

TRIBUTACIÓN	EL PRINCIPIO DE EQUIDAD Y LA DESUSTANCIACIÓN DE LOS BENEFICIOS FISCALES A FAVOR DE LA EMPRESA (II): EN EL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES	Núm. 27/2002
--------------------	--	-------------------------



FRANCISCO DE ASÍS POZUELO ANTONI

Inspector de Hacienda del Estado

Extracto:

ESTE trabajo es la continuación del publicado en esta Revista en el mes de marzo de 2002 (núm. 228). Con la misma perspectiva (la que da el principio de equidad) se aborda el estudio de las reducciones que a favor de la sucesión empresarial *mortis causa* presenta nuestro ordenamiento tributario. De tal análisis se deducen unas conclusiones entre las que destacan las que, a juicio del autor, hacen incompatibles estos beneficios con los principios constitucionales de respeto a la capacidad contributiva, igualdad y justa distribución de la carga impositiva.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. La relación de la reducción en el ISD con la exención en el IP.
- III. La protección de la empresa familiar.
- IV. El precursor de los beneficios de la empresa familiar: el artículo 39 LISD.
- V. Los aspectos jurídicos de la cuestión.
- VI. El difícil encaje técnico de estas reducciones en la liquidación del impuesto. La duda de quién y en qué medida se aplica la reducción.
- VII. El requisito de mantenimiento.
- VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Si el debate sobre la pervivencia del Impuesto sobre el Patrimonio es cuestión de gran actualidad, el que gira sobre la supervivencia del Impuesto sobre Sucesiones tiene solera casi secular. Lo que ocurre es que a los argumentos tradicionales sobre su significado se les puede añadir –y ello subraya su actualidad– la incidencia que sobre este asunto pueda tener la panoplia de beneficios fiscales que para la transmisión gratuita de empresas se recoge en nuestro ordenamiento.

Renunciando a emitir un pronunciamiento sobre el sentido de este tipo de impuestos (los sucesorios), su procedencia es algo que en nuestro análisis hay que dar por sentado. Sin embargo, y a pesar de ese autoimpuesto condicionamiento previo, es preciso seleccionar, de entre los distintos argumentos a favor del mantenimiento ¹ del impuesto, los que mejor lo justifican.

En tal indagación, y en coherencia con el confesado respeto acrítico a nuestro impuesto sucesorio, la Exposición de Motivos de la vigente ley del impuesto se presenta como el mejor vivero de principios. Interesan ahora los siguientes:

- El ISD es un impuesto que cierra el marco de la imposición directa, siendo complementario del IRPF. Esta visión del impuesto sucesorio encaja con aquellas teorías que lo identifican como la «última ocasión» en que la riqueza acumulada por una persona a lo largo de su vida puede controlarse y gravarse.
- El ISD grava a las personas físicas tendiendo a la personalización del gravamen. Y si esto es tradicional oponerlo al gravamen de las personas jurídicas, hay que apuntar adicionalmente que el ISD no considera la familia como un núcleo donde las transmisiones pueden hacerse libremente y sin carga fiscal.
- El impuesto contribuye –en declaración de la Exposición de Motivos– a la redistribución de la riqueza. Y a pesar de ubicarse en apartado distinto de la presentación de la norma, hay que vincular tal finalidad con la afirmación que se hace en el apartado 4 de la parte II respecto de la eliminación de las exenciones objetivas aplicables a las personas físicas *«por entender que no encajan bien en la nueva ordenación»*.

¹ Entrar en las razones que justifican desde el campo de la Hacienda Pública este tipo de impuestos o analizar cuáles fueron las que existieron en la primera implantación de este impuesto en España excede con mucho nuestro propósito. Sin embargo, entrando ya en un ámbito más «juridificado», sí que nos parece esencial que el impuesto respete los principios constitucionales y, entre éstos, los más directamente implicados han de ser, en lo que tenga de separables, el de equidad y el de respeto a la capacidad contributiva.

Desde esta perspectiva la adquisición gratuita de un patrimonio resulta, con independencia de la liquidez o rentabilidad del patrimonio recibido, un preclaro ejemplo de incremento de la capacidad económica. Además debe subrayarse que ese incremento es gratuito, lo que siempre supone la ausencia de un sacrificio patrimonial en su obtención, y que normalmente suele ir ligado, desde una perspectiva menos económica y más imprecisa, a una adquisición que no ha supuesto esfuerzo alguno para su receptor. El gravar esa evidente manifestación de capacidad económica puede estar sujeta a un mayor grado de discrepancia, pero, desde la perspectiva de la equidad, resulta entendible (sea por la finalidad distributiva que se consigue, sea por la finalidad igualadora entre integrantes de una misma generación, sea por la intervención del Estado sobre ese patrimonio o sea por gravar un incremento de patrimonio tan «fácilmente» conseguido) que exista un gravamen como el que nuestro ordenamiento presenta.

Que la equidad o la exigencia de impuestos conforme a la capacidad económica de los sujetos pasivos deba matizarse con otros principios nos parece también evidente, pero al margen del distinto peso que cada cual quiera dar a estos principios, nos parece central en todo análisis sobre beneficios fiscales la referencia a la equidad. En consecuencia este principio será foco principal de nuestro trabajo.

El análisis de este impuesto presenta una complicación que debe dejarse dicha desde el inicio. Tal dificultad deriva de que el tributo tome como presupuesto de hecho unas instituciones –las sucesorias– que no son comunes en toda España. Y a esa distinta regulación autonómica de la ley civil sucesoria, que aporta matices a veces trascendentales, hay que añadir que, cuando se abordan las reducciones empresariales, se está ante un elemento de la liquidación del impuesto sobre el que varias CC.AA. han ejercido ya su capacidad legislativa. Panorama ante el cual, y para evitar un casuismo inabordable, optamos por razonar sobre la base común que la legislación del Código Civil y la norma estatal reguladora de las reducciones ofrecen. En ese rumbo se cuenta con una vasta colección de contestaciones de la DGT, todas ellas coherentes con el instrumento cuasinormativo (Resolución 2/1999, de 23 de marzo, de la DGT, relativa a la aplicación de las reducciones en la base imponible del ISD, en materia de vivienda habitual y empresa familiar) que ha pretendido dar seguridad jurídica donde el vacío reglamentario sembraba duda y confusión.

El esquema ² de la reducción que se va a tener como referencia es el siguiente:

- La reducción del 95% beneficia la adquisición sucesoria de la empresa individual y las participaciones que el fallecido tuviera exentas en el IP.

² El texto en la LISD es el siguiente (artículo 20): «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 artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, o de derechos de usufructo sobre los mismos, 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 falleciese el adquirente dentro de este plazo».

- El beneficio corresponde al cónyuge y descendientes del fallecido. De no existir éstos, la reducción puede corresponder a ascendientes y colaterales.
- El valor de la empresa individual y el de las participaciones debe estar incluido en la base imponible de los beneficiarios de la reducción.
- La adquisición debe mantenerse durante los diez años siguientes al fallecimiento.
- Los beneficiarios no pueden realizar ³ actos de disposición y operaciones societarias que minoren sustancialmente el valor de la adquisición.

II. LA RELACIÓN DE LA REDUCCIÓN EN EL ISD CON LA EXENCIÓN EN EL IP

Uno de los presupuestos de aplicación de las reducciones del 95% en el ISD es que la empresa o las participaciones adquiridas hubieran estado exentas ⁴ en el IP correspondiente al fallecido o donante. Sin embargo, sólo para el caso de la adquisición *inter vivos* se exige expresamente que los donatarios mantengan la condición de exentos de los bienes. Sobre este distinto régimen de mantenimiento de los bienes, según se adquiriera *inter vivos* o *mortis causa*, se volverá más adelante.

³ Esta limitación se recoge en el apartado 6 del artículo 20 dedicado a la adquisición *inter vivos* de este tipo de bienes. Sin embargo, conforme a lo ahí dispuesto, es aplicable también a las adquisiciones sucesorias: «En los casos de transmisión de participaciones *inter vivos*, en favor del cónyuge, descendientes o adoptados, de una empresa individual, un negocio profesional o de participaciones en entidades del donante a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, se aplicará una reducción en la base imponible para determinar la liquidable del 95% del valor de adquisición, siempre que concurren las condiciones siguientes:

- a) Que el donante tuviese sesenta y cinco o más años o se encontrase en situación de incapacidad permanente, en grado de absoluta o gran invalidez.
- b) Que, si el donante viniera ejerciendo funciones de dirección, dejara de ejercer y de percibir remuneraciones por el ejercicio de dichas funciones desde el momento de la transmisión.
A estos efectos, no se entenderá comprendida entre las funciones de dirección la mera pertenencia al Consejo de Administración de la sociedad.
- c) En cuanto al donatario, deberá mantener lo adquirido y tener derecho a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio durante los diez años siguientes a la fecha de la escritura pública de donación, salvo que falleciera dentro de este plazo.
Asimismo, el donatario no podrá realizar actos de disposición y operaciones societarias que, directa o indirectamente, puedan dar lugar a una minoración sustancial del valor de la adquisición. Dicha obligación también resultará de aplicación en los casos de adquisiciones *mortis causa* a que se refiere la letra c) del apartado 2 de este artículo. En el caso de no cumplirse los requisitos a que se refiere el presente apartado, deberá pagarse la parte del impuesto que se hubiere dejado de ingresar como consecuencia de la reducción practicada y los intereses de demora».

⁴ El grado de vinculación al IP se ha ido relajando en la normativa de distintas CC.AA., sea permitiendo cumplir la exención en momento distinto a la fecha de fallecimiento (así en Aragón), sea reduciendo el porcentaje de participación en la entidad (en Cataluña basta un 5%), sea, entre otros ejemplos, ampliando el grado de parentesco en el que computar el porcentaje de participación en la entidad (en Aragón, por ejemplo, se extiende hasta el cuarto grado).

Habiendo abordado en la primera parte de este trabajo la exención ⁵ en el IP, se retoman ahora parte de las reflexiones hechas para situarlas en el contexto de un impuesto distinto.

En nuestra ya expuesta opinión ⁶, la exención relativa a la empresa individual ⁷ presenta su principal debilidad en la equiparación que a la misma se hace del alquiler inmobiliario. Si en referencia al IP valorábamos negativamente que no tributara un tipo de bien (el inmobiliario) claramente exhibidor de riqueza, en el ISD ese juicio todavía es más rotundo.

Que no llegue a tributar la adquisición gratuita de un patrimonio inmobiliario, con el único requisito de que no se transmita en 10 años, no puede justificarse ni distinguirse frente a cualquier otro tipo de adquisición. Sólo la consideración de la familia como núcleo de imposición (lo que no es el caso en el actual impuesto) justificaría esta reducción, pero obligaría a exonerar también a cualquier otra adquisición gratuita so pena de quedar reputado como beneficio injustificado. Por descontado entendemos que no es argumento suficiente para explicar la razonabilidad de esta reducción el que se trate de una consecuencia «sistemática» con otros impuestos. Si hemos razonado en contra de la exportación al IP de los criterios que en el IRPF se manejan para definir la actividad económica en un alquiler inmobiliario, el salto al ISD es sencillamente imposible.

Ya se ha dicho que el requisito de mantenimiento se abordará de manera separada, pero el comentario del alquiler inmobiliario, por su representatividad, impone su anticipada cita. En este sentido, ¿qué mérito fiscalmente protegible manifiesta quien recibe un patrimonio inmobiliario, que fue la principal fuente de renta del causante, pero que ni ha de ser su mayor ingreso ni ha de mantener el local separado y la persona asalariada? Hemos criticado que de tan artificiales y poco significativos requisitos se haga depender la exención en el IP, pero que ni siquiera se establezca expresamente ⁸ la obligación de mantener la persona asalariada (pues no es requisito el que el heredero goce de exención en el IP por el patrimonio recibido) parece el empujón definitivo hacia la inequidad de la reducción.

Otro tanto habría que decir –como implicación clave de no exigir al heredero que mantenga exento el patrimonio inmobiliario– de que los inmuebles puedan no ser la principal fuente de renta del heredero. Entendemos que la exención de la empresa individual queda razonada por el ejercicio personal, directo y habitual de la actividad (lo que ya es difícil de percibir en un alquiler) y por ser

⁵ En la Comunidad Foral navarra se ha venido arbitrando este beneficio como una deducción de la cuota. El delicado juego de los puntos de conexión (según sea el IP o el ISD, según se trate de residenciar a un español en Navarra o fuera de ella o se trate de discernir entre dos Comunidades «de régimen común») puede llegar a propiciar que la ley fiscal de un fallecimiento sea la general (la de la LISD) cuando la normativa del IP aplicable al fallecido hubiera sido la navarra. De llegar a este caso habrá que entender que la exigencia de exención es intercambiable por la de deducción en cuota.

⁶ La primera parte de este trabajo se publicó en el n° 228 de esta Revista.

⁷ Cualquier referencia a la empresa individual debe entenderse hecha también al negocio profesional.

⁸ Con todo, entendemos que la interpretación finalista de la reducción debería llevar a interpretar como objeto del mantenimiento la actividad económica y no sólo los bienes empleados. Y en ese sentido debería exigirse durante 10 años una actividad empresarial sobre los inmuebles. Pero no es eso lo que dice la ley ni lo que sugiere el criterio administrativo.

la principal fuente de renta del sujeto pasivo. Pero cuando el porcentaje de base imponible que da la generación de ingresos inmobiliarios pasa a ser irrelevante –éste es el caso en el requisito de mantenimiento que configura el ISD–, decae cualquier sentido que pudiera verse en la reducción del ISD. ¿Es razonable que se reduzca en un 95% el valor inmobiliario de una herencia con la «incómoda» exigencia de que ese bien siga produciendo riqueza –con carácter principal o accesorio– a su nuevo heredero? Pareciendo que la inversión inmobiliaria no es conducta que necesite ser estimulada desde el ámbito tributario, no se aprecian los elementos necesarios para considerar este supuesto de beneficio fiscal como justificado y razonable.

Abandonando ya el ámbito de la exención de la empresa individual, el comentario de la relativa a las participaciones también arroja debilidades cuando se proyecta al impuesto sucesorio.

La primera es el distinto trato que ambos impuestos dan al desarrollo de la empresa individual y la societaria. Y en contra de lo que parecería mejor desde el punto de vista de la recompensa del esfuerzo personal que toda empresa exige, los requisitos para el beneficio son más relajados en la empresa societaria. En efecto, a diferencia de lo que ocurre en la empresa individual, ni se exige un ejercicio personal, directo y habitual del sujeto pasivo (pues puede desarrollarlo algún pariente), ni en consecuencia se exige un determinado nivel de retribución. Pero es que además la radical expulsión del patrimonio no afecto en la exención de la empresa individual no se da en la societaria.

Según la perspectiva que se tome del significado del ISD, e incluso del de las reducciones, este distinto trato no tiene fácil entendimiento. ¿Debe no tributar quien hereda acciones de alguien que a lo mejor no ha llegado a dirigir ni trabajar en la entidad participada? ¿Existe algún mérito personal en tal tipo de socio fallecido? Y en todo caso, ¿por qué ese mérito se traslada fiscalmente a su heredero? Parece claro que, como en el IP, el beneficio se justifica sólo por razones de política económica.

Al margen de esta inicial reflexión, la confrontación de los requisitos de la exención del IP con el sustrato de la reducción proporciona más elementos de juicio. De ese análisis dos puntos nos parecen los más relevantes: que el porcentaje exigido de participación en la entidad sea del 15% o del 20% y que en determinadas circunstancias el valor de elementos patrimoniales no afectos a ninguna actividad pueda estar exento.

El porcentaje de participación que exonera unas participaciones en el IP supone reducir hasta casi cero la tributación en el ISD. ¿Qué sentido o implicaciones tiene tal requisito en este impuesto? Realmente la continuidad de la empresa societaria, desarrollada por persona jurídica y patrimonio distintos tanto del fallecido como del heredero, no puede justificar tan importante beneficio. Naturalmente que a una sociedad le interesan unos socios con saneados patrimonios, pero es esencia de la personificación jurídica de las sociedades, y es evidencia empresarial que las entidades sobreviven con la generación de beneficios propios. Que el heredero no pague impuestos por recibir gratuitamente acciones es algo que sólo tangencialmente beneficiará a la entidad, pero no parece que sea pieza importante en el devenir de la actividad empresarial. Especialmente –y es lo que ahora nos interesa– cuando la participación de ese heredero puede ser escasamente significativa. Cuando el futuro de una sociedad depende de la tributación de uno de sus socios en el ISD (partici-

pando en menos del 15% de su capital) hay algo distinto a un problema fiscal que no marcha bien en tal empresa. Por tanto, el establecer un porcentaje tan bajo de participación para acceder a la reducción en el ISD no puede justificarse por la pervivencia de la empresa.

Otra cosa es que, en clave de empresa familiar, lo protegido sea el mantenimiento del capital en un determinado núcleo familiar. Si eso fuera así, se estaría protegiendo una determinada composición capitalista de las sociedades, que teniendo sin duda justificación plausible, ni es tan directa ni tan fácil de entender como la protección de la actividad empresarial. Si empresarialmente, o si macroeconómicamente, se considera merecedor de protección el mantenimiento de un núcleo cerrado de accionistas familiares, la reducción podría tener justificación, pero no sólo habría que establecer los requisitos de la misma «hacia el futuro» (en la obligación de mantenimiento), sino que habría que ser especialmente cuidadoso en que tales condicionantes diseñaran un verdadero beneficio protector de la actividad empresarial y no de los titulares o propietarios de la misma. En todo caso, hablar de un núcleo central de accionistas, o de una empresa familiar, cuando el porcentaje que lo define es de un 20%, está bastante lejos de lo que matemáticamente da la mayoría en una Junta de Accionistas. Con lo cual, la exigencia de porcentaje, y desde luego el *quantum* del mismo, nos parece poco consistente para montar sobre el mismo la racionalidad de la reducción.

La posibilidad de que un patrimonio realmente no afecto a una actividad económica pueda estar exento en el IP es tema menor –por cuota tributaria y por significado del impuesto desde la perspectiva de la equidad– si esa circunstancia se trasvasa al ISD. Esa posibilidad la identificábamos en varios casos: en aquellas estructuras societarias que sitúan en una participación indirecta de segundo o ulterior grado bienes no empresariales y en la recepción en el IP (y por hipótesis también en el ISD) de las normas que el Impuesto sobre Sociedades establece para la transparencia fiscal sobrevenida. El razonamiento de estos supuestos y sus soluciones ya se abordaron. Lo que compete ahora es su traslación al ISD. En tal proyección resulta evidente que el principio de igualdad (y con algo menos de solemnidad el sentido común) no puede aceptar que unos bienes del fallecido, no aplicados a una actividad económica, tributen en el impuesto sucesorio, mientras que esos mismos bienes, situados en el patrimonio de una entidad participada indirectamente por el causante, incorporen la reducción del 95%.

Si no se remedia tal tipo de situaciones la conclusión sobre el respeto a los principios constitucionales de la reducción del ISD parece fácil.

Repasados los principales requisitos de la exención del IP resulta que difícilmente pueden considerarse adecuadas definiciones de lo que debería ser la reducción en el ISD. ¿Qué sentido tiene entonces esta exigencia? Rechazando la idea de que se trate de limitar por limitar sólo se nos ocurren dos tipos de explicaciones. Una, la congruencia con otros impuestos. La otra el ser un punto de partida de los requisitos que deben mantenerse durante varios años.

Sobre la congruencia con otros impuestos nos parece que el argumentar un beneficio en un aislado criterio sistemático de definición de los requisitos (que pretendería enlazar sobre una definición común los bienes protegidos en varios impuestos ⁹) es escaso bagaje. Si los requisitos de otro

⁹ En realidad serían sólo el IP y el ISD.

impuesto no son relevantes con la materia y hecho imponibles gravados por otro (como parece el caso), y si esos requisitos se proyectan temporalmente sólo hasta el momento del fallecimiento (al no exigirse su concurrencia durante los años de obligado mantenimiento de lo heredado), nos parece falto de sentido exigir tales requisitos.

Como cierre de este apartado debemos afirmar que si la reducción (tal y como se desprende del texto normativo) no tiene aparente justificación en el esfuerzo personal del fallecido (que puede no existir), que si tampoco la tiene en su contribución a la riqueza nacional (de cuya exigencia no hay rastro en la norma), y, sobre todo, que si el beneficio es para el adquirente, la clave de la reducción ha de estar en otro tipo de justificación. Y ésa no puede ser otra que asegurar (directamente o protegiendo a sus propietarios) la pervivencia de la empresa. En esa perspectiva lo relevante no han de ser los requisitos que pudieran exigirse al causante, sino los que se van a exigir a los herederos. Y en esa nueva dirección, ya se puede anticipar, se constata un desequilibrio entre la sarta de condiciones que deben cumplirse antes y en el momento del fallecimiento con la laxitud de exigencias en el período de «mantenimiento».

III. LA PROTECCIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR

En la primera parte de este trabajo (la dedicada al Impuesto sobre el Patrimonio) renunciábamos a valorar determinados aspectos extrafiscales de la reducción por considerarlos de difícil evaluación. Pero su cita resulta inevitable cuando se razona sobre la justificación de los beneficios. Por ello hay que incorporar ahora una reflexión sobre la problemática que la empresa familiar¹⁰ –claro motor de estas medidas fiscales– presenta en este impuesto.

En ese propósito la primera dificultad es de concepto. En efecto, a pesar de la regulación fiscal favorable a la empresa familiar, y a pesar de la importancia de las instituciones en que este tipo de unidades económicas tienden a agruparse para defender sus intereses, no existe una tipificación legal de qué deba entenderse por tal. Sin duda, el primer acierto de este movimiento ha sido el presentarse con una denominación frente a la que difícilmente puede oponerse alguien. Unir familia y empresa parece, desde luego, una yuxtaposición semántica de indudable atractivo. Cuestión distinta es que tras tal concepto, tras este denominador común, quepa tanto la mayor de las multinacionales como el pequeño comercio de barrio, con las contradicciones y dificultades que la búsqueda de un interés común pueda acarrear. Por lo que ahora interesa, y mientras el ordenamiento no dé definición legal a lo que ahora sólo puede aprehenderse desde la intuición, por empresa familiar se entenderá cualquier actividad económica en la que su titular tenga la intención y la ocasión de que sea continuada por sus descendientes.

Los datos económicos que sobre este tipo de entes se ofrecen son abrumadores. Representan siempre, con escasas variaciones según las estadísticas que se manejen, los más altos porcentajes de actividad, puestos de trabajo e inversión. En esa relevancia macroeconómica es donde, según la opi-

¹⁰ La mejor prueba de la actualidad e interés de este asunto es la elaboración por la Comisión de Hacienda del Senado de una Ponencia sobre esta problemática.

nión mayoritaria, se encontraría la justificación de su protección fiscal. Así pues, y a pesar de su evidencia, debe quedar dicho que la motivación de estos beneficios fiscales es de política económica y no exactamente de equidad. Ahora bien, y como ya razonamos para la exención del IP, el diferente trato motivado por razones extrafiscales no puede ser contrario al principio de igualdad.

En el ámbito puramente tributario lo primero que resulta llamativo es que la protección fiscal de la empresa familiar se haga –en sus manifestaciones más intensas (exención o reducción del 95%)– desde impuestos ¹¹ que no gravan su beneficio, sino su titularidad. Y aunque también sobre ésta pueden establecerse válidos beneficios, se debería exigir un plus adicional de rigor en la estructura de tales ventajas fiscales so pena de resultar contrarios a la igualdad tributaria. Un eventual escenario caracterizado por (1) una cierta laxitud en el acceso a los beneficios para los propietarios de las empresas y (2) un cierto desequilibrio entre las ventajas para la empresa familiar en los impuestos sobre la renta de las empresas (más bien escasos) y las ofrecidas a sus propietarios (de gran calado), podría entenderse como un sistema fiscal protector de los propietarios de las empresas y no exactamente de éstas.

La omnipresencia de la empresa familiar y el manejo instrumental de los impuestos se da también, naturalmente, en las instancias supranacionales. La Comisión Europea, en la Recomendación de 7 de diciembre de 1994, invitaba a los Estados miembros, entre otras medidas, a adoptar alguna de las siguientes:

- Reducir, siempre que se prosiga de manera creíble la actividad de la empresa durante un período mínimo, la carga fiscal que grava los activos estrictamente profesionales en caso de transmisión mediante donación o sucesión, incluidos los derechos de sucesión, donación y registro.
- Ofrecer a los herederos la posibilidad de escalonar o aplazar el pago de los derechos de donación o sucesión, siempre y cuando prosigan la actividad de la empresa, y conceder exenciones de intereses.

En España, como habrá ocasión de comprobar, se incorporaron las dos recomendaciones. En ellas está latente la conveniencia de aligerar los costes fiscales que puedan dificultar la continuidad en una actividad económica.

No queremos poner en tela de juicio lo que es evidente, esto es, que el pago de impuestos es un coste. Ni siquiera la veracidad de que el ISD desincentive el desarrollo de una actividad económica. Pero esa obviedad y la dialéctica asunción del efecto desincentivador del impuesto sí que pue-

¹¹ Proteger la empresa familiar llevaría a beneficios en el Impuesto sobre sociedades o en el IRPF. Aunque ciertamente el régimen de las empresas de reducida dimensión puede tomarse por tal, el tipo de beneficios en estos impuestos (que salvo la reducción de tipo impositivo para los primeros 90.151,81 euros de resultado no dejan de ser incentivos sobre una mejor imputación temporal de normas aplicables por todo tipo de empresa) es francamente inferior a las exenciones del IP o las reducciones en el ISD.

den situarse en un marco que configure mejor lo que se está hablando. Y en ese sentido, una rápida consulta a las respectivas tarifas arroja la idea de que el otro gran impuesto directo sobre las personas físicas (el IRPF) es bastante más progresivo que el ISD.

Constatado tal extremo, y sin ninguna pretensión de demostración empírica ¹², pueden hacerse algunas comparaciones:

- a) La mejor prueba de la distinta carga tributaria es que un valor de una empresa de 600.000 euros tributaría en el ISD (si no existiera la reducción) por 140.519 euros, mientras que una renta de ese importe supondría una cuota del IRPF de 279.810. Con unos valores de 300.000 euros la comparación también es elocuente (55.467 en el ISD y 135.810 en el IRPF).
- b) Un poco más aquilatado sería el comparar el coste fiscal en el ISD de un valor de empresa de 600.000 euros con el coste fiscal que una renta de 120.000 euros devengaría en el IRPF. La selección de cifras es arbitraria pero no caprichosa: fiscalmente (así el artículo 35.1.b LIRPF) se valoran las empresas (entre otros medios posibles) mediante la multiplicación por cinco de la media de sus beneficios en tres años. De ahí que entendamos –y se vuelve a insistir en la voluntaria falta de precisión de los cálculos– que si una empresa se valora en 600.000 euros es razonable el que se le puedan atribuir unos teóricos beneficios durante cinco años de 120.000 euros. Pues bien, el coste en el IRPF de una renta de 120.000 euros es de 49.410, frente a los 140.519 euros que devengaría en el ISD la herencia de un patrimonio empresarial de 600.000 euros. Lo que ocurre es que el IRPF se repetiría durante cinco años.

A la vista de este panorama (el ISD grava la adquisición de una empresa y el IRPF grava con una mayor carga impositiva la obtención de beneficios) hay que confirmar la idea de que el valorar si tiene sentido acumular los costes fiscales en ambos impuestos, para decidir la procedencia de minorarlos, queda evidentemente al poder legislativo. Como también es su prerrogativa, una vez decidido que hay que favorecer la sucesión empresarial por vía fiscal, el decantarse ¹³ por suprimir casi totalmente el coste que el ISD representa dejando incólume el del IRPF.

Junto a la principal razón de minorar la carga tributaria hay argumentos que se utilizan con frecuencia sobre esta materia y que conviene recordar. Destacan los alegatos sobre la circunstancia de que los herederos han podido colaborar en la generación de la riqueza de esa empresa, o al menos han aportado su trabajo y esfuerzo, no siendo correspondida esta implicación personal y/o profesional con una titularidad jurídica sobre la empresa. Y en la misma línea argumental empujarían la permeabilidad y estrecha vinculación patrimonial entre sociedad y socios. Este tipo de razones, que se

¹² No tratamos de hacer ningún razonamiento matemático-financiero. Se trata de aportar unos números «gruesos» a lo que se está exponiendo.

¹³ Y en esta línea de reflexiones habría que concluir que renunciar al impuesto sucesorio en favor del IRPF sería más fácil (mejor, tendría también más sentido presupuestario) si ambos impuestos los recaudara e hiciera suyos una misma Administración. Pero no es el caso.

analizarán con más detalle, son claves para individualizar los beneficios fiscales en la empresa familiar. Sin esta singularidad, o alguna de parecido tenor, no habría explicación –más allá de la recaudatoria– para limitar los beneficios fiscales a las transmisiones hereditarias entre parientes. En efecto, si lo relevante es que se mantenga la actividad de la empresa, tan merecedor de beneficio nos parecería la sucesión en la empresa individual por parte de un descendiente como por parte de quien no era pariente del fallecido. Lo que distingue la herencia del primero no debería ser la relación consanguínea con el causante sino algún otro tipo de circunstancia.

IV. EL PRECURSOR DE LOS BENEFICIOS DE LA EMPRESA FAMILIAR: EL ARTÍCULO 39 LISD

Mediante la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, se mejoró ¹⁴, en consonancia con la recomendación de la Unión Europea, el ya existente supuesto especial de aplazamiento y fraccionamiento para la transmisión por herencia o donación de una empresa individual y (en el año siguiente) para las participaciones exentas en el IP. Con este relevante beneficio (aplazar cinco años sin intereses el pago y, a partir de ese momento, fraccionar la deuda en 10 semestralidades con intereses) se solucionaban, sin duda, los eventuales problemas de liquidez que a los herederos de una empresa pudieran presentarles la adquisición gratuita de ésta.

Desde una perspectiva teórica entendemos que el patrimonio empresarial (contemplado como un todo) es disponible en mucha menor medida que cualquier otro conjunto de bienes. Ni tiene sentido vender la empresa para pagar el impuesto sucesorio, ni lo tiene el prescindir de inmovilizados necesarios para su continuidad. Sin embargo, cuando contemplamos la empresa societaria, el matiz de heredar acciones y no bienes empresariales nos parece relevante. Relevante para rebajar la afirmación anterior, pues es esencia de tales valores el ser transmitidos con independencia de los bienes empresariales de la sociedad. Por ello, la falta de disponibilidad de ese patrimonio es bastante más relativa que en el caso de la empresa individual y sólo a efectos dialécticos puede aceptarse su equiparación. Pues bien, si se une esa realidad «empresarial» (la escasa disponibilidad de la empresa para ser empleada como medio de pago) con una eventual falta de liquidez de la misma o de la masa hereditaria, es fácilmente entendible que las normas fiscales mitiguen tal impacto. Y lo propio sería que se hiciera con ventajas proporcionadas al daño que se pretende corregir. Esto es, si la dis-

¹⁴ Artículo 39 LISD: supuestos especiales de aplazamiento y fraccionamiento.

1. *El pago de las liquidaciones giradas como consecuencia de la transmisión por herencia, legado o donación de una empresa individual que ejerza una actividad industrial, comercial, artesanal, agrícola o profesional o de participaciones en entidades a las que sea de aplicación la exención regulada en el punto dos del apartado octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, podrá aplazarse, a petición del sujeto pasivo deducida antes de expirar el plazo reglamentario de pago o, en su caso, el de presentación de la autoliquidación, durante los cinco años siguientes al día en que termine el plazo para el pago, con obligación de constituir caución suficiente y sin que proceda el abono de intereses durante el período de aplazamiento.*
2. *Terminado el plazo de cinco años podrá, con las mismas condiciones y requisitos, fraccionarse el pago en diez plazos semestrales, con el correspondiente abono del interés legal del dinero durante el tiempo de fraccionamiento.*

torsión que crea el pago de impuestos es financiera, de esa índole debe ser la solución. Justificar una reducción de impuestos por los problemas de pago (financieros) que al heredero le acarrea su propio enriquecimiento, no sólo parece una desviada solución, sino que es aspiración a la que legítimamente puede apuntarse todo aquel que herede fundamentalmente bienes no dinerarios.

Cuando buena parte de los «beneficios» fiscales que las sociedades y empresas individuales tienen en la actualidad (tanto en el IS como en el IRPF) no son sino aplazamientos o reglas especiales de imputación temporal (valga de ejemplo el régimen aplicable a las operaciones societarias de concentración empresarial), un aplazamiento de cinco años sin intereses tiene que reputarse, necesariamente, como un buen beneficio fiscal. Con la ventaja añadida de que no crea una situación injustificadamente privilegiada con quien hereda otro tipo de bienes.

Aun simplificando en exceso parece que este aplazamiento encajaba (y encaja, pues subsiste y es compatible con la reducción del 95%) en las hipótesis que un heredero pudiera plantearse respecto de la empresa: si la empresa individual goza de buena salud es procedente la tributación por la adquisición de tal fuente de riqueza, aunque el aplazamiento haga más llevadero ese enriquecimiento. Si la empresa (y el heredero) tienen problemas de liquidez, pero aquélla es capaz de generar buenos resultados en los cinco años siguientes (horizonte temporal de general manejo en los planteamientos contables y financieros), se respeta el principio de capacidad contributiva al exigir un impuesto a quien se enriquece, y se actúa prudente e inteligentemente facilitándole el pago. Finalmente, si la empresa se sitúa en pérdidas o se tienen las dotes adivinatorias suficientes para preverlas en el inmediato futuro, el aplazamiento de cinco años da un margen de recuperación sensato, aunque, en este caso, la mala situación económica de la empresa ha de hacerse valer en el momento de la valoración, de modo tal que una empresa con resultados negativos (actuales o previsibles) nunca podrá suponer una base imponible en el ISD por la que tributar los herederos hasta el punto de hacer insostenible su exacción. Nos parece fácilmente aceptable el que si una empresa genera un coste fiscal en su transmisión es porque la empresa tiene valor. Y en tales circunstancias el beneficio fiscal más proporcionado sería el aplazamiento y no la exención de impuestos.

Donde el aplazamiento empieza a resultar menos adecuado es en la extensión a las participaciones exentas en el IP. Como será objeto de más detenido análisis más adelante, simplemente procede apuntar ahora que la carga tributaria que a una persona le suponga el recibir hereditariamente acciones o participaciones en nada empece la marcha de la sociedad participada. Y en ese contexto el que goce de un aplazamiento que no disfrutan quienes heredan otro tipo de bienes, empieza a sumar en contra de este tipo de medidas.

Sea como fuere, el aplazamiento se vio superado en 1996 por un mejor beneficio como es la reducción del 95%. Con ello, el Reino de España hacía suya la recomendación de disminuir la carga tributaria en unas condiciones claramente favorecedoras de la transmisión empresarial. Del ajuste de esta medida a la sugerencia europea se hablará más tarde. Baste apuntar que la reducción a la que se invitaba llega casi a la supresión (la distancia es un mínimo 5%) y que los condicionantes europeos son que se prosiga de manera creíble la actividad, que se haga por un período mínimo, y que la carga fiscal reducida sea la de los activos estrictamente profesionales.

V. LOS ASPECTOS JURÍDICOS DE LA CUESTIÓN

Uno de los ámbitos donde la atención a la empresa familiar debe motivar cambios importantes es en el Derecho Privado. Por ejemplo, tiene algo de contradictorio que se adopten formas societarias de responsabilidad limitada y que se pretenda mantener como rasgo de identidad el carácter familiar de la empresa. Sin embargo no son los problemas mercantiles o civiles los que quieren vincularse con estos beneficios fiscales. Es algo distinto que, no siendo un problema nuevo, permite alguna conclusión diferente a las usuales. Nos referimos a la recepción que en el Derecho Tributario se hace de las normas que sobre la titularidad de bienes existen en el Derecho Privado.

La existencia de reglas fiscales distintas a las civiles es habitual y se enmarca en la autonomía que del Derecho Tributario se predica. Son las más conocidas las reglas de imputación de rentas en el IRPF concebidas con bases distintas a las del más común de los regímenes matrimoniales: el ganancial.

En el ámbito más concreto de la empresa es habitual que la actividad la desarrolle uno solo de los cónyuges aunque los bienes afectos a la misma sean de titularidad ganancial. Fiscalmente, en el IRPF las rentas corresponderán al cónyuge que ejerce personal, directa y habitualmente la actividad, aunque las normas civiles atribuyan a ambos los beneficios obtenidos. Por otro lado, en el IP, la fiel trasposición de las normas civiles supone la identidad en las soluciones fiscal y civil. Sin embargo, y por no perjudicar a los matrimonios regulados en lo económico por el régimen legal subsidiario del Código Civil, la exención en el IP no sólo beneficia al cónyuge empresario (o profesional), sino también a la parte del valor de los bienes comunes afectos al negocio que sean imputables al cónyuge sin actividad económica. Finalmente, la vinculación que existe entre las reducciones del ISD y la exención del IP hace que se proyecte sobre el impuesto sucesorio el esquema descrito de distribución conyugal de los beneficios.

Todas estas situaciones tienen cobijo en el principio de autonomía de las normas tributarias. La STC 45/1989, de 20 de febrero, estableció que la legislación tributaria... *«no está obligada a acomodarse estrechamente a la legislación civil (que sin embargo tampoco puede ignorar) y que en consecuencia, es en principio constitucionalmente lícito que el régimen fiscal del matrimonio sea establecido de modo uniforme, sin atender a la variedad posible en la práctica»*. En la misma línea, la STC de 12 de mayo de 1994 afirma que... *«el problema constitucional de la imputación de rentas no reside en comprobar si las normas tributarias concuerdan o no con la regulación que de las relaciones jurídicas subyacentes hagan las normas civiles, sino en decidir su conformidad con los principios constitucionales aplicables a la materia, al margen del grado de armonía que se consiga entre la ley civil y la tributaria que tampoco, por otro lado, puede ignorarse y dejarse de tomar en consideración de manera absoluta»*.

De estas dos sentencias puede colegirse tanto la autonomía de las normas tributarias como el no olvido de los regímenes económicos civiles. Y esas dos referencias son las que ahora interesan para valorar si la discrepancia entre las normas civiles y fiscales en el IRPF (que aisladamente considerada ya se ha dicho –pues así lo afirmó el TC– que no conculca norma constitucional alguna),

sumada a la coincidencia de criterios civiles y fiscales en el IP (matizada a favor del contribuyente) y en el ISD crean un entramado sistemático y congruente. Porque a lo mejor la fidelidad del ISD a los criterios iusprivatistas, cuando el IRPF ha establecido sus propias reglas de imputación, acerca el sistema tributario al civil pero aleja al ISD del otro gran impuesto sobre la imposición directa de las personas físicas.

Que en el IRPF las rentas ¹⁵ económicas y las del trabajo se imputen al cónyuge que realiza la actividad, plantea, en los regímenes económicos matrimoniales análogos (en esta perspectiva) al ganancial, la eventual incoherencia de que los bienes comunes adquiridos con esas rentas (fiscalmente de un cónyuge y civilmente de los dos) se imputen a ambos cónyuges y no a aquel que tributó por esa renta. Como con las normas del IP se gana en afinidad con el Derecho común, como no hay interés por crear una «estructura jurídica de propiedad» distinta en lo fiscal de lo civil, y, especialmente, porque la eventual incoherencia de hacer tributar en el IP a los dos cónyuges, por los bienes financiados con la renta «ganada fiscalmente» sólo por uno de ellos, lleva a una situación de ventaja fiscal (la que deriva de dividir el patrimonio entre dos), esta circunstancia no deja de ser una consecuencia menor de la falta de sintonía entre ambos impuestos.

Pero cuando un análisis parecido se hace respecto del ISD el planteamiento cambia radicalmente. Es frecuente todavía que en un matrimonio las rentas de trabajo o económicas las haya devengado fiscalmente sólo uno de los cónyuges. Si el ahorro de esas rentas se materializa en bienes comunes, en el momento del fallecimiento del cónyuge que obtuvo aquéllas, el superviviente recibirá la mitad del valor de tales bienes sin coste fiscal alguno. Sólo por la parte que reciba sucesoriamente (la cual puede variar tanto en función de la voluntad del causante como de los distintos regímenes civiles españoles) devengará algún pago fiscal. De este modo, el cónyuge se hace con un valor patrimonial que, conforme al régimen jurídico de los bienes, se entiende adquirido desde el momento que ingresó en la masa ganancial. La no tributación de la mitad consorcial y la tributación de lo recibido hereditariamente son, entonces, consecuencias del régimen civil. Como, además, no supone mayor carga fiscal que la que supondría una hipotética alternativa de gravar la adquisición de esos bienes consorciales (por entender que quien tributó por ellos fue el fallecido), no hay atentado al principio de capacidad económica.

Caso de que el cónyuge premoriente sea quien no obtuvo las rentas, la atribución de la mitad del valor al viudo y la adquisición hereditaria que por ese fallecimiento le corresponda, seguirán el mismo régimen fiscal que en la otra alternativa. Sin embargo, aquí, esa inexistencia de coherencia entre la tributación en el IRPF y en el ISD (por la trasposición a este último de las reglas de titularidad civil) motiva que el cónyuge viudo tenga que tributar en el ISD por adquirir un patrimonio financiado con rentas por las que fiscalmente ya tributó. En una visión extrajurídica se está ante un impuesto que grava una adquisición de bienes que «fiscalmente» ya eran suyos, pues ya tributó por la obtención de esas rentas. En cierto sentido, en consecuencia, se está ante un doble gravamen motivado porque una aplicación estricta de las normas civiles en el ISD arrastra una incoherencia con el IRPF, impuesto del que aquél es complementario.

15 Seleccionamos de entre los distintos componentes del IRPF aquellas rentas que se imputan con criterio distinto al de la titularidad jurídica.

No siendo esta circunstancia exactamente conculcadora del principio de equidad, no afectando sólo a la transmisión de las empresas que ahora nos ocupa, y no siendo supuesto de mayoritaria presencia, no es menos cierto que, si se enjuicia a la luz del principio de respeto a la capacidad contributiva, se presenta como un espacio más de penumbra en el actual estado constitucional del impuesto.

A su lado, el justificar estos beneficios (como se apunta en las reflexiones de la Comisión del Senado) por la situación (que no tiene visos de generalidad) en que quedaría un heredero que tributase por recibir una empresa a cuya formación o crecimiento ha contribuido nos parece cuestión menor. No sólo por su eventual escasa importancia cuantitativa sino, principalmente, por entender que esa contribución le habrá sido remunerada ¹⁶ y, en cualquier caso, por estar ante una cuestión fáctica (trabajar en la empresa de un pariente sin tener la condición de empresario o sin titularidad dominical sobre los bienes) de aparente fácil remedio (desde la creación de estructuras societarias hasta el empleo de fórmulas distintas de colaboración empresarial que reflejen titularidad de los bienes afectos).

VI. EL DIFÍCIL ENCAJE TÉCNICO DE ESTAS REDUCCIONES EN LA LIQUIDACIÓN DEL IMPUESTO. LA DUDA DE QUIÉN Y EN QUÉ MEDIDA SE APLICA LA REDUCCIÓN

Una de las cuestiones más decisivas en la práctica de estos beneficios es la determinación de la magnitud sobre la que aplicar el porcentaje de reducción. No es por ello de extrañar que la Resolución 2/1999, de 23 de marzo, de la DGT, relativa a la aplicación de las reducciones en la base imponible del ISD, en materia de vivienda habitual y empresa familiar, dedique sus primeros apartados a fijar criterio sobre tal cuestión. De las cuatro letras en que tal Resolución estructura estas cuestiones (bajo la rúbrica: «1.1 cuestiones de carácter general»), las dos primeras (letra a: procedimiento a seguir para practicar la reducción en los supuestos de fallecimiento de una persona casada bajo el régimen económico matrimonial de gananciales y letra b: inclusión en la base imponible del valor de los bienes con derecho a reducción) son las relevantes ahora.

Según la DGT la reducción debe calcularse sobre el valor de los bienes incluidos en el caudal relicto del causante, de modo que si, como consecuencia de la disolución del régimen económico de gananciales, se atribuye al causante la mitad de la vivienda habitual (y –añadimos nosotros– lo mismo valdría para cualquier otro bien), sólo se aplicará la reducción sobre la mitad. Este asunto no es intrascendente. Aceptado que el fallecimiento de una persona cierra la comunidad conyugal y abre su sucesión, el poder situar los bienes con beneficio en la esfera donde mayor rentabilidad fiscal se va a obtener debe ser objeto de cuidada meditación.

¹⁶ Con esta mención lo que se quiere subrayar es que la herencia de una empresa no es –o no debería ser– el pago por la colaboración prestada.

Otro tanto cabe decir del señalamiento de los herederos que van a aplicarse la reducción. En el criterio de la DGT «la reducción beneficiará por igual a los causahabientes en la sucesión... con independencia de las adjudicaciones realizadas en la partición, y cada uno sobre la parte del valor del bien objeto de reducción, incluida en su correspondiente base imponible».

De este modo, cuando haya tres herederos por partes iguales sobre un caudal relicto de 900 que incluya una empresa de valor 120, el criterio administrativo establece que en la base imponible de cada sujeto pasivo (de importe 300) se entienda incluido el valor de la empresa por un importe de 40. Sobre ese importe de 40 cada heredero se aplicará el porcentaje de reducción del 95% aunque, por hipótesis, en el reparto de los bienes la empresa se la adjudicara uno solo de los herederos.

Sin desconocer la racionalidad de esta construcción, merece la pena indagar sus fundamentos teóricos, sobre todo porque en la Comunidad Autónoma de Cataluña el criterio ¹⁷ fijado por la Generalitat en el Decreto 356/1999, de 30 de noviembre, criticando en su preámbulo la manera de aplicar la regla de partición igualitaria que propone la DGT, establece la aplicación del beneficio fiscal a quien definitivamente se adjudique los bienes. Pero, además, no sobre el valor del bien integrado en su base imponible, sino sobre el total valor del bien recibido.

En este estudio sobre quién, y en qué medida, recae el beneficio, tres partes pueden separarse:

- La relevancia o irrelevancia fiscal del acto de liquidación de la comunidad conyugal por el que civilmente se atribuyen bienes a la masa hereditaria y al cónyuge superviviente.
- El valor del bien que debe entenderse incluido en la base imponible de cada heredero cuando el testador no ha hecho atribución expresa de los mismos. Esta cuestión determinará, en pura técnica tributaria, la magnitud sobre la que debe girar la reducción del 95%.
- La identificación del heredero que puede aplicarse la reducción. Todos ellos según la DGT, sólo el que se adjudica la empresa según la norma autonómica citada.

a) La relevancia o irrelevancia fiscal del acto de liquidación de la comunidad conyugal por el que civilmente se atribuyen bienes a la masa hereditaria y al cónyuge superviviente.

El criterio de la DGT que se ha anticipado es perfectamente congruente con la ordenación civil de los actos sucesorios y con su engarce a la disolución de la comunidad conyugal. Si ésta es operación previa a aquéllos, y si la disolución de la comunidad conyugal es pieza separable de la ley sucesoria, queda fuera del Impuesto sobre Sucesiones, y más en concreto, del principio de igualdad en la partición que ahora se manejará. Así aceptado el razonamiento de la DGT deben aportarse, sin embargo, un matiz, una advertencia y una Sentencia.

¹⁷ La cita de la norma reglamentaria es oportuna por la elocuencia de su preámbulo. Pero lo dicho administrativamente parece tener respaldo (lo cual consideramos que es necesario) en la redacción vigente que el Parlamento catalán –con rango y valor de ley– ha dado a esta reducción.

El matiz, relevante en la medida que el Derecho propio y la práctica en cada Comunidad Autónoma así lo imponga, es que el acto que determina la adjudicación de bienes concretos al cónyuge viudo (que como tal atribución no está sujeta a impuesto directo alguno) y a la masa hereditaria (sobre la que se proyectarán distintos tipos de derechos) no es la disolución de la comunidad ganancial sino su liquidación. Disuelta pero no liquidada una comunidad, el valor de los bienes se considerará fiscalmente imputable por mitades a cada masa patrimonial.

La advertencia tiene una clara impronta fiscalista. Ha sido tradicional en el impuesto el prevenir –fundamentalmente a través del principio de igualdad– las adjudicaciones interesadas de bienes por la burla que podían suponer a la equitativa distribución de la carga tributaria. Tiene algo de chocante que esas adjudicaciones queden claramente evitadas –como ahora argumentaremos– cuando lo que se parte es la comunidad hereditaria y queden autorizadas cuando lo liquidado sea la comunidad matrimonial. Y el argumento en contra, defensor de esta divergencia, puede ser el respeto al Derecho Civil cuando de aplicar la norma se trate, pero cuando sea ocasión de hacer propuestas de *lege ferenda*, debería abordarse la solución de esta aparente incongruencia. Un plus de sinsentido a que fiscalmente haya que estar a lo hecho en la liquidación de la comunidad conyugal, pero no en lo de la liquidación de la comunidad hereditaria, lo aporta el que, siendo fases escindibles en la teoría jurídica, la práctica civil las une de modo difícilmente separables. De este modo, fallecida una persona casada, si su cónyuge e hijos se reparten en plena propiedad los bienes que fueron de titularidad del matrimonio, pero lo hacen sin ordenar y especificar adecuadamente qué es adjudicación ganancial y qué partición hereditaria, el deslinde teórico de aceptar fiscalmente la adjudicación ganancial y prescindir de la «hereditaria» es, sencillamente, inaplicable¹⁸.

La Sentencia¹⁹ –que viene a arrojar algo de oscuridad sobre este panorama– es la STS de 28 de julio de 2001. En tal pronunciamiento se proyecta el principio de igualdad a las operaciones de disolución de la comunidad conyugal, estableciendo que ese reparto es irrelevante fiscalmente. El problema no es exactamente que mantenga un criterio distinto a la DGT (cuestión que no por frecuente deja de ser lesiva a la seguridad jurídica en distintos impuestos), sino que en sus fundamentos (sí, evidentemente, en su autoridad) no acabamos de apreciar la congruencia y el peso necesarios para desdecir el criterio administrativo.

Y es que el TS, después de afirmar en el fundamento tercero que lo relevante es distribuir entre las dos masas (la hereditaria y la que queda para el cónyuge como parte de gananciales) el valor de los bienes y no éstos, afirma en el cuarto que la mitad de los bienes (no su valor, como acababa de afirmar) correspondían a la herencia y la mitad al viudo. En este contexto, que se nos presenta con

¹⁸ Análoga problemática, porque nacen de una misma circunstancia, se produce también en el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. El TSJ de Castilla-La Mancha (S. de 21 de diciembre de 1999) entendió, para este impuesto, que omitir la indicación de la procedencia de los bienes y pretender sacar ventaja fiscal de la misma sería un supuesto de fraude de ley.

¹⁹ Un muy acertado comentario de la misma puede verse en la *Revista de Contabilidad y Tributación (Legislación, Consultas, Jurisprudencia)*. Ed. Estudios Financieros n.º 225 (Diciembre 2001) a cargo de LUZ RUIBAL PEREIRA (Comentario 23/2001).

aparentes incongruencias²⁰, adoptar el criterio del TS sobre la aplicación del artículo 27 (el regulador del principio de igualdad en la partición) a las operaciones previas a la formación de la comunidad hereditaria (como así, acertadamente, las califica), con el único fundamento de que tal precepto «impone el respeto a las normas reguladoras de la sucesión» (cuando lo cierto es que la partición de la comunidad matrimonial no se regula por ley sucesoria sino por el régimen económico matrimonial aplicable), parece poco prudente²¹. En todo caso, debe también precisarse, a los efectos de extrapolación de este criterio a las reducciones de la base imponible, que en la STS se ventila un beneficio fiscal arbitrado como exención (la que existía sobre los bonos de caja), lo que supone matices distintos con las reducciones de la base imponible como luego se justificará.

En los expuestos distintos pareceres (la DGT no aplica el artículo 27 LISD a la disolución del matrimonio cuando podría aconsejarlo el interés fiscal y cuando lo afirma la citada STS) la clave ha de ser el cómo aplicar el tan repetido principio de igualdad.

Ya hemos anticipado que, a pesar de la STS y de lo que podría ser recomendable desde el punto de vista de las medidas cautelares frente a planificaciones fiscales sobre este impuesto, el principio de igualdad en la partición no nos parece aplicable en el momento de la liquidación de la comunidad conyugal. Sí que es cierto que en esta operación presucesoria se da la conducta que, respecto de la partición de la comunidad hereditaria, la norma quiere prevenir (esto es, «las particiones y adjudicaciones que los interesados hagan»), pero lo que ordena ese principio²² (art. 27 LISD y 56 RISD)

²⁰ La STS precisa que esa distribución por mitades es una limitación para el testador (lo cual, en cierto modo, y de referirse al valor y no a los bienes, es cierto) pero no se acaba de entender la afirmación de que respetar esa limitación (impuesta por la ley) es respetar la voluntad testamentaria.

²¹ Especialmente cuando insiste la STS en el valor del testamento, siendo que el testamento del caso planteado aparentemente nada decía y cuando, legalmente, poco podía decir sobre la liquidación de la comunidad matrimonial.

²² **Artículo 27 LISD:** Partición y excesos de adjudicación.

1. *En las sucesiones por causa de muerte, cualesquiera que sean las particiones y adjudicaciones que los interesados hagan, se considerará para los efectos del impuesto 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 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 afectaran sólo al que adquiera dichos bienes.*
3. *Se liquidarán excesos de adjudicación, según las normas establecidas en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados cuando existan diferencias, según el valor declarado, en las adjudicaciones efectuadas a los herederos o legatarios, en relación con el título hereditario; también se liquidarán los excesos de adjudicación cuando el valor comprobado de lo adjudicado a uno de los herederos o legatarios exceda del 50 por 100 del valor que le correspondería en virtud de su título, salvo en el supuesto de que los valores declarados sean iguales o superiores a los que resultarían de la aplicación de las reglas del Impuesto sobre el Patrimonio Neto.*

Artículo 56 RISD: Principio de igualdad en la partición y excesos de adjudicación.

1. *En las adquisiciones por causa de muerte, cualquiera que sean las particiones y adjudicaciones que los interesados hagan, se considerará a los efectos del impuesto 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.*

es que esas particiones se consideren a efectos del impuesto como «si se hubiesen hecho con estricta igualdad y con arreglo a las normas reguladoras de la sucesión». En esos dos parámetros (la igualdad y la atención a la ley sucesoria) el relevante²³ es el segundo. Y si las operaciones de liquidación de la comunidad matrimonial (aunque tengan como presupuesto la disolución por fallecimiento) no son «ley sucesoria» (y tan es así que en determinados Derechos forales están regulados en leyes distintas), habrá que entender que el principio de igualdad empieza a ser aplicable a partir del momento en que impera civilmente la ley sucesoria y no la matrimonial. Por ello, la liquidación civil de la comunidad matrimonial sí es relevante en el Impuesto sobre Sucesiones, pues es la que determina, sin regla fiscal que la condicione, qué bienes se consideran relictos. Sólo a partir de esa precisión es momento de aplicación el principio de igualdad.

b) El valor del bien que debe entenderse incluido en la base imponible de cada heredero cuando el testador no ha hecho atribución expresa de los mismos.

La identificación de qué bienes estén incluidos en la base imponible de cada heredero es problema que surge con las reducciones a favor de la empresa y la vivienda. En efecto, se trata de beneficios que se instrumentan como reducciones de la base imponible y cuya aplicación se condiciona a que el valor de tales bienes se incluya en la base imponible de determinados familiares (primer inciso de la letra a del artículo 20.2.c) y a que tales bienes se mantengan durante 10 años. La DGT no se ha pronunciado expresamente sobre esta cuestión, aunque al afirmar que la reducción se la aplican todos los familiares herederos del empresario fallecido, está aceptando implícitamente²⁴ que en la base imponible de cada uno de ellos está incluido el valor de la empresa (o participaciones o vivienda) que proporcionalmente le corresponda.

2. Si los bienes en cuya comprobación resultare aumento de valores o a los que deba aplicarse la exención o 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.
3. Se liquidarán excesos de adjudicación, según las normas establecidas en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, cuando existan diferencias, según el valor declarado, en las adjudicaciones efectuadas a los herederos y legatarios, en relación con el título hereditario.
4. También se liquidarán, según las mismas normas, los excesos de adjudicación que resulten cuando el valor comprobado de lo adjudicado a uno de los herederos o legatarios exceda en más del 50% del valor que le correspondería en virtud de su título, salvo en el supuesto de que los valores declarados, para cada uno de los bienes inventariados, sean iguales o superiores a los que resultarían de la aplicación de las reglas del Impuesto sobre el Patrimonio. Se entenderá a estos efectos, como valor correspondiente a cada heredero o legatario el que resulte después del prorrateo entre los mismos de los aumentos de valor obtenidos de la comprobación a que se refiere el apartado 1 anterior.

²³ La igualdad, a pesar de ser ésa también la denominación que emplea el artículo 56 RISD para titular el principio en cuestión, no debe interpretarse en su estricto sentido semántico. No se trata de liquidar por igual a todos los herederos. Se trata de liquidar a cada uno por el «teórico» incremento patrimonial gratuito que la normativa civil le atribuya, sea igual o distinto al que corresponda a los otros herederos. Y en este sentido resultaba más apropiada la redacción del Reglamento de Derechos Reales de 1896 que ordenaba liquidar con *estricta igualdad proporcional* de lo bueno, mediano o inferior.

²⁴ Nos referimos al hecho de que si la reducción es de la base imponible, necesariamente en ésta debe entenderse incluido el valor del bien origen del beneficio. Y si la reducción se la aplican todos parece claro que el valor del bien debe entenderse prorrateado entre las bases imponibles de todos los sujetos pasivos.

El criterio nos parece lógico, pero conviene apuntar, por la diferencia señalada de lo que se establece en la ley catalana, que realmente esta conclusión no deriva directamente del principio de igualdad. Como se ha visto, éste se remite a la ley sucesoria. Y de ésta, salvo en el caso ²⁵ de que el testador atribuya bienes a persona determinada o los adjudique como legados, se desprenderá el valor económico que sobre la masa hereditaria corresponde a cada heredero. Pero la ley civil, sin necesidad de retomar la imprecisa y normalmente estéril distinción entre comunidades románicas y germánicas, no imputa qué bienes corresponden a cada heredero. Todavía más, ni siquiera puede entenderse civilmente que el derecho de cada causahabiente sobre la herencia se proyecte, en la proporción que les corresponda, sobre cada uno de los bienes de ésta. Con lo cual, el principio de igualdad resuelve, vía remisión a normas civiles, la imputación cuantitativa que deba hacerse a cada sujeto pasivo por su participación en la herencia, pero, al menos directamente, no la cualitativa.

Como hasta la aparición de estos beneficios la concreción del bien (o de la parte del valor del bien) incluido en la base imponible de cada sujeto pasivo era irrelevante, no existe norma alguna en el impuesto que expresamente dé una solución.

Sí que el artículo 56.2 RISD frena los manejos que pudieran hacerse en el momento de la partición para optimizar beneficios fiscales de no sujeción o exención. Pero no puede apreciarse en esta previsión –estuviera o no permitida en lo que tenga de interpretación analógica– una identidad de razón con los beneficios que minoran la base imponible. La diferencia la da el sistema liquidador del impuesto. El principio de igualdad prorratea entre todos los herederos los supuestos de no sujeción, exención y aumentos en la comprobación del valor. Fases todas ellas previas a la formación de la base imponible. Pero una vez formada ésta, los restantes elementos de la liquidación prescinden de la situación de los coherederos para tomar como referencias exclusivas las derivadas de cada sujeto pasivo. Tal es el caso de las reducciones por adquisición de determinados bienes sobre los que pesa una obligación de mantenimiento.

En este punto resulta que ni el principio de igualdad en la partición ni la ley civil determinan qué bienes o qué valor de bienes está incluido en cada base imponible de una herencia. Sin embargo, los argumentos a favor de entender incluido en cada base imponible el valor proporcional que sobre cada bien corresponda a cada heredero, parecen fundamentales:

- No será aplicable directamente el principio de igualdad, pero ante la ausencia de norma fiscal o civil sustitutiva, parece que, no existiendo identidad de razón, pero existiendo, sin embargo, un punto común (la preocupación ante las adjudicaciones ventajosas fiscalmente) entre ambas cuestiones, podría aplicarse la misma solución. Estaríamos entonces extendiendo las cautelas del principio de igualdad desde el terreno puramente cuantitativo al cualitativo.

²⁵ Y en estos supuestos no hay duda de que el bien y el valor del mismo que se incluye en la base imponible es (art. 56.2) el específicamente adjudicado por el testador.

- Civilmente (y sobre todo por una construcción dogmática nacida al amparo de cuestiones registrales) es cierto que el heredero tiene una participación sobre el total de la herencia y no una participación indivisa en todos y cada uno de los bienes, pero hacer especial hincapié en esta doctrina cuando adoptar la posición contraria en nada empañaría el respeto al Derecho Civil, cuando la autonomía entre éste y el Derecho Tributario está consagrada, y cuando se trata, simplemente, de aplicar la propiedad distributiva que las Matemáticas predicán (es lo mismo un 10% sobre un patrimonio de dos bienes de valor 20 y 30 que la suma de un 10% sobre el valor de 20 y un 10% sobre 30), parece un apego innecesario.
- No solucionando el ámbito fiscal ni el civil el problema, no queda excusada la solución. Y en ese caso, la lógica y el sentido común llevarían a la conclusión que ahora se está justificando.

Pareciéndonos ésta la mejor solución (que es la que implícitamente también acepta la DGT pero no el Decreto catalán citado) conviene ya advertir que, como ahora se abordará, de seguirse tal línea de razonamiento, pero separándonos en el asunto siguiente (quién debe aplicarse la reducción) del criterio administrativo, el resultado global de la liquidación de las reducciones resulta algo paradójico.

c) La identificación del heredero que puede aplicarse la reducción.

Para la DGT la reducción se la puede aplicar todo aquel sujeto pasivo que cumpla el grado de parentesco que la reducción de la base imponible establezca. El fundamento lo encuentra en el principio de igualdad en la partición.

Cuatro tipos de objeciones encontramos en la conclusión de la DGT:

- Desde una perspectiva puramente literal (art. 27 LISD y 57 RISD) el principio de igualdad se proyecta sobre supuestos de no sujeción y de exención. No sobre reducciones de la base imponible.
- Desde una perspectiva sistemática de la norma hay que insistir en que este principio (que más que principio es una ficción o una presunción) se extiende a aquellas operaciones de la liquidación del impuesto que llevan a la formación de un caudal fiscal hereditario. Una vez determinado, la base imponible de cada sujeto pasivo se obtiene de aplicar sobre el mismo el porcentaje de participación que le corresponda. Y a partir de esa fase, el principio de igualdad (que lo que reclama es atención al llamamiento hereditario y no a las particiones) no tiene ámbito de aplicación.
- Desde una interpretación finalista de las reducciones parece claro que prescindir del dato de quién se adjudica finalmente la empresa, cuando el beneficio se justifica por la continuidad de la empresa y se protege su pureza con un requisito de mantenimiento, tiene algo de contradictorio: se quiere beneficiar la continuidad de la actividad empresarial, pero se

privilegia a todos los herederos, colaboren en la misma o no. Se exige mantener la empresa 10 años, pero se aplica el beneficio a quien ni siquiera ha llegado a ser titular exclusivo de la misma.

- Desde una perspectiva ajena a cualquier tecnicismo tiene algo de curioso el que alguien disfrute de un beneficio que merece y mantiene otro (es lo que ocurre cuando la empresa se la adjudica uno solo de los coherederos). O al revés, que se pierda un beneficio por la decisión de un tercero (por ejemplo cuando el coheredero que se adjudicó la empresa decide venderla).

En nuestra opinión la reducción debería disfrutarla quien continúe la actividad empresarial. No exactamente aquel a quien se adjudique la empresa. De este modo, si hay partición y se la adjudica un solo coheredero, sólo a él corresponderá la reducción. Pero si la partición no llega, el beneficio debería atribuirse a quien realmente continúe la actividad. Sea o no exclusivo propietario de la misma. El llevar la reducción sólo al coheredero que mantiene la actividad lo justificamos en el entendimiento de que el beneficio lo merece quien mantiene la empresa.

El problema de esta construcción es que, si se comparte que en la base imponible de cada heredero sólo se incluye una parte proporcional del valor de la empresa, la reducción del 95% sólo podrá girar sobre un valor parcial de la empresa.

Si retomamos el ejemplo que antes se proponía (tres herederos por partes iguales de 300 quedándose la empresa de 120 sólo uno de ellos), el heredero que va a tener derecho a la reducción es el que se adjudica la empresa. Pero como el valor de la empresa que está incluido en su base imponible es de 40, sólo sobre 40 girará la reducción. La diferencia con el criterio de la DGT es que no se aplican la reducción los otros dos coherederos. Y, en ese sentido, hay un valor de la empresa (por 80) por el que se «pierde» su atractivo fiscal.

La norma catalana atiende a este último sinsentido estableciendo que la reducción se la aplique exclusivamente el heredero adjudicatario por el valor total de la empresa. Siendo evidente su congruencia con la finalidad de la reducción, tiene el inconveniente ²⁶ de aplicar una reducción sobre el valor de un bien que, según la técnica del impuesto, no está íntegramente ubicado en la base imponible de ese heredero, sino «repartido» entre la de todos aquellos que fueran descendientes del fallecido.

El no existir una solución, respetuosa a la vez con el sistema liquidador del impuesto y con el sentido de la reducción, lo da el que la introducción de los beneficios fiscales que se comentan en 1996 (por Real Decreto-Ley) no fue acompañada con la rectificación de todos aquellos aspectos del impuesto (principalmente los que se han ido desgranando en este comentario) en los que debía enca-

²⁶ Junto al Decreto de la Generalitat citado hay que hacer mención de la actual ley reguladora del beneficio fiscal para la adquisición de empresas en la normativa catalana. En la misma, y el matiz no es irrelevante, no se condiciona (como en la ley del impuesto) la reducción a que «en la base imponible... estuviere incluido el valor de una empresa individual...». No existiendo tal limitación, puede razonarse que la magnitud sobre la que aplicar el adjudicatario la reducción del 95% no ha de ser, necesariamente, la parte de valor que se entienda incluido en la base imponible.

jarse este elemento de la liquidación. Y eso, más allá de las discrepantes opiniones doctrinales o teóricas, es un mal especialmente relevante cuando hay distintas administraciones gestoras del impuesto y cuando la capacidad normativa sobre esas reducciones (de gran interés para los distintos parlamentos regionales) se condiciona en la ley de cesión de tributos a las CC.AA. a un respeto a las reglas básicas (esto es, a estas que se nos antojan contradictorias) fijadas por el Estado.

VII. EL REQUISITO DE MANTENIMIENTO

Expresada nuestra opinión sobre el escaso aporte que a la consistencia de la reducción trae el exigir que la empresa estuviera exenta en el patrimonio del causante, es congruente el insistir en que en un impuesto que grava las adquisiciones lo relevante ha de ser el régimen que se establezca para el sujeto pasivo. El que la empresa estuviera exenta para el fallecido ayuda a delimitar el ámbito objetivo de la reducción, pero nos parece descompensado el rigor de la norma en este punto si se compara con la permisividad que se ofrece al heredero.

Como ya hemos anticipado, la búsqueda de la razonabilidad y justificación constitucional de la reducción no puede agotarse en la razonabilidad y justificación de su finalidad. Ésta debe darse por buena desde el momento en que la deciden las Cortes Generales, pero quedan a un análisis técnico dos cuestiones clave:

- La averiguación de si el régimen legal en que se concreta esa reducción permite el cumplimiento de los fines, y
- Si esos requisitos impiden el acceso al beneficio de situaciones no merecedoras de tan elevada protección fiscal.

Ambos aspectos, minusvalorada a estos efectos la trascendencia de que se herede lo que estuvo exento para otra persona, deben buscarse en el requisito de mantenimiento. Y ello por ser el garante ²⁷ de que se continúe la actividad económica y se mantenga el carácter «familiar» ²⁸ del accionariado.

²⁷ Sin duda habrá otras finalidades en la norma pero las que se comentan ahora son las más evidentes.

²⁸ El aceptar que mantener un núcleo accionarial de familiares sea merecedor de protección fiscal nos resulta menos evidente que garantizar la actividad económica. Si lo citamos ahora es tanto por el protagonismo que este tipo de empresas han tenido en la gestación y ampliación de estos beneficios como por el que proyectan en toda la Unión Europea. En una primera aproximación la impresión es que se está protegiendo la titularidad familiar de esas participaciones. Habrá que oponer a esta funesta impresión la idea de las ventajas (que también tomaremos por supuestas) que reporta a nuestra economía que el capital sea nacional (lo cual ni puede garantizarse normativamente por resultar contradictorio con postulados básicos de la Unión Europea ni puede hacer olvidar el que la internacionalización también se da en las relaciones personales) o, especialmente, que sólo un núcleo familiar va a permitir la continuidad de la empresa (pero si es así debería exigirse algo más de un 20% para que resulte creíble). Todo lo cual nos lleva a lo que consideramos realmente protegible con la reducción: la continuidad de la actividad económica.

Antes del análisis separado de este requisito (según se herede una empresa individual o una societaria) puede hacerse una observación común a ambos casos.

Entendemos que la empresa como actividad humana no es más merecedora de beneficio fiscal que lo que pueda exigir la actividad humana que genera rentas del trabajo. Tampoco la empresa como conjunto de bienes es acreedora de mejor trato que el que los bienes generadores de renta de capital puedan merecer. La empresa no es entonces, en este impreciso sentido, objeto que por sí mismo y aisladamente considerado reclame protección fiscal. El bien protegible habrá que residenciarlo en la creación de riqueza que genere (a la sociedad, no al titular), en los puestos de trabajo que conlleve, en el estímulo de la demanda y consumo o en las inversiones que suponga. De todo esto no hay mención expresa en la normativa y, como ahora se verá, tampoco parece que el criterio administrativo se incline por entenderlo implícito en el sentido de la reducción.

a) El caso de la reducción de la vivienda habitual.

Cuando en junio de 1996 aparecen las reducciones para la transmisión de la empresa se incorpora también a nuestro ordenamiento una reducción del 95% para la transmisión de la vivienda habitual del fallecido. Su comentario, en un trabajo dedicado a las reducciones empresariales, se justifica por presentar similares deficiencias en la regulación del requisito del mantenimiento. Y en ese sentido parece buena introducción para el estudio de las reducciones empresariales.

Antes de que la DGT estableciera como criterio que la reducción procede aunque los herederos no conviertan tal vivienda en su morada habitual, defendíamos, por el contrario, que tal destino era de imprescindible exigencia. Todavía más, entendíamos que tal condición, no expresada en el tenor ²⁹ de la ley, podía deducirse de la interpretación finalista de la norma.

En la interpretación que ha prevalecido se dan las suficientes contradicciones ³⁰ como para vaciar de sentido la reducción:

- No puede aceptarse que la reducción sea un sucedáneo de mínimo exento por el hecho de obtener un incremento lucrativo patrimonial materializado en la vivienda habitual del causante. Si lo que se ha querido es reducir la carga tributaria por el ISD, lo lógico hubiera sido

²⁹ Incluso adoptando una posición de interpretación literal del precepto podría razonarse del siguiente modo: cuando la norma exige mantener lo adquirido durante 10 años, el objeto de ese mantenimiento debería ser la vivienda habitual que es, estrictamente, lo adquirido. Obsérvese que la norma habla de «mantener» lo adquirido. Y una de dos, o se realiza sobre esa locución normativa el socorrido reproche de imprecisión jurídica o se transforma en una exigencia de «conservar» en parecidas circunstancias el uso y destino que sobre esa vivienda existiera.

³⁰ Una de las más evidentes la da la extensión del beneficio a los colaterales que convivieran con el fallecido. La exigencia de convivencia sólo es comprensible desde la intención del legislador de beneficiarlos si van a continuar habitando la vivienda que ya constituía su morada. ¿Qué sentido tiene exigir la convivencia si, por ejemplo, ese colateral abandona tal hogar y la destina a alquiler?

arbitrar una exención o reducción sin referencia concreta a ningún bien. ¿Por qué quien hereda un capital de 100.000 euros materializados en dinero tributa y quien lo recibe en forma de vivienda no tributa?

- Es cierto que en buena parte de las herencias figura una vivienda y que ésta es la habitual del fallecido. En ese sentido la reducción beneficia a un buen número de contribuyentes, mitigando la eventual falta de equidad de la medida. ¿Pero por qué ha de recompensarse fiscalmente (¡además al heredero!) el tener en propiedad una vivienda frente a la alternativa de disfrutarla en régimen de alquiler? ¿Tiene sentido que la ley incentive la «planificación fiscal» de comprar vivienda por el ahorro que supondrá en el ISD? ¿Qué beneficio obtiene la sociedad con tal tipo de conducta?
- La razonabilidad ³¹ que el TC exige en la construcción de los beneficios fiscales no se da en este caso si la única exigencia al sujeto pasivo es que no transmita la vivienda en 10 años. El valor social, política y jurídicamente protegible ³² ínsito en la vivienda, cuando se quiera y pueda trasladar al ámbito fiscal, debería traducirse en beneficios para su titularidad (como la exención que existe en el IP) o para su adquisición (deducción en base imponible y en cuota en el IRPF, exención por la transmisión de la vivienda habitual cuando se va a adquirir otra, etc.). Pero, ¿tiene sentido el beneficiar a una persona adquirente de una vivienda por el mero hecho de que fuera la vivienda habitual de un pariente?
- Si el beneficio no responde a la idea de facilitar el acceso a la vivienda, y desde luego no está así diseñado, no entendemos la exigencia de mantenerla durante el plazo de los 10 años. ¿Qué garantiza ese plazo?

Creemos que de todo lo anterior no puede derivarse exactamente una situación dañina de la equidad, pero sí un cuadro revelador de un beneficio fiscal con graves deficiencias técnicas en su construcción.

Como resumen y enlace con el estudio de las reducciones empresariales hay que acabar expresando la idea de que interpretar el requisito de la ley (el de «mantener lo adquirido»), como una mera continuidad de la titularidad jurídica del bien, colisiona frontalmente con el sentido de los beneficios e incluso es razonablemente defendible que no es eso lo que se deriva del texto legal. Este mismo tipo de interpretación, de consecuencia y de disfunción es lo que se va a dar también en las reducciones empresariales.

³¹ Considerando la necesidad social de una vivienda digna, parecería merecedor de mejor trato fiscal la adquisición *mortis causa* de un dinero que el adquirente destinase a tal fin que la adquisición de la vivienda familiar para convertirla en un local de diversión de exitosa aceptación.

³² Ejemplos paradigmáticos de tal valor son las referencias de nuestra Constitución (arts. 18.2 y 47) a la vivienda digna e inviolable.

b) *El mantenimiento de la empresa individual.*

Al hablar de la exención en el IP de la empresa individual justificábamos su procedencia en que, asumido que su protección es fruto de una adecuada política económica, no existía grave discriminación de otros contribuyentes (y a estos efectos comparábamos a quien obtiene rentas del trabajo, de capital o ganancias patrimoniales con quien las obtiene económicas) por la peculiar situación fiscal que da el combinar actividad humana y explotación de bienes. Pero en el ISD hay que exigir algo distinto. La diferencia es que, aun aceptando como motor de la reducción esa misma política económica (y ya sobre esta cuestión se han formulado reparos por la falta de protección específica de los puestos de trabajo o la inversión), la comparación con la situación de otros contribuyentes (exigida por el respeto a la igualdad) revela una misma situación básica (el hecho imponible es la adquisición de bienes, y eso en nada lo diferencia de otros contribuyentes, no existiendo además ninguna actividad humana del sujeto pasivo que lo singularice respecto de la herencia de bienes no afectos). Si la reducción tiene sentido por política económica –cuestión intachable constitucionalmente– pero discrimina favorablemente a unos contribuyentes que no revelan verdadera justificación de la diferencia, es necesario un requisito que destaque la razonabilidad del beneficio. Y ésta es la capital importancia del requisito de mantenimiento.

Para su estudio hay dos cuestiones básicas: ¿garantiza la reducción la consecución de los objetivos de política económica (tanto en la vertiente «positiva» de que efectivamente lo haga, como en la «negativa» de que impida accesos indebidos al beneficio)? ¿Garantizando ese objetivo «eleva» el valor del diferente trato a la categoría de merecido beneficio fiscal?

Para abordar esos interrogantes se analizará desde una perspectiva generalista la interpretación administrativa de qué sea mantener lo adquirido, comentando posteriormente algunos casos que, resueltos por la DGT, se nos antojan reveladores de lo que se entiende implícito en la normativa.

Respecto de la primera cuestión, cuando la Resolución 2/1999 aborda la interpretación del requisito de mantenimiento, se afirma 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 tanto, simplemente debe mantenerse la titularidad y no se exige al adquirente que siga con la actividad*». Cuando a continuación aborda el requisito de mantenimiento en las adquisiciones *inter vivos* (formulado legalmente en otros términos al de las adquisiciones sucesorias) lo diferencia del anterior por tres cuestiones: debe mantenerse el valor de adquisición y debe mantenerse actividad (pudiendo ser distinta de la del causante), pero no se exige mantener la titularidad de todos los bienes.

Esta interpretación ni tiene fácil encaje con las propuestas de la Unión Europea sobre favorecimiento de la sucesión empresarial, ni nos parece ajustada al sentido teleológico de la norma, ni puede considerarse realmente una interpretación literal (o lectura) de la norma, ni lleva a resultados prácticos compatibles con la seguridad jurídica. Como los argumentos a favor de exigir una activi-

dad económica en los herederos ya los expusimos³³ en su momento, y nos parecen todavía válidos, optamos por la comparación de la interpretación de este requisito con la Recomendación comunitaria antes mencionada y por enjuiciar los efectos prácticos de interpretar el mantenimiento como la permanencia en la titularidad jurídica de los bienes.

En las propuestas europeas la reducción de impuestos se acepta «siempre que se prosiga de manera creíble la actividad de la empresa durante un período mínimo». Como la interpretación administrativa se decanta por prescindir de la exigencia de continuidad, no hay que argumentar mucho más para apreciar la desviación. Apartándose de esta línea interpretativa, y ajustándose mejor a las propuestas europeas, alguna legislación fiscal autonómica ha optado por reformular este requisito de mantenimiento. Y así, por ejemplo, la redacción aragonesa de esta reducción exige la afectación

³³ En la *Revista de Contabilidad y Tributación (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros n.º 172 (Julio 1997) decíamos: «... Más importante, y de más difícil precisión, es determinar sobre qué bien se mantenga la adquisición. La dificultad surge por la clara vocación cambista de la empresa: No tiene ningún sentido exigir el mantenimiento del mismo patrimonio empresarial recibido en el caso, por ejemplo, de una farmacia donde el mayor valor material (al margen el fondo de comercio no adquirido onerosamente que no luce en balance por aplicación de las Normas de Valoración del Plan General Contable) es el activo circulante, las existencias.

En busca de una norma aplicable a todo tipo de empresa podría razonarse de la siguiente manera:

- *Lo decisivo debe ser el mantenimiento de la actividad empresarial que realizara el causante. Va de suyo que la enajenación de las mercaderías adquiridas mortis causa no puede enervar la procedencia de la reducción. Centrar el objeto del "mantenimiento" en la actividad desarrollada casa perfectamente con el concepto estricto de empresa, con la más que presumible voluntad del legislador y con la propia dicción de la norma.*
- *Los procedimientos y métodos de valoración, tanto en el ámbito puramente mercantil como en el específicamente fiscal, suelen prescindir de los cálculos basados exclusivamente en los llamados métodos simples de valoración (métodos de valor nominal, contable, activo neto real, sustancial, etc.). Son más correctos, y por tanto de preferente aplicación, tanto el método de valoración en función del rendimiento como los denominados métodos compuestos basados en el "good will" o fondo de comercio. Esa preferencia por la expectativa de beneficios o por la contemplación de los valores inmateriales inherentes a una empresa lo que pone de manifiesto es la real importancia de la actividad concreta desarrollada por el empresario. Si lo frecuente es que esa valoración por encima del valor contable de la empresa se incluya en base imponible, habría que concluir, desde este punto de vista, que el valor inmaterial causante de esa sobrevaloración debe ser también objeto de mantenimiento por parte del adquirente.*

Como el mantenimiento de determinados aspectos de esos "activos" inmateriales no es razonablemente exigible al contribuyente (la fama, buen nombre o clientela de la empresa son valores difícilmente controlables), debería localizarse el núcleo de ese mantenimiento en la continuación de la actividad desarrollada por el causante.

- *En principio, y como consecuencia inmediata de lo anterior, la actividad a mantener debe ser la misma que desarrollara el causante. Esta precisión adicional ni supone una excesiva dificultad en el cumplimiento de los requisitos ni es extraña en el ordenamiento tributario –recuérdese que está exigida expresamente por el art. 7.1º c de la Ley 37/92 del IVA para entender no sujeta la transmisión mortis causa del negocio–. Si, como entiendo, el legislador ha querido privilegiar una suerte de "subrogación" personal en el ejercicio de la actividad, debe entenderse implícito en el sentido teleológico de la norma el requerir esa identidad de actividad.*

No parece que la voluntad del legislador haya sido el beneficiar la mera recepción de un determinado capital –en forma de explotación económica– para destinarlo a cualquier actividad empresarial. Tampoco el incentivar la creación ex novo de empresas sobre el valor "estático" de un patrimonio antes afecto y huérfano de actividad con el fallecimiento del causante. Es más razonable entender que un beneficio de tal magnitud responde a una protección del valor de la "empresa en funcionamiento" y no a la mera suma o cálculo del valor patrimonial de sus bienes individualmente considerados.

No obstante todo lo anterior, una marcha catastrófica de la actividad en cuestión, la irrupción de circunstancias inesperadas (inclusión del sector en planes de reconversión, aumento súbito y abrumador de la competencia) o sucesos del mismo tenor deberían flexibilizar la exigencia durante el plazo de 10 años de la identidad en la actividad desarrollada. El límite al cambio de actividad debería buscarse, precisamente, en su justificación».

de los bienes recibidos a una actividad económica de cualquiera de los causahabientes (sea o no la misma que desarrollara el fallecido). Por su parte, la normativa valenciana exige que «*se mantenga* (el negocio o la empresa) *por el adquirente en actividad durante 10 años*». Valgan estos dos ejemplos como indicativos de que la exigencia de mantenimiento de una actividad no parece algo desorbitado. Y de cómo es posible mayor cercanía con los planteamientos europeos.

Sobre las consecuencias de centrar el mantenimiento en la titularidad de los bienes, la primera advertencia ha de ser que llevada a sus últimas consecuencias impide tanto la venta de existencias como la renovación del inmovilizado. Lo cual, evidentemente, no tiene sentido. Y por reflejar algo que ya hemos hecho constar como demérito, nos parece cuando menos curioso que se pueda prescindir de los empleados y/o cesar en la actividad económica y no perder la reducción por el hecho de no haber transmitido los bienes ³⁴.

En este difícil contexto normativo el entramado que pueda urdir el criterio administrativo difícilmente podrá resultar al mismo tiempo coherente con la finalidad de la norma y con su literalidad.

Como prueba de lo dicho seleccionamos determinadas consultas evacuadas por la DGT y las confrontamos con lo que venimos considerando sentido y finalidad del beneficio.

- Cuestión clave a resolver es el tratamiento de las ventas de inmovilizado o las ventas parciales de la empresa cuando el requisito se interpreta –y así lo hace la DGT–, como mantener la titularidad de lo adquirido.

Para los supuestos de reinversión la Consulta de 28 de agosto de 2001 establece que, al ingresar en el patrimonio del heredero un bien en sustitución del transmitido, el valor de adquisición se vería mantenido o incrementado por lo que no se pierde el derecho a la reducción. El criterio nos parece perfectamente congruente con la finalidad de contribuir a la pervivencia de la empresa (en este caso no penalizando la mejora y renovación de activos), aunque parece confirmar la interpretación de que mantener la titularidad de los bienes (recuérdese: la única imposición, dado que no se exige actividad económica en el heredero) es una exigencia que sólo juega cuando disminuya el valor de lo adquirido. Por todo ello, y a pesar de entender que el juego de los requisitos de mantener la titularidad y no disminuir el valor de lo adquirido está mal conciliado, resulta razonable la conclusión de la DGT por ser congruente con el espíritu de la reducción.

Lo que no aborda la consulta es el régimen a seguir cuando la venta de inmovilizados no opera una suerte de subrogación real (en la que se adquiere un bien empresarial con el producto de la venta del bien empresarial heredado), esto es, cuando no hay sustitución y el resultado de la venta no es el mantenimiento o incremento de la inversión de la empresa.

³⁴ Tampoco se trata de ir enumerando casos concretos que pueden llegar a darse, pero alguno sí que ejemplifica bien los efectos prácticos de esta interpretación: el profesional que usaba como despacho un inmueble distinto al de su morada, pero habitable como vivienda, duplica el beneficio a sus hijos si además de la reducción por su vivienda habitual, éstos pueden aplicar la reducción por el inmueble ayer usado como despacho y, muerto el profesional, utilizable como vivienda.

- La cuestión a que se acaba de aludir se recoge en Consulta de 8 de junio de 2001 que delimita un concepto de «reversión» que parece difícil llegar a compartir. Tras un razonable inicio reconduciendo la validez de la reversión al mantenimiento del valor de lo adquirido (de modo tal que la venta de activos sólo arrastra pérdida de beneficio cuando la inversión que se haga en la actividad sea inferior ³⁵ a la existente), se acepta la reversión en bienes «... *afectos o no a la actividad que, en su caso, se siga desarrollando*». Lo grave no es que no se exija continuidad en la actividad (y es menos grave sólo porque no es novedoso el criterio), sino que pueda existir reversión por su materialización en bienes no afectos! En el sistema creado por esta línea de interpretación la conclusión puede ser lógica: si no se exige que se continúe con ninguna actividad, no es posible exigir afectación a los bienes reinvertidos. Pero aunque no se comparta la interpretación finalista que venimos reclamando de este beneficio, habrá que compartir, al menos, que con la línea de literal interpretación (que esta consulta, por cierto, proclama como única vía) se está llegando a conclusiones esperpénticas.

En efecto, si entendemos y generalizamos bien lo que dice la consulta, resulta que mantener lo adquirido no significa no poder transmitir (lo cual, sin necesidad de consultar el Diccionario parece que es su acepción literal). En el parecer administrativo, transmitir onerosamente, ventajosamente y (entendemos) con cobro total o parcial en especie respeta ³⁶ la obligación de mantener lo adquirido.

Cuando decimos que la venta ha de ser onerosa y ventajosa (realmente con que sea neutra ya valdría) nos referimos a que es la única opción en que, transmitiendo lo heredado, puede cobrarse un importe igual al valor de lo transmitido. Ya hemos dicho que no parece un requisito en exceso gravoso, pero tampoco, y es lo importante, que pueda justificar (por comparación con quien no lo va a tener) un beneficio fiscal de esta magnitud.

Lo de cobrar en especie lo deducimos (al margen del sentido económico usual del término) de la insistencia que se hace en reinvertir en bienes y derechos. Y siendo conscientes de la condición de bien que puede predicarse del dinero, el tono general de la consulta (y desde luego el caso concreto planteado) lleva a bienes no dinerarios. Realmente que la reversión sea en especie (y con esta expresión queremos agrupar tanto los casos de permuta como los casos de adquisición de bienes con el dinero cobrado por la venta de un bien relicto) y no en dinero tampoco endereza lo que ya está totalmente desustanciado: se puede vender un bien (y realmente no acertamos a ver obstáculo para extrapolar la consecuencia a la venta total de la empresa) que fue activo empresarial y no se perderá la reducción siempre

³⁵ En condiciones normales siempre nos ha parecido más merecedora de protección la ampliación del nivel de inversión que su reducción, pero dado el alejamiento de esta línea interpretativa oficial con la supuesta finalidad del beneficio, esta situación de deferente atención a quien sólo reinvierte el valor de adquisición de lo transmitido, parece cuestión menor. En este punto la consulta es tajante: «no quedará sometida a esa exigencia de reversión la parte de valor de tales bienes y derechos, que posteriormente, exceda del mismo».

³⁶ De entrada, sin mayor reflexión, se puede apuntar que el que la obligación permita transmitir los bienes heredados, siempre que se haga con beneficio, no parece de esas normas fiscales odiosas con que a veces se retrata nuestro ordenamiento.

que con el dinero obtenido el heredero se compre un bien por valor igual a lo heredado. ¿Cuál es la supuesta finalidad de este beneficio cuando se permiten situaciones como ésta? Y en esta tesitura, ¿por qué discriminar las inversiones dinerarias?, ¿qué más da que el heredero se compre un apartamento, un descapotable o que invierta en acciones o en cuentas corrientes?

Ante semejante panorama la exigencia de que el heredero no se empobrezca en los 10 años siguientes (que es la conclusión general de que se exija mantener el valor de lo adquirido) es el proporcionado broche a un gran sinsentido normativo.

- Visto lo que puede llegar a ser el mantenimiento de lo adquirido, lo procedente sería cerrar este apartado. Sin embargo, y para poner de manifiesto perfiles distintos de la norma, se aborda una última cuestión que, siendo de gran trascendencia práctica, ha merecido tratamiento uniforme por la DGT. Nos referimos a la aportación de la empresa individual a una sociedad mercantil. Expuesto lo expuesto en el guión anterior, el que la operación no suponga pérdida de beneficio fiscal no resultará sorprendente. Si se trae ahora este caso es por recordar la diferencia que en las distintas fórmulas de actividad económica (por persona física o bajo forma societaria) se ha venido barajando. Y en concreto en el punto de la mayor implicación personal que al empresario le supone ejercer directamente la actividad frente al fácil acceso a la exención de unas participaciones societarias que no exigen el trabajo personal de su titular. Siendo esta diferencia relevante para quien considere de relevancia la actividad humana a la hora de reconocer beneficios fiscales, estaríamos ante un caso de transmisión de la titularidad de los bienes heredados a cambio de participaciones que pueden desvincular totalmente al heredero de la gestión empresarial pues, como es sabido, no es exigible que lo adquirido sucesoriamente se mantenga en condiciones de exención durante 10 años. Bien es cierto que este caso concreto, comparado con el marco general de reinversión antes trazado, resulta hasta razonable. No obstante, fuera de ese contexto, entenderíamos que el abandono de la actividad económica en manos de una sociedad en la que no se le exige intervención directa al heredero, restaría credibilidad a la reducción.

La conclusión de lo dicho es algo descorazonadora: mientras el heredero mantenga el nivel de riqueza que recibió (aunque convierta la empresa en un patrimonio no afecto), no perderá la reducción. Lo cual nos plantea la duda de escoger la alternativa más llamativa en el juicio de los dos casos que se pueden dar: si el que hacer el esfuerzo de mantener la propia riqueza patrimonial sea el requisito clave de la reducción o que el empobrecimiento del sujeto pasivo sea la causa de «penalización» fiscal.

Al acabar este epígrafe debe resumirse la idea de que el beneficio no va dirigido a asegurar la continuidad de la empresa y que, aunque es cierto que los supuestos merecedores de protección serán efectivamente protegidos, da cobijo a situaciones que suponen un grave quebranto del principio de igualdad (fundamentalmente porque al sujeto pasivo del ISD no se le exige ninguna actividad que lo distinga de cualquier otro heredero) si se compara con quien heredó bienes no empresariales.

c) *El mantenimiento de las participaciones societarias.*

El entendimiento de este requisito exige la consulta de dos apartados distintos del artículo 20 LISD. Por un lado, en la letra c) del apartado 2 (referida a las adquisiciones sucesorias) lo que se exige es que la adquisición se mantenga. Por otro, en la letra c del apartado 6 del mismo precepto (es el apartado dedicado a las adquisiciones *inter vivos*), después de exigir en las donaciones que se mantenga lo adquirido y que se mantenga exento, se dispone la aplicación a las adquisiciones sucesorias del requisito consistente en que: «*Asimismo, el donatario no podrá realizar actos de disposición y operaciones societarias que, directa o indirectamente, puedan dar lugar a una minoración sustancial del valor de la adquisición*».

La Resolución 2/1999 delimita esta cuestión a través de las siguientes notas:

- Afirma que «*no se está haciendo refiriendo simplemente (el subrayado es nuestro) al mantenimiento de la participación en porcentaje suficiente para poder gozar de la exención en Patrimonio*».
- Debe mantenerse el valor de la adquisición.
- Como consecuencia de lo anterior se prohíbe realizar actos de disposición y operaciones societarias que minoren sustancialmente el valor de la adquisición.
- No se exige que los causahabientes gocen de exención en el IP con posterioridad a la adquisición.

Las consultas contestadas con posterioridad ahondan en la misma idea, con lo que la DGT mantiene una coherente línea de interpretación. En concreto, de ese conglomerado normativo deduce la DGT que lo que debe mantenerse es el valor de lo adquirido. Es ilustrativa la consulta de 16 de abril de 1999, referida a supuestos de reducción de capital y al canje de las acciones heredadas por participaciones en otras sociedades (con motivo de fusión, escisión u operaciones amparadas en el régimen especial que para las mismas diseña el Impuesto sobre Sociedades). Para ambos casos lo decisivo es que el valor de las acciones (tanto de las heredadas que reducen nominal como las recibidas a cambio de las heredadas) se mantenga.

Lo primero que destaca en el criterio administrativo es que sincope en una única exigencia (mantener el valor de lo adquirido) lo que la norma presenta como dos requisitos: mantener lo adquirido y, «asimismo», no autorizar conductas que minoren sustancialmente el valor de lo adquirido. El apego por lo lingüístico, cuando se opta, como hace la DGT en este caso, por una interpretación literal, no nos parece tan fuera de lugar como en otras circunstancias nos resultaría. Y es que es muy distinto reducir el requisito a una cuestión cuantitativa (además proyectada sobre el valor y no sobre el número de participaciones) en lugar de exigir la inexistencia tanto de alteración como de variación en el patrimonio recibido.

Esta exigencia (literal en el precepto y cónsona con su finalidad) tendría fácil entronque con una idea básica en el ordenamiento tributario español. Es tradicional ³⁷ en nuestro sistema fiscal distinguir, a los efectos de determinar si existe una ganancia o pérdida patrimonial, entre la alteración y la variación patrimonial. Por alteración se entiende el cambio en la composición cualitativa de un patrimonio. Con variación se quiere aludir al incremento o pérdida que un patrimonio pueda experimentar, exista o no alteración. En la exigencia doble de mantener lo adquirido y no minorar sustancialmente su valor, encajaría perfectamente el que una alteración supusiera la pérdida del beneficio (si se han transmitido las acciones heredadas no se mantiene lo adquirido) pero que también una variación significativa del valor desencadenara también tal efecto. Sin embargo, la opinión de la DGT apunta en otra dirección.

La interpretación «reduccionista» de los requisitos tiene, como consecuencia de la dicción literal de la norma, algún otro problema ³⁸. Lo que a la DGT le parece central es que no disminuya el valor de lo adquirido, y eso sólo puede argumentarse normativamente ³⁹ en la previsión legal que, establecida para las adquisiciones *inter vivos*, es extrapolada por la norma a las *mortis causa*. Pero es que esa exigencia se la atribuye la ley al donatario (en el caso de las adquisiciones sucesorias al causahabiente), siendo que buena parte del elenco de posibilidades de sangrar patrimonialmente una entidad no las decide el socio sino la sociedad. Ejemplos de este tipo de operaciones podrían ser: reparto de dividendos sobre las reservas acumuladas, ampliaciones de capital con renuncia de los derechos de suscripción, determinadas reducciones de capital o escisiones, etc. En todo este tipo de operaciones (tendientes a disminuir el valor teórico de las participaciones recibidas) no se merma el título jurídico por el que se adquirieron las participaciones, pero sí se minoran sustancialmente su valor. Por eso mismo deberían entenderse como conculcadoras del espíritu de la norma, aunque en su tenor literal, exigiendo que los actos de disposición o las operaciones societarias los efectúe el sujeto pasivo, exista una severa limitación ⁴⁰ para rechazar este tipo de actuaciones.

³⁷ La mejor justificación *de lege lata* de esta idea se encuentra en la LIRPF cuando define este tipo de renta.

³⁸ Tiene más de uno. Además de lo expuesto debe considerarse que esta prohibición se contiene en la letra c) del apartado 6 de artículo 20, referido a donaciones pero aplicable por expresa remisión a las adquisiciones *mortis causa*. Las dudas que expusimos en esta Revista hace cinco años se nos siguen planteando: es una norma aplicable tanto a las participaciones como a la empresa individual, por lo que la precisión de sus términos no resulta sencilla. ¿Los actos de disposición son aplicables a la adquisición de la empresa y las operaciones societarias lo son a la de las participaciones? ¿Se usan como expresiones equivalentes o plantean limitaciones distintas? ¿Cuándo se da una minoración sustancial del valor de la adquisición?

La prohibición de actos dispositivo sobre las participaciones no parece tener mucho sentido en la medida en que si la norma exige mantener lo adquirido serían dos requisitos redundantes. Una posible vía de compatibilidad podría ser entender esta prohibición como limitadora de cualquier negocio sobre las participaciones (constitución de derechos reales, cesiones de derechos sobre las mismas...) que no suponiendo enajenación del derecho de propiedad limitara sustancialmente su contenido.

³⁹ Conforme a lo que nos enseña la práctica tributaria, el que una interpretación administrativa prescinda de exigir un requisito no necesita razonarse.

⁴⁰ Apelando otra vez a lo que es normal en la práctica tributaria, si conductas como las indicadas sólo pueden impedirse con expedientes de fraude de ley o similares, es tanto como decir que quedan bendecidas.

Del resto de consultas interesa traer a colación la de 4 de diciembre de 2001 que aborda un supuesto parecido al que antes analizábamos para la empresa individual. Para las participaciones, la reinversión (esto es, la posibilidad de vender lo heredado y entender que se sigue manteniendo) se define con otros parámetros: si un coheredero compra al resto de coherederos las participaciones heredadas, éstos no pierden la reducción «*en la medida en que la compensación en dinero que el coheredero adjudicatario de las empresas haya de satisfacer a los otros coherederos mantenga el valor de la adquisición de éstos...*». Nos queda la duda de si ese mantenimiento se consigue por el hecho de que el comprador sea un coheredero o si la condición del adquirente es irrelevante. Si la solución fuera la misma cuando compra un tercero, lo mejor sería –por seguridad jurídica– dejar de hablar de requisito de mantenimiento.

Retomando las cuatro notas con las que trazábamos antes el criterio administrativo debemos detenernos en el requisito que no lo es: en la no exigencia de que los herederos mantengan la exención en el IP de las participaciones recibidas.

Esta conclusión de no exigir la exención –poco acorde con el sentido de la norma y basada en el silencio de ésta– debe darse por buena fundamentalmente porque a la hora de regular las exigencias en las adquisiciones *inter vivos* se impone expresamente tal condición. Y tal diferencia parece que ni la finalidad de la norma puede salvarla.

Pero lo que trae esta situación no es halagüeño. El no exigir la exención puede traducirse en que los 10 años de mantenimiento son de mera titularidad. No es necesario, en consecuencia, que el heredero se implique en la gestión de la sociedad para que pueda disfrutar el beneficio. Si la única consecuencia fuera beneficiar, merced al trabajo de un pariente, a quien no actúa como empresario, la situación podría ser sostenible.

Pero el juicio no puede ser el mismo si nos planteamos, por ejemplo, que la sociedad que venía desarrollando actividad económica puede perfectamente transformarse en una sociedad patrimonial (puede estar incluso incurso en supuesto de transparencia fiscal) y el heredero no perder la reducción. Es decir, el mismo demérito de la reducción de la empresa individual (que se mantenga el beneficio a pesar de desaparecer la actividad económica) se da en la relativa a las participaciones. La conclusión ha de ser la misma: la reducción no se limita a proteger la «supervivencia» de las empresas sino que ampara conductas claramente atentatorias contra el principio de equidad.

No obstante lo anterior, es cierto que el estado actual de la exención (permitiendo que todo un grupo familiar gane la exención de sus participaciones por la implicación personal en la gestión empresarial de uno solo de sus miembros) ni garantizaría la implicación personal del heredero ni sería una severa exigencia. Pero al menos habría un mínimo de actividad económica.

En la misma línea de desustanciación de la reducción puede citarse el ejemplo de la absorción de la sociedad familiar heredada por otra sociedad mayor. En tales casos, las acciones de la empresa familiar desaparecen a cambio de las de otra entidad en la que, por hipótesis, tanto el porcentaje de participación como el trabajo directivo de los herederos pueden ser insignificante o inexistente.

En este punto hay que traer, una vez más, la supuesta finalidad de la norma. Ya hemos visto que se ampara en el beneficio la cesación de la actividad económica. Y con este nuevo ejemplo debería entenderse que tampoco se pierde el beneficio cuando el porcentaje familiar de control es inexistente y queda en manos de otra sociedad el dominio de la antaño empresa familiar. Con lo cual, la segunda justificación de la norma (que el control de las entidades quede en manos de familias, y se supone que de familias españolas) queda también desdicha y desvirtuada.

Una última reflexión queda por hacer sobre un aspecto que nos parece importante en todo juicio de equidad. La interpretación administrativa del requisito permite vender acciones siempre que el valor de las que queden sea igual o superior al valor de las que se heredaron. O lo que es lo mismo, siempre que el heredero se enriquezca por la revalorización de sus acciones puede desprenderse de ellas casi en su totalidad. ¿Qué está garantizando entonces el mantenimiento del valor?, ¿queda justificado el beneficio a quien hereda acciones si su única obligación queda relevada en cuanto la empresa crezca y su valor teórico aumente?

VIII. CONCLUSIONES

1. Mientras exista el Impuesto sobre Sucesiones, el análisis de las ventajas fiscales que contenga su normativa debe enmarcarse principalmente (para medir la justificación y razonabilidad que el TC exige, a la vista del principio de igualdad, a todo beneficio fiscal) en la finalidad de redistribución de rentas que del mismo se predica.
2. El motivo de privilegiar la transmisión de la empresa familiar es de pura política económica. Interesa a la economía nacional que el fallecimiento de un empresario no suponga el cierre de su empresa. En la medida en que uno de los condicionantes que un heredero puede plantearse para la continuación de la actividad económica del causante es el coste fiscal de tal sucesión, es congruente plantearse la conveniencia de aligerar los costes fiscales de tal transmisión. Adicionalmente, en la perspectiva de las empresas familiares, también puede ser una política incentivable fiscalmente el que la propiedad de las empresas societarias resida en personas físicas españolas.
3. Atribuir al coste fiscal de la sucesión empresarial el cierre de los negocios es (especialmente en las empresas societarias) una simplificación excesiva. En este sentido hay que apuntar que, aunque cada empresa y cada familia sean un mundo distinto, los estudios y literatura sobre esta cuestión sugieren otras muchas causas de cierre (las sociológicas, como la resistencia de los fundadores a planificar su marcha, las familiares, como la incompetencia o falta de vocación de los descendientes, las patrimoniales, en las que la estructura jurídica de la propiedad puede ser un gran condicionante, las gestoras, especialmente importantes cuando hay una alta dispersión en la composición accionarial de la entidad, las estratégicas, las financieras, el nuevo contexto macroeconómico, la vinculación del éxito de la actividad al protagonismo de su fundador...). La ayuda en esas otras cuestiones debe afrontarse fuera de las normas tributarias (y así lo está haciendo el Senado), pero

éstas no pueden perder de vista, al establecer beneficios fiscales, que hay otros posibles factores que pueden generar lo que normativamente se pretende evitar (el cierre de la empresa). El cierre, causado por la causa que fuere, significa que el beneficio habrá sido ineficaz y habrá perdido su primera justificación: la protección de la actividad económica. Y un beneficio fiscal injustificado atenta contra los principios constitucionales rectores del ordenamiento tributario.

4. La ayuda fiscal al heredero por recibir una empresa no puede perder de vista que éste está recibiendo una fuente de riqueza. Cuanto menos importante sea tal fuente, menos importante será la cuota a pagar. Y en consecuencia, menor problema debería tener el heredero. Por el contrario, si al heredero le supone una gran carga fiscal la recepción de una empresa, será, en el puro plano cuantitativo que ahora contemplamos, porque está recibiendo una importante fuente de riqueza. A la vista de esta circunstancia, plantear una práctica eliminación de carga tributaria en un impuesto supuesto redistribuidor de rentas, tiene un punto de contradicción.
5. Como alternativa a la reducción del 95% no sólo cabe un tipo más reducido de beneficio, sino que también podría contemplarse la reformulación del preexistente beneficio consistente en aplazar la carga tributaria durante cinco años sin intereses. Esta medida, sin duda mejorable, combina las exigencias de los principios de capacidad contributiva e igualdad (pues quien recibe riqueza va a tributar) con las derivadas de una adecuada política económica (pues se facilita la sucesión empresarial: un aplazamiento de cinco años sin intereses casi supone, calculando la actualización financiera con el actual interés de demora, una reducción del 25%).
6. La exigencia de que la empresa heredada haya estado exenta en el IP presenta algunas aristas. Una de las más evidentes es que puede dejar fuera de la reducción del ISD a aquellas empresas individuales que no hayan alcanzado la exención en el IP en el último año de vida de su titular precisamente por enfermedad del mismo. Si tal enfermedad provoca una desatención de la empresa y eso origina pérdidas o menores ingresos, difícilmente se cumplirá el requisito de la exención del IP de que sea la empresarial la principal fuente de renta del sujeto pasivo.
7. En la medida en que la exención del IP permita (sea por su incondicionada remisión a las reglas de la transparencia fiscal, sea por las lagunas que su propia dicción cobija) el beneficio sobre bienes realmente no afectos a una actividad económica, la relación IP-ISD pasa a ser contaminante. La propia Unión Europea hace hincapié en que el beneficio se aplique a los bienes que estrictamente puedan considerarse profesionales. Sin necesidad de tal recomendación parece claro que la normativa favorecedora de la sucesión empresarial no puede albergar este tipo de situaciones.
8. En un impuesto que grava la adquisición de bienes y derechos, la exigencia de exención en el IP del bien transmitido debería ser una mera fórmula de identificación de los bienes objeto de beneficio. Sin embargo, si se compara esta exigencia con las «obligaciones» (casi inexistentes) que le corresponden al auténtico sujeto pasivo (el heredero), se aprecia

- cierta inadecuada descompensación. Los requisitos que hacen justificable un beneficio los debe cumplir el sujeto pasivo. No quien le transmite la empresa. En esta perspectiva, parecería incluso más razonable beneficiar cualquier adquisición de bienes o derechos (sin exigir su exención en el IP, e incluso abarcando bienes empresariales o no empresariales) siempre que con ellos se fundara, mantuviera o ampliara una real actividad económica.
9. La normativa actual atribuye el beneficio a cualquier coheredero, se le adjudique o no la empresa. Intervenga o no en la actividad económica.
 10. El encaje de estas reducciones en el sistema liquidador del impuesto está –por falta de regulación– plagado de dificultades y contradicciones. La única guía válida de actuación es el criterio que la DGT viene marcando en un muy difícil contexto normativo y jurisprudencial.
 11. La normativa no establece obligación alguna de mantener los puestos de trabajo o el nivel de inversión.
 12. La actual regulación no cumple el fin de política económica que la justifica. En efecto, si aquél consiste en asegurar la pervivencia de las empresas, la ley –en la opinión de la DGT que, por trayectoria, calidad y normativa, hay que considerar como la más autorizada– otorga el beneficio a quien hereda una empresa y cesa en su actividad económica. No garantizar el fin para el que nacen es grave defecto de los beneficios fiscales.
 13. Al permitir la norma que los herederos se desprendan de las acciones recibidas, con el único límite de «mantener el valor de lo adquirido», también debe reputarse como fallido el fin político-económico de protección de los accionarios familiares.
 14. En un impuesto cierre de la imposición directa y redistribuidor de rentas, la existencia de beneficios desvinculados de la finalidad extrafiscal que el legislador pretendió, debe considerarse lesiva al principio de igualdad. El muy distinto trato a quien recibe riqueza en forma de acciones exentas en el IP, frente a quien recibe ese mismo valor económico en otro tipo de bienes, evidencia, manifestándose una misma capacidad contributiva, un injusto reparto de la carga fiscal.
 15. En la perspectiva de equidad no puede despreciarse la exigencia de algún tipo de conducta o actividad al sujeto pasivo beneficiado. La normativa permite que quien cesa la actividad económica disfrute un muy importante beneficio. Su única obligación es ser igual o más rico durante los 10 años siguientes. Tal exigencia no parece una carga proporcionada al beneficio que se le liga.
 16. Siendo normativamente irrelevante que se continúe o no con la empresa, el esfuerzo personal que puede evidenciar un empresario no parece motivo suficiente para que, una vez fallecido, sus hijos disfruten –sin requisitos ni condiciones– un beneficio fiscal tan relevante como el analizado. No hay política económica que justifique razonablemente tal situación. Tampoco se aprecian motivos de equidad en tal coyuntura para discriminar a quien transmite un patrimonio no empresarial generado, por hipótesis, también con esfuerzo personal.

En el caso de la transmisión de acciones exentas por parte de quien no participaba en la gestión de la empresa, la ausencia de justificación de política económica y de equidad para atribuirle un beneficio es un poco más evidente.

17. El actual estado del impuesto se caracteriza, conforme a lo expuesto, por permitir graves situaciones de injustificada desigualdad. Dando por supuesto que la Constitución no puede amparar semejante hecho, debería procederse a la pertinente reforma legislativa.
18. El debate sobre la pervivencia del Impuesto sobre Sucesiones debe diferenciarse del estudio, como pura cuestión jurídico-constitucional, de las reducciones empresariales. Es cierto que este impuesto presenta singularidades muy notables en distintas esferas (desde la falta de coherencia con el IRPF o la existencia de CC.AA. en las que prácticamente no se gravan las transmisiones hereditarias entre familiares, hasta las dificultades de gestión del tributo. Pasando por el cada vez menor peso del impuesto en los presupuestos autonómicos o la falta de atención tributaria a las instituciones forales) y que quizás deba replantearse este gravamen, pero sumar la situación de desigualdad que crean estas reducciones a la batería de argumentos que se manejan para la supresión del impuesto, tendría algo de perversa paradoja.