo del IP, esto es, a 31 de diciembre del año anterior al del fallecimiento. Una segunda opción sería acudir al 31 de diciembre del ejercicio correspondiente a la muerte del causante como si se hubiese producido efectivamente el devengo en dicho momento. Finalmente, cabría considerar la fecha del devengo en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, refiriendo a ese mismo instante el cumplimiento de las exigencias contenidas en el art. 4.Ocho de la Ley del IP.

Analicemos la primera de las posibilidades planteadas. La opción de referirse a las circunstancias del causante o del donante en la fecha del último devengo del IP presenta la ventaja formal de su indudable simplicidad. No obstante, tal y como ha puesto de manifiesto CHECA GONZÁLEZ⁶², podría no resultar muy justa respecto a los fines perseguidos con el establecimiento del beneficio fiscal. Y es que, como bien señala el citado autor, *“Podría darse el caso de que en la fecha del óbito no se cumpliesen en absoluto las condiciones que generan el goce del mismo, aunque éstas sí se hubiese cumplido a 31 de diciembre del año anterior; y lo que debe buscarse es justamente que en el momento del deceso, no en un momento que pudiera estar temporalmente muy alejado del mismo, se den tales requisitos”*.⁶³

⁶¹ En efecto el Real Decreto 1704/1999 contiene una serie de reglas que vienen a regular la concurrencia en una misma persona de una pluralidad de supuestos de ejercicio individual de actividades económicas a través de empresa o negocio y de ejercicio de funciones de dirección en entidades. El objetivo de estas reglas no es otro que evitar que, como consecuencia de la interacción entre las mismas a efectos del cómputo de la renta, queden total o parcialmente excluidas de la exención todas o algunas de ellas. Dentro de las mismas, al margen del ya apuntado cómputo individualizado respecto de cada entidad excluyendo para el cómputo de rendimientos que se obtengan por ejercicio de funciones de dirección en una entidad los rendimientos obtenidos en otras entidades cuyas participaciones resulten igualmente exentas, cabe aludir a la regla de exclusión para el cómputo de los rendimientos de actividades económicas que se obtengan por una empresa individual o negocio profesional igualmente exentos en el IP.

⁶² CHECA GONZÁLEZ, C., *Las exenciones tributarias en el ordenamiento estatal*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 39.

⁶³ Estamos de acuerdo con esta apreciación. Es más, consideramos que podrían llegar a incumplirse los propios requisitos del art. 20 de la Ley del ISD ya que, si en el momento de la muerte o de la donación no se respetan los criterios del IP, se estaría obrando en contra del propio espíritu de la norma, que lo que pretende no es sino que tenga lugar en ese acto la transmisión de la empresa familiar.

La opción de acudir al 31 de diciembre del ejercicio correspondiente al fallecimiento del causante como si el devengo se produjera de manera efectiva en dicho momento se presenta muy complicada. Primero, porque nos hallaríamos ante un devengo ficticio, dado que a 31 de diciembre del año del deceso no se puede originar el nacimiento de la obligación tributaria en el IP a cargo del causante o donante; la razón es bien sencilla: los bienes no estarían a su nombre, al haber tenido lugar la transmisión de la titularidad anteriormente.

Y segundo porque si los herederos han accedido ya a la propiedad de los elementos patrimoniales a 31 de diciembre de dicho ejercicio, el transmitente no podrá tener a su nombre los mismos. En consecuencia ni desempeñará de manera habitual, personal y directa la actividad, ni ejercerá funciones de dirección en la entidad en el supuesto de que fuese él quien las viniera desarrollando.

Así las cosas, en relación con el período al cual ha de referirse la comparación de rentas exigida en el punto Dos del apartado octavo del art. 4 de la Ley 19/1991, cuando el fallecimiento del causante tenga lugar en una fecha distinta al 31 de diciembre, creemos que no será necesario esperar al 31 de diciembre (instante en el que se produce el devengo del IP correspondiente a ese año) para poder aplicar la reducción en otro impuesto diferente y de devengo instantáneo como el ISD.

Dado que las reducciones se aplican en la fecha del devengo del ISD, habiéndose cumplido en dicha fecha todos los requisitos legalmente exigidos para poder disfrutar de la exención en el IP, entendemos que podrán aplicarse las reducciones en el ISD. Dicho de otro modo, habrá que referir las obligaciones de la exención en el IP al momento del devengo en el ISD, y ello con independencia de que el 31 de diciembre anterior se tuviera o no derecho a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio. Actuaremos por tanto de manera ficticia como si en esa fecha se hubiese cerrado el ejercicio impositivo en el Impuesto patrimonial, comprobando entonces los elementos de la exención del art. 4.Ocho de la Ley del IP⁶⁴

Finalmente, en cuanto al requisito exigido por el legislador del IP en el art. 4.octavo.Dos de la Ley 19/1991 relativo a que el sujeto pasivo perciba por las funciones de dirección ejercidas una remuneración que represente más del 50% de la totalidad de sus rendimientos empresariales, profesionales y del trabajo personal, habrá que estar a los rendimientos percibidos durante el último período impositivo. Concretamente, y por lo que a los supuestos de sucesión *mortis causa* se refiere, atenderemos, en principio, al período

⁶⁴ La Resolución 2/1999 de la DGT opta por esta última alternativa al disponer en su Apartado 1.3.a) que, para las adquisiciones *mortis causa*, cuando el fallecimiento del causante ocurra en una fecha distinta al 31 de diciembre, habrá que atender al momento en que se produzca el devengo del Impuesto correspondiente a ese año para poder aplicar la reducción en otro Impuesto diferente y de devengo instantáneo. Señala concretamente el citado Centro Directivo que "(...) Dado que las reducciones se aplican en la fecha del devengo del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, si se cumplen en dicha fecha todos los requisitos exigidos para poder disfrutar de la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio, podrán aplicarse las reducciones en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. En conclusión hay que atender a la fecha del devengo del propio Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones para poder aplicar las reducciones, y ello con independencia de que el 31 de diciembre anterior se tuviera o no derecho a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio".

comprendido entre el primer día del año y la fecha de fallecimiento, que es el que coincide con el ejercicio impositivo del IRPF del causante.

¿Procedería la aplicación de la reducción en aquellos supuestos de adquisición *mortis causa* de acciones negociadas en mercados organizados en relación con los cuales el fallecimiento se hubiese producido en el año 1997, teniendo en cuenta que la exención en el IP es aplicable para impuestos devengados a partir de 31 de diciembre de 1997?

De acuerdo con lo establecido en el Apartado 1.3.b) de la Resolución 2/1999 hemos de entender que, en tanto en cuanto la redacción otorgada al art. 4.º Octavo de la Ley 19/1991 por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social entró en vigor el día 1 de enero de 1997, para fallecimientos ocurridos durante el año 1997, siempre que se hubieran cumplido la totalidad de los restantes requisitos previstos en el art. 20 de la Ley 29/1987, podrá aplicarse la reducción por adquisición de participaciones negociadas en mercados organizados.

¿Y sería de aplicación a los fallecimientos acaecidos en 1997 el cálculo del porcentaje de participación por grupo familiar establecido en el IP para aquellos impuestos devengados a partir del 31 de diciembre de 1997? Si tomamos en consideración lo establecido al respecto en el Apartado 1.3.c) de la Resolución 2/1999 habremos de concluir que, al igual que sucede en el supuesto anterior, la nueva redacción conferida al art. 4.º Octavo de la Ley del IP a partir del día 1 de enero de 1997 es de aplicación a los citados fallecimientos.

Recapitulando, el art. 20.2.c) de la Ley del ISD establece una reducción del 95% del valor de las participaciones a las que resulte de aplicación la exención contenida en el art. 4.º 8 de la Ley del IP, siempre y cuando se cumplan un conjunto de requisitos. En primer lugar, los derivados de la concurrencia de la exención en el IP, que afectan a la entidad, a la participación del causante en la misma, al ejercicio de funciones de dirección y al hecho de que la remuneración por tal concepto constituya la principal fuente de renta. Y en segundo término, respecto del sujeto pasivo, el consabido requisito de parentesco con el causante así como el mantenimiento de la adquisición.

5. Adquisición *mortis causa* de los derechos de usufructo de una empresa individual, negocio profesional o de participaciones en entidades.

Sabido es que los derechos reales de uso y disfrute constituyen una circunstancia bastante frecuente en el ámbito de la sucesión cuando está presente la figura del cónyuge viudo y que, inevitablemente, plantea el problema de su inclusión en el ámbito objetivo de la exención. En un primer momento, hasta la modificación del art. 20 de la Ley del ISD llevada a cabo por la Ley 66/1997, esta posibilidad no quedaba expresamente contemplada en la normativa, lo que impedía disponer de un criterio claro que permitiese aplicar la reducción en aquellos supuestos en los que se hereda un derecho de usufructo sobre los bienes (ya se trate de participaciones o de bienes que conformen una empresa familiar). Una situación distinta se planteaba en relación con la adquisición de la nuda propiedad, donde nada obstaculizaba la extensión a ella de la reducción, siempre y cuando se cumpliesen el conjunto de requisitos establecidos al efecto.

Con posterioridad, la redacción del art. 20.2.c) de la Ley del ISD facilitada por la Ley 66/1997 vino a indicar que el beneficio fiscal resultaba de aplicación al valor de los elementos patrimoniales “o *derechos de usufructo sobre los mismos*”. Ahora bien, tanto en el supuesto de obtención del derecho de usufructo por el cónyuge supérstite como en el de transmisión a los herederos de la nuda propiedad correspondiente al mismo y en el relativo a la consolidación del dominio cuando dicho cónyuge fallezca, era preciso que los bienes hubieran gozado del derecho al beneficio fiscal del art. 4.Ocho de la Ley del IP. De este modo, para la adquisición del usufructo debía cumplirse, en el primer y segundo caso, el citado requisito en la persona del causante cuyo cónyuge supérstite adquiere dicho derecho real, así como en la obtención de la nuda propiedad por parte de los herederos. Y, en los supuestos de consolidación del dominio, dicha situación había de producirse en la persona del viudo.

Dispone a este respecto el Apartado 1.1.d) de la Resolución de la DGT 2/1999 que *“Si la reducción a que puedan tener derecho los nudos propietarios, como sujetos pasivos, no pudiera ser efectivamente aplicada por insuficiencia de base imponible, será posible trasladar el resto no imputado a la liquidación procedente por la consolidación del dominio, en aplicación de lo que se establece en el art. 51.2 del Reglamento del ISD”*.

Como se recordará en relación con este punto fue modificado, con efectos desde el 1 de enero de 2003, el art. 20.1.c) de la Ley 29/1987, quedando este apartado redactado de la siguiente manera: *“(…) c) En los casos en los que en la base imponible de una adquisición mortis causa que corresponda a los cónyuges, descendientes o adoptados de la persona fallecida, estuviese incluido el valor de una empresa individual, de un negocio profesional o participaciones en entidades, a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del art. 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del IP, o el valor de derechos de usufructo sobre los mismos, o de derechos económicos derivados de la extinción de dicho usufructo, siempre que con motivo del fallecimiento se consolidara el pleno dominio en el cónyuge, descendientes o adoptados, o percibieran éstos los derechos debidos a la finalización de usufructo en forma de participaciones en la empresa, negocio o entidad afectada, para obtener la base liquidable se aplicará en la imponible, con independencia de las reducciones que procedan con arreglo a los apartados anteriores, otra del 95% del mencionado valor, siempre que la adquisición se mantenga durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciera el adquirente dentro de ese plazo”*.

A priori, la ubicación de este inciso podría dar lugar a dos interpretaciones contrapuestas. De una parte, estimar que se refiere a una empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades a los que resulta aplicable la exención en el IP y de los que se recibe el usufructo o se consolida el dominio, si bien entendiéndose que deben cumplir con dicha exención. Y, de otra, considerar que la norma se refiere a dicha empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades, pero sin que les afecte la condición del impuesto patrimonial. Esta segunda línea interpretativa vendría avalada por una argumentación gramatical: la presencia de la conjunción disyuntiva “o”. De este modo se admitiría la reducción en el ISD para la consolidación del dominio, obviándose el requisito del art. 4.octavo de la Ley del IP y adquiriéndose los bienes del usufructuario fallecido.

Pues bien, dos han sido las modificaciones introducidas al efecto. En primer lugar, donde se aludía a “derechos de usufructo” se habla ahora de “valor de derechos de usufructo”. Y, en segundo término, se introdujo un nuevo caso generador de beneficio, como es el relativo a los derechos económicos derivados de la extinción de un usufructo, siempre que con motivo del fallecimiento se consolide el pleno dominio en el cónyuge, descendientes o adoptados, o perciban éstos los derechos debidos a la finalización del usufructo en forma de participaciones en la empresa, negocio o entidad afectada.

Analicemos en primer término la sustitución de la expresión “derecho de usufructo” por la de “valor del derecho de usufructo”. En principio podría considerarse que dicha sustitución constituye una ampliación del supuesto ya que, mientras el sustantivo “derecho” remite necesariamente a la configuración jurídica del correspondiente instituto, la expresión “valor del derecho” nos ofrece una acepción de carácter más económico o, cuanto menos, más patrimonial. En esta acepción tendría cabida desde lo que jurídicamente representa la adquisición de un derecho de usufructo hasta otras situaciones equivalentes desde un punto de vista patrimonial.

Ahora bien, la realidad es que la modificación operada no presenta un objetivo o una finalidad clara. Es más, a la luz del conjunto de los trabajos y de los documentos utilizados en la elaboración de la reforma podría llegar a considerarse que el texto legal resultó modificado por una simple cuestión de técnica legislativa. Piénsese que al hablar de “valor del derecho de usufructo” se estaba poniendo este punto en armonía con el resto del apartado, en el que se relacionan los distintos supuestos privilegiados en función de su inclusión en la base imponible del ISD. Porque lo que se incluye en la base imponible del impuesto son siempre valores, no derechos.

En nuestra opinión, sin embargo, la esencia que subyacía bajo la tramitación de esta reforma iba más allá de todo lo anterior. Procedemos a continuación a tratar de razonar la eficacia de la modificación operada, para lo cual distinguiremos cuatro situaciones distintas sobre las que, en teoría, podría proyectarse dicha modificación.

Una primera situación sería aquella en la que el fallecido tuviera la plena propiedad de bienes que gozasen de la exención en el IP. En este primer supuesto, con independencia de que sus causahabientes adquirieran los bienes en plena propiedad, nuda propiedad o usufructo, todos ellos podrían aplicar la reducción en el ISD. Téngase presente a este respecto que, a pesar de que el usufructo de participaciones no permite la exención en el IP, la adquisición sucesoria de esta clase de derechos sí que se encuentra bonificada. No parece por tanto que la modificación normativa objeto de análisis incida sobre este primer supuesto.

Una segunda situación distinta a la originada por la adquisición de bienes que pertenezcan en plena propiedad al fallecido es la que plantea la “herencia” de un usufructo de carácter temporal que el causante tuviera sobre bienes empresariales. En relación con este segundo caso cabe reseñar que, aunque civilmente la citada modalidad de derecho pueda ser objeto de herencia, fiscalmente la reducción en el ISD no resultará posible. Y es que al

tener el fallecido el derecho de usufructo sobre una empresa o sobre sus participaciones, la exención en el IP no podría disfrutarla ya que, como es sabido, en caso de dominio escindido este beneficio se reserva exclusivamente para el nudo propietario. Así las cosas, el presente régimen fiscal no se vería modificado por la nueva normativa.

Analicemos a continuación la incidencia de la reforma normativa en los supuestos de consolidación de dominio. Siendo una de las condiciones necesarias para obtener la reducción en el ISD que exista una adquisición *mortis causa*, ¿podría estimarse que la consolidación del dominio equivale a la adquisición del “valor de derechos de usufructo”?

Desde un punto de vista civil la admisión de la citada posibilidad se presenta complicada, en tanto en cuanto la consolidación no es sino un efecto de la extinción del usufructo causada a su vez por la muerte del usufructuario. En efecto, una vez producida la muerte del usufructuario tiene lugar la extinción del derecho y no su “transmisión” a quien era nudo propietario. Y si por no haber transmisión no hay adquisición del derecho, parece difícil que pueda cumplirse el presupuesto del beneficio fiscal consistente en una “adquisición sucesoria”.

Desde un punto de vista fiscal la adquisición sucesoria que se ha de tomar en consideración es la de la plena propiedad de los bienes, estructurada en dos liquidaciones distintas. Y ni cabe la posibilidad de estimar que la consolidación constituye un hecho imponible autónomo, ni existe norma alguna que regule la liquidación que procedería en la consolidación cuando no tuvo lugar liquidación alguna por la nuda propiedad⁶⁵. En definitiva, tampoco en este caso la modificación legal operada termina por otorgar rango legal a una práctica gestora habitual.

Dada esta situación, creemos que la eficacia de la modificación legal podría proyectarse por ejemplo sobre aquellas situaciones en las que, no habiéndose liquidado en su momento la adquisición de la nuda propiedad, se procediese a liquidar posteriormente la consolidación. También podría suceder que en el momento en el que se produjo la desmembración del dominio no se tuviera derecho a las reducciones empresariales al no existir el beneficio hasta 1996.

Estimamos en consecuencia que la modificación de la norma debe proyectarse sobre este último grupo de supuestos, caracterizados por la existencia de una consolidación de la plena propiedad cuando no ha habido aplicación de beneficios fiscales en la primera liquidación que debió realizarse por la nuda propiedad y el usufructo.

Nótese que en este último caso, a diferencia de lo que sucede en la tercera situación, no queda subsumida fiscalmente la operación de consolidación en la figura de la adquisición sucesoria de la plena propiedad. Civilmente no se produce adquisición autónoma de dere-

⁶⁵ Dentro de sistema teórico de liquidación del ISD no parece que pueda tener cabida la consolidación entendida como adquisición sucesoria. Su eventual autonomía queda absorbida por la consideración fiscal de una adquisición mayor, como es la de la plena propiedad. Cuestión distinta sería la consolidación de la plena propiedad sin haberse liquidado la nuda propiedad.

cho alguno. Y fiscalmente se origina un incremento patrimonial liquidable. El *quantum* de ese mayor valor es, precisamente, el valor correspondiente al derecho de usufructo que se extingue.

Por otra parte esta última interpretación encaja con la aplicación del requisito de mantenimiento durante un plazo de diez años de lo adquirido ya que, como fiscalmente la consolidación resulta equiparada a una adquisición, parece lógico exigir durante diez años, a partir de esa adquisición, el mantenimiento de los bienes sobre los que se proyecta el usufructo.

Ha de reconocerse no obstante que esta interpretación puede llegar a favorecer a quien no cumplió correctamente sus obligaciones tributarias con motivo del desmembramiento de la propiedad. E incluso en relación con aquellos otros casos en los que se diere el beneficio a quien consolida la propiedad desmembrada antes de 1996, la aplicación de la norma podría llegar a plantear problemas de retroactividad que, sin duda alguna, exigirían una mayor claridad en su redacción.

Por lo que respecta al nuevo caso generador de beneficio introducido tras la reforma, relativo a los derechos económicos derivados de la extinción de un usufructo siempre que con motivo del fallecimiento se consolidara el pleno dominio en el cónyuge, descendientes o adoptados, o percibieran estos los derechos debidos a la finalización del usufructo en forma de participaciones en la empresa, negocio o entidad afectada, son varias las consideraciones que pueden efectuarse.

Una de las modificaciones más importantes introducidas en el art. 20.2 de la Ley es, en efecto, aquella que extiende la reducción del 95% a los casos en los que en la base imponible de una adquisición *mortis causa* que corresponda a los cónyuges, descendientes o adoptados de la persona fallecida, estuviese incluido el valor de derechos económicos derivados de la extinción de un usufructo sobre una empresa individual, negocio profesional o participaciones societarias exentos en el IP. Para ello resulta exigible que, con motivo del fallecimiento, se hubiere consolidado el pleno dominio en el cónyuge, descendientes o adoptados, o que estos hubieran percibido los derechos debidos a la finalización del usufructo en forma de participaciones en la empresa, negocio o entidad afectada.

A la hora de analizar esta situación hemos de referirnos necesariamente a la contestación otorgada por la DGT a la Consulta de 28 de agosto de 2001, en la que precisamente se negaba la reducción a unos supuestos que, sin embargo, a partir del 1 de enero de 2003 tienen derecho a la misma. La cuestión consultada era, concretamente, si el derecho atribuido al usufructuario en el art. 68.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA) ha de gozar o no de la correspondiente reducción. La DGT resolvió al respecto negando la reducción al derecho de crédito que el heredero de un usufructuario de acciones tenía frente al nudo propietario. Fundamentaba este Centro Directivo su negativa en el hecho de que la reducción presentaba como condición *sine qua non* para su aplicación la previa exención de las participaciones en el IPY, en tanto en cuanto el causante usufructuario no la tenía, su heredero no podía gozar de la reducción en el ISD.

¿Persigue la norma atribuir la reducción a este tipo de derechos? *A priori* podría estimarse esta posibilidad. Sin embargo, la singularidad del supuesto de hecho mercantil planteado en la citada Consulta nos obliga a tomar en consideración distintos elementos que, a nuestro juicio, deben ser objeto de estudio en aras de poder clarificar la cuestión formulada.

En primer lugar hemos de referirnos a los derechos derivados de la extinción de todo usufructo. Puesto que el elemento objetivo de la reducción viene determinado por los derechos económicos derivados de la extinción de un derecho de usufructo, habremos de precisar cuando la extinción de un usufructo origina derechos económicos gravables por el ISD.

Tomemos por ejemplo el caso del art. 68 del TRLSA, al que se refiere el supuesto planteado en la Consulta de 28 de agosto de 2001. En dicho precepto se recoge el derecho del usufructuario a exigir del nudo propietario, una vez finalizado el usufructo, el incremento de valor experimentado por las acciones usufructuadas que corresponda a los beneficios propios de la explotación de la sociedad integrados durante el usufructo en las reservas expresas que figuren en el balance de la sociedad.

Ninguna duda plantea la transmisibilidad *mortis causa* de este tipo de derecho. En cuanto al nudo propietario éste podrá pagar, de conformidad con lo establecido en el art. 71 del citado cuerpo legal, en metálico o en acciones de la misma clase que las que hubieran estado sujetas a usufructo.⁶⁶

El régimen establecido para el usufructo de acciones se extiende igualmente a las participaciones en sociedades limitadas. En este caso la obligación de compensación existe salvo disposición en contrario del título constitutivo del usufructo. Y no se prevé la opción de que el nudo propietario pague entregando participaciones.

Pues bien, una vez analizado el régimen de la extinción del usufructo de acciones y participaciones, por lo que respecta al resto de los bienes, y salvo normativas específicas, habremos de estar a lo dispuesto en el Código Civil o, en su caso, en la normativa civil autonómica.

⁶⁶ Sabido es que el usufructo de acciones confiere al usufructuario el derecho al cobro de los dividendos acordados por la sociedad durante el período de usufructo. El resto de los derechos derivados de la acción corresponden al nudo propietario, que es quien detenta la condición de socio. Una vez solucionado el silencio de la ley mercantil anterior, la actual da respuesta a la situación en la que el usufructuario ve vaciado su derecho al no repartir la sociedad dividendos por los beneficios obtenidos. La solución establecida, equivalente al derecho que igualmente le asiste en la liquidación de la sociedad, es la posibilidad de exigir al nudo propietario (no a la entidad) una compensación equivalente a los beneficios no distribuidos durante la pendencia del derecho. La obligación a cargo del nudo propietario queda justificada desde un punto de vista económico o patrimonial en el hecho de que el no reparto de dividendos supone un mayor valor teórico o bursátil de sus acciones, así como en el dato de que dicho valor se nutre del que tengan los beneficios de la sociedad que, por no distribuirse, no se perciben por quien de acuerdo con la normativa tendría derecho a ello existiendo un usufructo (el usufructuario). Ahora bien, al margen de lo anterior, conviene tener igualmente presente que la carga a la que se somete al nudo propietario es de una importancia considerable. La normativa mercantil no limita la obligación a los casos en que el no reparto de beneficios resulte debido a una conducta negligente o dolosa del nudo propietario, como pueda ser por ejemplo hacer valer su posición dominante en la Junta. En determinados casos la compensación podría tener un mayor sentido. Sin embargo su ampliación a todo supuesto (que es lo que hace la normativa mercantil) no parece siempre justificable.

En relación con el negocio individual conviene tener presente que el Código Civil considera frutos civiles en sus arts. 474 y 475, frente a los “naturales”, el goce de los beneficios de una explotación, los cuales se entienden percibidos día por día, perteneciendo al usufructuario en proporción al tiempo que dure el usufructo. Sin embargo no regula el nacimiento de ningún derecho económico como consecuencia de la extinción de dicho usufructo. Y tampoco contiene ninguna referencia en relación con la posibilidad de satisfacer dicho derecho en especie.

Se plantea además en este caso una diferencia considerable respecto del régimen mercantil. Y es que si el usufructuario de las acciones viese insatisfecho su derecho a los dividendos, no dispondría de ninguna acción frente a la sociedad que pudiera repartirlos. De hecho ha sido precisa una reforma mercantil para poder resarcirle en el citado supuesto a costa del nudo propietario. En cambio, en el caso del usufructo de negocio, quien ha de facilitar el cobro de los frutos es precisamente el nudo propietario, siendo los recursos civiles susceptibles de emplearse muy distintos a los de la ley mercantil.

En suma, como el derecho que pueda imputarse al usufructuario de un negocio a percibir los rendimientos no “deriva” de la extinción de tal derecho, produciéndose además una notable diferencia jurídica con el supuesto de la TRLSA, podría concluirse que en estos casos no existe derecho a la reducción.

De cualquier manera creemos que habrá que estar en cada caso a la interpretación que se haga de la norma, dado que ni siquiera en el supuesto del usufructo sobre acciones el derecho a la compensación depende exclusivamente de la extinción de aquél.⁶⁷

Por lo que respecta a los derechos económicos derivados de la extinción de dicho usufructo, parece lógico pensar que la reducción del 95% se limita únicamente a los derechos económicos derivados de la extinción de los usufructos que gozan de exención en el IP. Recuérdese a este respecto que con la nueva redacción del art. 4.octavo de la Ley 19/1991, reguladora del Impuesto, otorgada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, la exención por participación en entidades, limitada hasta ese momento al pleno dominio o a la nuda propiedad en caso de dominio escindido, se extiende el usufructo vitalicio como derecho generador del beneficio.

El valor de los derechos económicos debe estar incluido en la base imponible de la adquisición *mortis causa*. Esta exigencia es la primera que consta en la norma y presenta un carácter lógico: para disfrutar de la reducción la primera condición es la sujeción al impuesto del derecho del heredero del usufructuario y, por ende, la inclusión de su valor en la base imponible correspondiente. Ahora bien, dando por sentada la sujeción al Impuesto de este derecho, no ya sólo por el hecho de que se regule un beneficio para este crédito sino sobre todo por el criterio esgrimido al efecto por la DGT en la Consulta antes analizada, conviene precisar su tributación, diferenciándola de aquella otra que se exija por la consolidación.

⁶⁷ No obstante, si a esta más que probable imprecisión terminológica se añade la tendencia a extender el beneficio, teniendo presente además que la norma se refiere en su último inciso a la “empresa, negocio o entidad afectados”, la cuestión acerca de su extensión al negocio individual parece resolverse en un sentido afirmativo.

Puesto que los derechos en cuestión nacen de la extinción del usufructo, distinguiremos la extinción por fallecimiento de aquella otra que se produce por cumplimiento del plazo. Si el usufructo fuese temporal le correspondería al usufructuario ejecutar el crédito, no produciéndose hecho imponible alguno en el ISD, salvo fallecimiento ulterior del usufructuario antes de cobrar el derecho. En cambio, si fuese vitalicio el derecho no se extinguiría con el usufructo, transmitiéndose con carga tributaria a los herederos. Ante esta dualidad parece claro que la inclusión en la base imponible de una adquisición *mortis causa* sólo podrá darse cuando se contemple la extinción de un usufructo por fallecimiento.

Conviene no obstante precisar que la tributación del derecho de crédito heredado es diferente de aquella que pueda corresponder a la consolidación del dominio, que constituye como es sabido el otro efecto jurídico derivado del fallecimiento del usufructuario.

Pues bien, limitando las posibilidades únicamente a aquellas que deriven de no haberse transmitido la nuda propiedad, son dos las situaciones que deben distinguirse. En primer lugar, que el usufructo se hubiese constituido onerosamente con carácter vitalicio, en cuyo caso tributará en el momento de la consolidación el nudo propietario por ITPyAJD, de acuerdo con lo establecido en el art. 42.2 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto, sin perjuicio de que el heredero realice el hecho imponible del ISD al recibir un derecho de crédito. Y, en segundo término, que el usufructo se hubiese constituido lucrativamente, tributando entonces la consolidación por el mismo concepto impositivo. También en este supuesto el heredero del derecho de crédito tributará por el ISD.

¿Plantea alguna trascendencia la tributación de la consolidación sobre la del derecho de crédito? Si nos atenemos exclusivamente a la exigencia de sujeción al ISD de los derechos económicos, la respuesta sería negativa. En cambio, si tomamos en consideración lo reseñado con anterioridad en relación con la idea de que el derecho debía nacer de un usufructo que hubiera gozado de reducción en el ISD, podríamos concluir que tal usufructo se “consolida” tributando en el ISD, no siendo posible la reducción cuando el usufructuario del que proceden los derechos económicos se hubiese desmembrado onerosamente.

Es cierto que, en relación con la inclusión de estos derechos económicos en la base imponible del Impuesto, no se establece nada en ninguna norma especial. En consecuencia, si el causante no hubiese dispuesto nada al efecto, habríamos de aplicar el principio de igualdad en la partición, integrando el derecho en la base imponible de todos los herederos. Y si se hubiese producido disposición testamentaria a favor de uno sólo de los herederos, la incorporación del valor del derecho tendría lugar únicamente en su base imponible.

Una vez que conocemos la consecuencia jurídica derivada de esta regulación, esto es, la reducción del 95%, y analizado el supuesto privilegiado (derechos económicos sujetos al ISD derivados de la extinción de determinados usufructos), estamos en condiciones de estudiar los requisitos de la norma, que podríamos agrupar en los específicos de este supuesto de reducción y en los requisitos generales de acceso a la reducción.

Comenzando por los requisitos específicos de la norma cabe señalar que son dos, de carácter alternativo. Es suficiente por tanto con que se cumpla uno de ellos para tener derecho a la reducción. La primera posibilidad de acceder a la reducción viene determinada por el hecho de que, con motivo del fallecimiento, se consolide el pleno dominio en el cónyuge, descendientes o adoptados. La justificación de este primer requisito no plantea problema alguno: no toda extinción de usufructo que determine la consolidación de la nuda propiedad posibilita el beneficio.

Es necesario además que el nudo propietario sea el cónyuge, descendiente o adoptado. Ahora bien, ¿de quien? ¿Del usufructuario fallecido o de su heredero? A pesar de que la norma nada dispone a este respecto estimamos que habrá que computar el parentesco respecto del fallecido. Nos hallamos además ante un requisito distinto de aquel que exige, en los dos primeros incisos del precepto y para cualquier supuesto de reducción del 95%, que el adquirente del derecho de crédito sea cónyuge, descendiente o adoptado de la persona fallecida. Esta diferenciación ha de ponerse en conexión con el hecho de que la previsión del segundo grado de la letra c) del art. 20.2 de la Ley (que extiende hasta el tercer grado el parentesco cuando no existan descendientes o adoptados) no resulte aplicable para el requisito específico de este concreto supuesto de reducción. Lo que este usufructo plantea es beneficiar el pago de la compensación que se realice al usufructuario familiar del fallecido sólo cuando el nudo propietario sea también del fallecido. Y es irrelevante que el pago se efectúe en metálico o en especie.

Un supuesto especial que puede plantearse es aquél en el que el nudo propietario y el heredero del usufructuario son la misma persona. En estos casos la procedencia de la reducción, por lo que a este requisito se refiere, queda fuera de toda duda siempre que se considere que previamente ha existido un hecho imponible gravado en el ISD. Por otro lado, resulta obvio que no existirá pago de compensación.

Sucede no obstante que, según se razone este aspecto con base en que el derecho del art. 68 no llega a nacer o, por el contrario, fundamentándolo en que, una vez nacido el derecho, se produce la extinción de la obligación del nudo propietario al ser deudor y acreedor la misma persona, las consecuencias pueden ser muy distintas. Desde nuestro punto de vista este segundo criterio parece más acertado por lo que, para que en el patrimonio del nudo propietario llegue a producirse esa extinción de la obligación, será necesario con carácter previo que el derecho de crédito que como heredero le corresponde ingrese en su patrimonio. Y es en esa adquisición de derechos donde se devenga el ISD. De no consolidarse el pleno dominio en el cónyuge, descendientes o adoptados, bastará con que perciban estos los derechos debidos a la finalización del usufructo en forma de participaciones en la empresa, negocio o entidad afectada.

Por otra parte, cabe efectuar una reflexión adicional acerca de la mención final a la percepción de los derechos "en forma de participaciones en la empresa, negocio o entidad afectadas", analizando concretamente la posibilidad de que se trate de una participación en una empresa o negocio individuales. Y es que si bien el concepto de "participación en

una entidad" está perfectamente tipificado, constituyendo un bien objeto del tráfico jurídico y siendo su cita tributaria coherente con su régimen mercantil, no sucede lo mismo en relación con los otros dos tipos de participación.

En efecto, una participación en una empresa individual no presenta respaldo en la normativa civilista ni cuenta con una lógica tributaria. No parece viable que para pagar el nudo propietario lo debido al usufructuario tenga que entregar la empresa (participación en el 100%) o bien constituir una comunidad de bienes con el heredero de éste (caso de dar una participación en la empresa inferior al 100%). A nuestro juicio lo que supone este requisito no es sino otorgar el beneficio al caso en que un nudo propietario, sin parentesco cercano al fallecido, compense al cónyuge o descendientes del usufructuario a través de la entrega de acciones.

Estimamos por tanto necesaria la exigencia de que el usufructo extinguido goce de reducción en el momento de su constitución. Hemos de reconocer sin embargo que esta exigencia parece poco probable. De hecho, si se exige que el usufructo nazca sucesoriamente, lo normal será que tanto el nudo propietario como el usufructuario tengan parentesco cercano con el fallecido y que, en consecuencia, se de también entre ellos el parentesco exigido en la norma. En todo caso, lo que es indiscutible es que el supuesto podrá darse.

El cobro en especie de la compensación podría plantear diversos problemas. Así, por ejemplo, resulta curioso que en un impuesto sucesorio basado en la cuantificación económica del llamamiento hereditario, y en el que son irrelevantes los actos de partición de la herencia, se otorgue tanta trascendencia a la materialización de un derecho de crédito heredado, máxime teniendo en cuenta que el cobro del derecho representa un negocio *inter vivos* ajeno al sucesorio.

Si ponemos en relación esta idea con el principio de igualdad en la partición podría suceder que, no habiendo hecho testamento el fallecido, los derechos económicos correspondiesen fiscalmente a sus herederos por partes iguales. Y si estos decidiesen atribuirlos a uno sólo de ellos sería él quien cobraría la compensación. Pero ni la base imponible de los restantes herederos se modificaría ni estos perderían el derecho a la reducción.

También en el orden gestor hacer depender la liquidación tributaria procedente de cómo cobren los herederos puede suponer una complicación adicional. Concretamente, la complicación en este caso surgiría en la medida en que el plazo de seis meses existente para autoliquidar el impuesto resultase insuficiente de cara a materializar la compensación.

Si a ello se añade el dato de que la procedencia de la reducción depende de la forma de pago de esos derechos económicos, la liquidación efectuada en primera instancia podría no resultar la correcta, quedando la resolución de ambas situaciones al arbitrio de las distintas normas procedimentales derivadas de la liquidación administrativa y de la propia autoliquidación.

Una consideración conjunta de ambos requisitos alternativos nos permite constatar que mientras uno de ellos hace ganar el beneficio atendiendo al parentesco, el otro opera en

función del cobro de las acciones. Ambos factores adquieren un papel clave en el resto de supuestos generadores de la reducción, si bien siempre de modo acumulativo. Es precisamente por ello por lo que estimamos que ambos requisitos, al margen de los problemas que puedan plantear en otro orden de cosas, deberían haber sido formulados como acumulativos y no siguiendo un criterio disyuntivo.

Junto a estos requisitos específicos, este nuevo supuesto de reducción ha de cumplir otro de carácter tradicional dentro de la norma: el mantenimiento de lo adquirido durante diez años. Este último requisito ha venido siendo delimitado por la doctrina administrativa en unas condiciones que hacen de él una exigencia menor. No obstante, puesto que continúa existiendo en la ley y, además, en los mismos términos en los que fue dictado originariamente, habremos de adecuarlo al caso de estos derechos económicos derivados de un usufructo.

¿Qué es lo que se ha de mantener? Parece claro que el objeto del mantenimiento no puede ser, por una sencilla falta de lógica y por incompatibilidad con la mención legal al cobro en especie, el derecho de crédito. Así las cosas, tendremos que referir el mantenimiento a los bienes cobrados en satisfacción del derecho.

La opción de cobrar dinero del nudo propietario sugiere, en nuestra opinión, que lo que habría de mantenerse durante el plazo de diez años es, siguiendo un criterio estrictamente literal, la suma cobrada. Esta posibilidad carece sin embargo de todo sentido y su vinculación con la sucesión empresarial es nula. Por lo que a la opción del cobro en especie se refiere, el objeto que se ha de mantener es más sencillo en este caso: las acciones percibidas como compensación. Sin embargo se plantea de modo inmediato la necesidad de concretar el día de inicio del cómputo de los diez años dado que, mientras la ley lo fija en el día del fallecimiento, la lógica nos conduce hacia el día en que se adquieran esas acciones.

¿Cuál es el sentido de esta medida? ¿Qué vinculación nos ofrece con la protección de la sucesión empresarial? A pesar de que, desde un punto de vista jurídico, lo que adquiere el heredero es un derecho de crédito, económicamente se le está pagando (no por la sociedad sino por el nudo propietario) el importe correspondiente a los dividendos no distribuidos.

No parece en consecuencia que el cobro de dicha clase de renta deba privilegiarse a efectos del ISD, al margen de que la reducción en este Impuesto pueda suponer un interesante ámbito de actuación para las economías de opción, si se considera esta compensación como una alternativa al cobro de dividendos gravados por el IRPF. Y tampoco creemos que una eventual protección del usufructuario o de su heredero pueda llegar a justificar la norma. Porque deshacer posibles situaciones de indefensión creadas por otros sectores del ordenamiento no representa un fin de la ley fiscal. Por otra parte, la decisión societaria de no repartir dividendos no siempre será imputable al nudo propietario.

¿Podría llegar a justificar la norma una hipotética “neutralización impositiva” en el ISD? En nuestra opinión no. Ciertamente cabe pensar que si el usufructuario no ha cobrado dividendos ha visto insatisfecho el usufructo por el que fiscalmente pagó en el momento de su constitución. Desde esta perspectiva merecería una “recompensa fiscal”. Sin embargo, al margen de la viabilidad que puedan encontrar este tipo de razonamientos, consideramos que debe prevalecer el carácter objetivo de la valoración fiscal del usufructo (de acuerdo con unos porcentajes), así como la existencia de otros derechos o facultades del usufructuario de acciones, la comparación con el supuesto en el que la sociedad no distribuya beneficios porque no los tenga y, por último, la idea de que a quien se quiere privilegiar no es al usufructuario sino a su heredero.

¿Justifica una interpretación sistemática de la reducción el presente supuesto? Desde nuestro punto de vista no. Si la sucesión en un usufructo temporal carece de reducción, no parece haber mayor trascendencia en el hecho de heredar un derecho de cobro. Quizás de haberse planteado el legislador una ampliación de los derechos generadores de la reducción habría otros de carácter preferente a éste.

A la luz de todas estas consideraciones anteriores podríamos concluir que es la protección de la sucesión empresarial familiar la que justifica la adopción de esta medida. Sin embargo, este criterio interpretativo debe ser convenientemente matizado. Porque si bien la norma parece promover, al menos de manera indirecta, la conducta de no repartir unos dividendos que tributarían en el IRPF frente a la reducción del 95% del ISD, existen otros impuestos más apropiados y de efectos más directos e inmediatos de cara a fomentar esta práctica.⁶⁸

Que la sucesión empresarial deba verse favorecida por el hecho de que uno de los socios (el nudo propietario) tenga que pagar una compensación monetaria al heredero de quien, como usufructuario, no estaba vinculado ni mercantil ni fiscalmente a la empresa no deja de ser una cuestión controvertida. Y es que resulta difícil aceptar que el empobrecimiento del nudo propietario o el enriquecimiento del heredero del usufructuario puedan contribuir realmente al mantenimiento de la empresa.

Hemos de reconocer que en aquellos supuestos en los que se cobra la compensación en acciones hay al menos un objeto (las acciones) que posibilita su compensación con la empresa. Pero la situación que se plantea viene a ser, a la postre, la misma: un sujeto reduce su porcentaje de participación en la entidad (el nudo propietario) para que otro (el heredero del usufructuario, que en la mayoría de los casos no tendrá parentesco alguno con el anterior) lo incremente en idéntica medida.

A nuestro juicio, si se admite que estos derechos económicos han de ser objeto de protección, esta debería quedar restringida al caso en el que quien consolida la plena propie-

⁶⁸ Téngase presente por otra parte que, al menos en origen, la norma mercantil protege al usufructuario frente a la acumulación de reservas. Así las cosas podría tener algo de contradictorio incentivar fiscalmente aquello que precisamente trata de compensar la norma mercantil.

dad es el mismo que adquiere aquellos. En este supuesto los hechos imponibles para el contribuyente serían, en el momento del desmembramiento de la propiedad, la adquisición de la nuda propiedad. Y en el instante de la extinción del usufructo, dada la distinta naturaleza jurídica de dicho derecho real y del derecho de crédito en que se nova, la tributación tendría lugar por la consolidación y por el citado derecho de crédito.

En definitiva, el hecho de tener que tributar por la consolidación del usufructo y por los derechos del art. 68 del TRLSA supone que se está gravando al mismo contribuyente por el valor fiscal del usufructo (que en el caso de las acciones queda sustanciado fundamentalmente en el valor del derecho al cobro de dividendos) y por el valor de las reservas que, de haberse distribuido, le hubieran correspondido como dividendos. A esto se ha de añadir la circunstancia de que la valoración fiscal del usufructo que sirve de base imponible a la consolidación depende de la duración del mismo. Y por lo que respecta al importe de reservas que actúa como base mercantil y fiscal del derecho del art. 68 del TRLSA, comprende toda la vida del usufructo.

¿Hasta qué punto no se está produciendo una especie de doble imposición en estos casos? El propio esquema fiscal de liquidación del ISD parece sugerir esta posibilidad. Y es que cuando hay una separación de la nuda propiedad y del usufructo la intención de legislador no es otra que la de gravar la adquisición sucesoria de la plena propiedad de los bienes en dos fases. Con un mismo tipo efectivo de gravamen se giran a ese adquirente final dos liquidaciones sobre las porciones de valor fiscal que representan los dos tipos de derechos a que nos referimos.

En lugar de gravar ese derecho del art. 68 del TRLSA (que ya está siendo gravado por el valor total de los bienes que generan la compensación), y teniendo en cuenta que dicho derecho va a terminar extinguiéndose por confusión, ¿no podría adoptarse otra alternativa? ¿No sería mejor optar por la exención en vez de la reducción del 95%?

A nuestro juicio así es. Creemos por tanto que en la actualidad no existe una clara justificación de la norma. La reforma pudo haberse planteado atendiendo a razones de técnica tributaria que permitiesen evitar la doble imposición en consonancia con el sistema liquidatorio del impuesto. De este modo la reducción hubiese quedado limitada a aquellos supuestos de identidad del heredero del derecho y del nudo propietario. ■