

VÍCTOR CARO ROBLES

*Cuerpo Superior de Administradores Financieros de la Junta
de Andalucía*

Extracto:

LAS reducciones relativas a la empresa y a la vivienda habitual introducidas en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en el año 1996, si bien ya no son una novedad en sí mismas, sí lo es el desarrollo que ha experimentado su interpretación tanto en los trabajos doctrinales que se han publicado desde su inclusión en nuestro Ordenamiento Jurídico, como en las numerosas consultas que se han dirigido a la Administración Tributaria, y que se siguen haciendo en la actualidad. Con la finalidad de agrupar las opiniones dispersas en las distintas consultas, se aprobó la Resolución 2/1999 de la Dirección General de Tributos.

Con mi trabajo pretendo dar una visión de cómo ha evolucionado la interpretación de las reducciones mencionadas a lo largo de los últimos cinco años, no sólo entre los distintos autores, sino también en la propia Administración, analizando la poca Jurisprudencia que hay al respecto. Al mismo tiempo, muestro mi opinión que puede, o no, alejarse de la planteada por la Administración Tributaria.

Si bien, en un primer momento, tan sólo iba a tratar el tema de las Actividades Económicas y sus reducciones (empresa individual, actividades profesionales y participaciones en entidades), consideré oportuno tratar la cuestión de la vivienda habitual del causante, dado que se incluyeron al mismo tiempo en la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, y la interpretación de los requisitos de una y otra realidad han ido de forma paralela.

Por otro lado, nos encontramos ante la finalización de un modelo de financiación de las Comunidades Autónomas (quinquenio 1997-2001) que ha supuesto la posibilidad de legislar a las mismas en esta materia, salvo Andalucía, Castilla-La Mancha y Extremadura que no aceptaron dicho modelo, habiendo hecho uso de dicha posibilidad gran número de aquéllas.

El nuevo modelo de financiación aprobado en el Consejo de Política Fiscal y Financiera el 27 de julio de 2001 para el quinquenio 2002-2006 ha contado con el voto favorable del Gobierno y de todas las Comunidades en régimen común. Es por esto que nuevas Comunidades se suman a la posibilidad de establecer especialidades en esta materia, por lo que será de especial interés ver el uso que de esta potestad normativa se hace en los próximos años.

Sumario:

1. Introducción.
2. Las reducciones del artículo 20 apartado 2 c) y apartado 6 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Cuestiones generales.
 - 2.1. Problemática que plantea el Régimen Económico Matrimonial del causante.
 - 2.2. El artículo 27 de la Ley 29/1987 y el artículo 56 del Reglamento del ISD. ¿Corresponde la bonificación únicamente al adjudicatario del bien?
 - 2.3. Magnitud sobre la que se aplica el 95 por 100 de la reducción.
3. Transmisión *mortis causa* de la empresa individual, negocio profesional y de las participaciones en entidades a los que sean de aplicación la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio.
 - 3.1. Transmisión *mortis causa* de la empresa individual y el negocio profesional.
 - 3.2. Transmisión *mortis causa* de participaciones en entidades.
4. Adquisición *mortis causa* de la vivienda habitual del causante.
 - 4.1. Concepto de vivienda habitual.
 - 4.2. Personas con derecho a la deducción y límite de la misma.
 - 4.3. Magnitud sobre la que se aplica la reducción del 95 por 100.
 - 4.4. Permanencia en el patrimonio de los adquirentes.
5. Transmisión *inter vivos* por donación, o título equiparable, de la empresa individual, negocio profesional y participaciones en entidades.
6. Otras cuestiones de interés.
 - 6.1. Conciliación del distinto devengo del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y del Impuesto sobre el Patrimonio.
 - 6.2. Acumulación de donaciones.
 - 6.3. Transmisión de las explotaciones agrícolas.
 - 6.4. Desdoblamiento del derecho de propiedad (usufructo y nuda propiedad).
7. Especialidades más significativas en las Comunidades Autónomas.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es analizar las reducciones de la base imponible en el Impuesto sobre las Sucesiones y Donaciones, que se regulan en el artículo 20 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Dicho artículo, en su apartado 1 establece, según la redacción dada por la Ley 14/1996, de 30 de diciembre, que:

«En las transmisiones *mortis causa*, incluidas las de los beneficiarios de pólizas de seguros de vida, la base liquidable se obtendrá aplicando en la base imponible las reducciones que, conforme a lo previsto en el artículo 13.3 ¹ de la Ley de Cesión de Tributos del Estado a las Comunidades Autónomas y de Medidas Fiscales Complementarias, hayan sido aprobadas por la Comunidad Autónoma. Estas reducciones se practicarán por el siguiente orden: en primer lugar las análogas a las del Estado y, a continuación, las creadas por las Comunidades Autónomas».

La Ley de Cesión de Tributos de 14/1996, como señala su Exposición de Motivos, tiene una característica principal respecto del nuevo régimen de cesión de tributos, consistente en la atribución a las Comunidades Autónomas de ciertas competencias normativas en relación con aquéllos, circunstancia que obligó, entre otras cosas, a la modificación de la normativa propia de cada uno de los tributos cedidos, para adecuarla a la nueva posibilidad. Fruto de ello es ese párrafo 1 del artículo 20 de la Ley 29/1987 arriba citado. Las Comunidades Autónomas que aceptaron el nuevo régimen de cesión de tributos regulado por la mencionada Ley tienen, pues, capacidad normativa en los términos del artículo 13.3 de la Ley 14/1996. Sólo quedaron fuera de este régimen Andalucía, Extremadura y Castilla-La Mancha ² que, por tanto, y al no poder establecer reducciones, tarifas ni coeficientes propios se rigen por las estatales.

¹ «En relación con la normativa del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, las Comunidades Autónomas podrán regular la determinación de la cuantía y coeficientes del patrimonio preexistente, y la fijación de la tarifa cuya progresividad deberá ser similar a la del Estado, siendo idéntica a la de este último en cuanto a la cuantía del primer tramo de la base liquidable y tipo marginal mínimo.

En el caso de las adquisiciones *mortis causa*, podrán regular las reducciones de la base imponible, debiéndose mantener las del Estado en condiciones análogas a las establecidas por éste y pudiendo crear otras que respondan a circunstancias de carácter económico o social, propias de las Comunidades Autónomas, siempre que no supongan una reducción de carga tributaria global por este tributo.» (art. 13.3 de la Ley 14/1996, de 30 de diciembre).

² El nuevo modelo de financiación para el quinquenio 2002-2006, aprobado en el Consejo de Política Fiscal y Financiera el 27 de julio de 2001, ha contado con el voto favorable del Gobierno y de todas las Comunidades en régimen común, por lo que todas tienen ya capacidad normativa al respecto.

Centraremos el estudio del presente trabajo en las reducciones estatales, sin perjuicio de hacer una breve referencia a las reducciones específicamente establecidas por otras Comunidades Autónomas que sí asumieron el régimen de cesión de tributos del Estado y que han ejercitado las posibilidades que les ofrecía la nueva normativa (Islas Baleares, Comunidad Valenciana, Cataluña, Castilla y León, Madrid y Aragón).

De las reducciones incluidas en el artículo 20 de la Ley 29/1987, las del apartado 2.c) así como las del apartado 6 son probablemente las más complejas en cuanto a su interpretación, así como las más novedosas. Su aplicación ha dado lugar a distintas interpretaciones doctrinales plasmadas en diversos trabajos, además de bastantes consultas a la Dirección General de Tributos (DGT) para que estableciera un criterio a seguir. Como consecuencia de ello, la DGT ha dictado la Resolución 2/1999, de 23 de marzo, relativa a la aplicación de las reducciones en la base imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en materia de vivienda habitual y empresa familiar, ya que tal y como establece la misma:

«Se han planteado ante esta Dirección General varias consultas relativas a la aplicación de las reducciones previstas en los apartados 2.c) y 6 del artículo 20 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, que afectan a vivienda habitual y empresa familiar. Dada la importancia de las cuestiones planteadas y el número de personas que resultan afectadas por las mismas, esta Dirección General considera pertinente dictar la presente Resolución con el fin de dar una, mayor difusión a los criterios sentados por la misma en las contestaciones dadas a las referidas consultas».

Una primera cuestión que ha de plantearse es el grado de vinculación de la Resolución 2/1999. El artículo 18³ de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (LGT), atribuye de manera privativa al Ministro de Hacienda la facultad de dictar disposiciones interpretativas o aclaratorias de las leyes y demás disposiciones en materia tributaria. Además establece el cauce a través del cual debe ejercerse esa función, mediante «Orden publicada en el BOE».

Asimismo, el artículo 9 de la LGT al referirse a las disposiciones que regulan los tributos establece la siguiente prelación de normas:

- a) Leyes;
- b) Reglamentos generales y propios de cada tributo;
- c) Decretos y Órdenes acordadas por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos y por las Órdenes del Ministerio de Hacienda publicadas en el BOE.

³ «Artículo 18.1. La facultad de dictar disposiciones interpretativas o aclaratorias de las leyes y demás disposiciones en materia tributaria corresponde privativamente al Ministro de Hacienda, quien la ejercerá mediante Orden publicada en el "Boletín Oficial del Estado". 2. Las anteriores disposiciones serán de obligado acatamiento para los órganos de gestión de la Administración pública.»

Si analizamos la naturaleza de la recopilación de los criterios apuntados en las numerosas consultas planteadas ante la DGT, vemos que se trata de una Resolución del Director General de Tributos. De los artículos de la LGT apuntados anteriormente parece que el grado de vinculación hacia los contribuyentes es nulo. Podrán optar éstos por apartarse de los criterios recogidos en la Resolución mencionada, ya que no puede considerarse en ningún caso de obligado cumplimiento. No obstante, y dado que la mayoría de dichos criterios establecen una interpretación bastante beneficiosa para los contribuyentes, parece claro que se acogerán a dicha Resolución en la mayoría de las cuestiones tratadas por la misma.

Por otro lado, y respecto del grado de vinculación para la Administración pública, el artículo 18.2 de la LGT establece que serán de obligado acatamiento para los órganos de gestión de la Administración pública las Órdenes del Ministro de Hacienda de carácter interpretativo o aclaratorio de normas tributarias, pero al no participar la Resolución de dicha naturaleza, en principio no tendría por qué vincular a los órganos de gestión de la Administración pública. Al ser el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones un impuesto cedido a las CC.AA., de conformidad con el artículo 4 de la Ley 14/1996, de 30 de diciembre, de Cesión de Tributos a las CC.AA. habrá que estar a las disposiciones interpretativas dictadas por la Administración del Estado, respecto de las cuales sí dependerán los órganos de gestión de las CC.AA., ahora bien, siempre y cuando la norma interpretativa participe del rango predicado en el artículo 18.1 de la LGT (Orden del Ministro de Hacienda), como estamos ante una Resolución de una Dirección General no existe una vinculación absoluta a la misma.

No obstante, es positivo que en una normativa nueva, como ha sido las reducciones a la empresa, negocio profesional o participaciones en entidades, se haya establecido una interpretación que unifique criterios ante la avalancha de consultas y de dudas que han surgido en torno a este tema. Ahora bien, como apunta FALCÓN Y TELLA⁴, dicha Resolución constituye al menos una «interpretación razonable» de la norma ante la que podemos estar o no de acuerdo, pero no es ni mucho menos la única interpretación razonable posible a nuestro modo de ver.

⁴ Ramón FALCÓN Y TELLA, «Las reducciones en la base imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en materia de vivienda habitual y empresa familiar: el discutible criterio de la Dirección General de Tributos», revista *Quincena Fiscal*, número 8, abril 1999, página 6: «Pero volviendo a las consultas, la primera cuestión que se plantea es determinar hasta qué punto pueden resultar vinculantes por el hecho de que su doctrina haya quedado reflejada en una resolución publicada en el BOE, como ha ocurrido en relación con la reducción en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones por vivienda habitual y por empresa familiar. A mi juicio, la respuesta ha de ser necesariamente negativa, pues del art. 18 de la Ley General Tributaria se deduce que no existen facultades interpretativas por debajo de la del Ministro, por lo que la mencionada resolución ni siquiera vincula a los órganos de gestión de las CC.AA. (ya que no es aplicable lo previsto respecto de las órdenes ministeriales interpretativas en el art. 18.2 LGT), y mucho menos, por tanto, a los tribunales o a los contribuyentes. Cuestión distinta es que la resolución de la DGT constituya al menos una "interpretación razonable" y, como tal, sirva para excluir las sanciones a los contribuyentes que se ajusten a los criterios de la misma; pero entiendo que no estamos necesariamente ante la única interpretación razonable (ni ante una norma jurídica), por lo que la inobservancia de los criterios de la resolución no puede tampoco ir automáticamente acompañada de sanciones».

En el presente trabajo nos centraremos en los beneficios fiscales relativos a:

- a) La transmisión de una **empresa individual, negocio profesional o de participaciones en entidades**, tanto *mortis causa* [art. 20.2.c) de la Ley 29/1987] como *inter vivos* a título lucrativo (art. 20.6 de la Ley 29/1987).
- b) La adquisición *mortis causa* de **la vivienda habitual del causante** (art. 20.2.c).

Una vez apuntado esto y continuando con esta introducción, decir que los beneficios fiscales para las empresas familiares habían sido fuertemente demandados, de manera que se inició una reforma de la imposición patrimonial por medio de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Reforma del Régimen Jurídico de la Función Pública y de la Protección por Desempleo, aplicable desde el 1 de enero de 1994, en la que se declaraban exentos del Impuesto sobre el Patrimonio «los bienes y derechos de las personas físicas necesarios para el desarrollo de su actividad empresarial». Es lo que se denomina «útiles del trabajo». Asimismo estaban exentas «las participaciones en entidades» siempre que reunieran unos determinados requisitos exigidos por la Ley, para evitar grave daño a la equidad tributaria. El objetivo de las exenciones es favorecer la inversión empresarial, especialmente en el área de las pequeñas y medianas empresas (PYMES). El desarrollo de los requisitos que tenían que reunir para aplicar las exenciones se llevó a cabo por el Real Decreto 2481/1994, de 23 de diciembre, por el que se determinan los requisitos y condiciones de las actividades empresariales y participaciones en entidades para la aplicación de la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio (actualmente derogado por Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, que analizaremos posteriormente).

Estos beneficios, que en un primer momento afectan al Impuesto sobre el Patrimonio, van a extenderse al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. La Comisión Europea dictó una recomendación con fecha 7 de diciembre de 1994 ⁵, que invitaba a que los distintos Estados miembros adoptaran medidas, a fin de regular la transmisión de las pequeñas y medianas empresas, con el convencimiento de la importancia de las mismas en el tejido productivo europeo. En relación al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones dicha recomendación era aún más precisa y establecía que:

«Es conveniente garantizar la supervivencia de la empresa mediante un trato fiscal adecuado de la sucesión y la donación. Con este fin, se invita a los Estados miembros a adoptar una o varias de las medidas siguientes:

⁵ Recomendación de la Comisión Europea de 7 de diciembre de 1994: «En particular se invita a los Estados miembros a adoptar las medidas más adecuadas a fin de completar su marco jurídico, fiscal y administrativo, con objeto de: a) sensibilizar al empresario con respecto a los problemas de la transmisión y de esa forma animarle a preparar esta operación en vida; b) crear un entorno financiero favorable al éxito de la transmisión; c) permitir al empresario la preparación eficaz de la transmisión, ofreciéndole los instrumentos adecuados; d) garantizar la continuidad de las sociedades de personas y las empresas individuales en el caso de fallecimiento de uno de los socios o del empresario; e) garantizar el éxito de la transmisión familiar, evitando que los impuestos que gravan la sucesión y la donación pongan en peligro la supervivencia de la empresa».

- a) 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.
- b) 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.
- c) Velar para que en la evaluación fiscal de la empresa se pueda tener en cuenta la evolución de su valor hasta unos meses después del fallecimiento del empresario».

Por Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas Urgentes de Carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica, vigente desde el 9 de junio de 1996, se aplica una reducción en la base imponible del 95 por 100 en los supuestos de transmisión *mortis causa* de la vivienda habitual del causante, empresas individuales y de participaciones en entidades. Además, y por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, se regula la reducción para el caso de transmisión lucrativa *inter vivos* de la empresa individual o de participaciones en entidades.

Esta primera regulación de las reducciones del artículo 20 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones fue posteriormente modificada. En un primer momento por la Ley 14/1996, de Cesión de Tributos del Estado a las Comunidades Autónomas y de Medidas Fiscales Complementarias que únicamente va a reestructurar el artículo, pero sin introducir ninguna reforma sustancial en la materia objeto de este estudio. Posteriormente, fue la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, la que dio la nueva redacción que se encuentra vigente en la actualidad (obviando, claro está, el aumento de los límites de la reducción que se modifican normalmente cada año). Además, y por Ley 55/1999, de 29 de diciembre, se ha incluido una nueva reducción referida a los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español o del Patrimonio Histórico o Cultural de las Comunidades Autónomas, por un importe también del 95 por 100, exención que ya gozaban los mencionados bienes en el Impuesto sobre el Patrimonio, de conformidad con los apartados uno, dos y tres del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio. Podemos observar, por tanto, cómo se han ido aplicando en Sucesiones y Donaciones las exenciones que previamente se recogían en el Impuesto sobre el Patrimonio.

Excepción al proceso señalado anteriormente es el de la reducción por transmisión *mortis causa* de la vivienda habitual del causante, habida cuenta de que en primer lugar se recogió en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, siendo recientemente cuando se ha establecido la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio por Real Decreto-Ley 3/2000, de 23 de junio. Dicho Real Decreto ha añadido un párrafo nuevo (el número nueve) al artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, disponiendo que estará exento del Impuesto sobre el Patrimonio: «La vivienda habitual del contribuyente, según se define en el artículo 55.1.3.º de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, hasta un importe máximo de 25.000.000 de pesetas (150.253,03 euros)».

2. LAS REDUCCIONES DEL ARTÍCULO 20 APARTADO 2 C) Y APARTADO 6 DE LA LEY 29/1987, DE 18 DE DICIEMBRE, DEL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES. CUESTIONES GENERALES

El artículo 20.2.c) de la Ley 29/1987, dispone:

«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 de participaciones en entidades a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4.º 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 por 100 del mencionado valor siempre que la adquisición se mantenga, durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que, a su vez, falleciese el adquirente dentro de este plazo.

En los supuestos del párrafo anterior cuando no existan descendientes o adoptados, será de aplicación a las adquisiciones por ascendientes, adoptantes y colaterales, hasta el tercer grado y con los mismos requisitos recogidos anteriormente. En todo caso, el cónyuge superviviente tendrá derecho a la bonificación del 95 por 100.

Del mismo porcentaje de reducción, con límite de 20.400.000 pesetas por cada sujeto pasivo y con el requisito de permanencia señalado anteriormente, gozarán las adquisiciones *mortis causa* de la vivienda habitual de la persona fallecida, siempre que los causahabientes sean cónyuge, ascendientes o descendientes de aquél, o bien pariente colateral mayor de sesenta y cinco años que hubiese convivido con el causante durante los dos años anteriores al fallecimiento.

Cuando en la base imponible correspondiente a una adquisición *mortis causa* del cónyuge, descendientes o adoptados de la persona fallecida se incluyeran bienes comprendidos en los apartados uno, dos y tres del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, en cuanto integrantes del Patrimonio Histórico Español o del Patrimonio Histórico o Cultural de las Comunidades Autónomas, se aplicará asimismo una reducción del 95 por 100 de su valor con los mismos requisitos de permanencia señalados en la letra anterior.

En el caso de no cumplirse el requisito de permanencia al que se refiere el presente apartado, deberá pagarse la parte del impuesto que se hubiese dejado de ingresar como consecuencia de la reducción practicada y los intereses de demora».

El punto sexto del artículo 20 de la Ley 29/1987 establece:

«No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, 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 punto dos del apartado octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto de Patrimonio, se aplicará una reducción en la base imponible para determinar la liquidable del 95 por 100 del valor de adquisición, siempre que concurran 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».

Los beneficios recogidos en la Ley, por tanto, se refieren a realidades tan dispares como una empresa individual o una vivienda habitual, aunque existen una serie de cuestiones de carácter general aplicables a todos los supuestos y que trataremos con carácter previo al análisis pormenorizado de cada uno de los supuestos. Los textos legales en los que hay que buscar la regulación de esta materia son básicamente la Ley 29/1987, de 18 de febrero, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (BOE de 19 de diciembre de 1987); la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio (BOE de 7 de junio y 2 de octubre de 1991); el Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, por el que se determinan los requisitos y condiciones de las actividades empresariales y profesionales y de las participaciones en entidades para la aplicación de las exenciones correspondientes en el Impuesto sobre el Patrimonio (BOE de 6 de noviembre de 1999); el Real Decreto

25/2000, de 14 de enero, por el que se concretan los requisitos y condiciones de las participaciones en entidades para la aplicación de las exenciones correspondientes en el Impuesto sobre el Patrimonio (BOE 15 de enero de 2000).

2.1. Problemática que plantea el Régimen Económico Matrimonial del causante.

El Código Civil español recoge tres Regímenes Económicos Matrimoniales: el de Sociedad de Gananciales, el de Participación y el de Separación de Bienes. Desde un punto de vista civil, la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales ha sido muy discutida, existiendo numerosas teorías sobre la misma (comunidad ordinaria o por fracciones, propiedad en mano común, patrimonio autónomo, sociedad civil). Como señala CASTÁN TOBEÑAS ⁶: «Últimamente –a partir sobre todo, de varias resoluciones de la Dirección de los Registros y de la publicación de nuestro trabajo sobre dogmática de la sociedad de gananciales– se ha abierto camino una nueva dirección que se inclina a la configuración de la comunidad de gananciales como comunidad en mano común, según la técnica germánica». Y añade ⁷: «Vale más reconocer que, en líneas generales y fundamentales, la sociedad de gananciales recoge los rasgos típicos de la comunidad germánica o en mano común. Por otra parte, es indudable que la teoría de referencia puede considerarse la definitivamente consagrada entre nosotros, por obra, principalmente de las resoluciones de la Dirección General de los Registros. Y lo que nunca podrá negarse es el servicio que esta construcción ha prestado, al rectificar el camino equivocado que significaba la identificación de la sociedad de gananciales con el condominio romano».

Si existe sociedad de gananciales en el matrimonio del cónyuge difunto, la disolución y liquidación de la misma debe referirse a la fecha de fallecimiento del causante, surgiendo para cada cónyuge el derecho a la mitad del haber líquido que resulta de las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales. Por tanto, dichas operaciones han de ser previas a la determinación de la masa hereditaria gravada por el Impuesto de Sucesiones. Ahora bien, como hemos señalado antes, dada la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, parece claro que los cónyuges no han de recibir en su haber el 50 por 100 de cada uno de los bienes, es decir, no tienen por qué recibir una cuota de cada bien de naturaleza ganancial, sino que podrán atribuirse bienes uno y otro hasta igualar su haber. Como señala CASTÁN TOBEÑAS ⁸: «La partición se hará aplicando las reglas de las particiones de herencia. Y la entrega de los bienes se efectuará, según la naturaleza de ellos, por escritura, si son inmuebles, o por cualquier forma de tradición, si son muebles». Lo que sí establece el Código Civil en su artículo 1.406 es un derecho de atribución preferente o de predetracción a favor de alguno de los cónyuges (bienes de uso personal, vivienda habitual, explotación agrícola...). Por lo tanto, está claro que en la masa hereditaria del cónyuge fallecido pueden haberse adjudicado única y exclusivamente bienes que tengan beneficios fiscales a efectos del Impuesto sobre las Sucesiones y Donaciones.

⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo V: *Derecho de familia*, Editorial Reus, Madrid, 1987, p. 383.

⁷ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Ob. cit.*, p. 391.

⁸ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Ob. cit.*, p. 510.

La pregunta que surge a continuación es bien sencilla: ¿La Administración Tributaria debe ajustarse a la hora de efectuar la liquidación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones a los bienes que se hayan adjudicado al causante en pago de su mitad de gananciales o, por el contrario, debe hacerse abstracción de la misma y liquidar considerando el valor del 50 por 100 de todos los bienes gananciales, independientemente de cuáles se hayan adjudicado al causante o al cónyuge superviviente? La Resolución de la DGT 2/1999, de 23 de marzo, al respecto establece en el punto 1.1.a):

«Procedimiento a seguir para practicar la reducción en los supuestos de fallecimiento de una persona casada bajo el régimen económico matrimonial de gananciales. Tras la disolución del régimen económico matrimonial, la reducción deberá calcularse sobre el valor de los bienes que se encuentren incluidos en el caudal relicto del causante. Si, como consecuencia de la disolución del régimen económico de gananciales, se atribuye al causante la mitad de la vivienda habitual sólo se aplicará la reducción sobre dicha mitad. Si, por el contrario, se atribuye a aquél la totalidad de la vivienda habitual, la reducción operará sobre el valor total de la misma».

Entiendo que el criterio no sólo es aplicable a la vivienda habitual, sino también a los otros bienes que gozan de reducción en el ISD.

AGUSTÍN TORRES ⁹, al respecto y refiriéndose a la empresa individual o negocio profesional, dice: «Lo que sí está claro es que producida la defunción de un cónyuge, el sobreviviente y los herederos del premuerto (el sobreviviente puede ser también heredero del premuerto) pueden practicar en la forma que les convenga la liquidación de la sociedad conyugal y atribuir, en su totalidad, la empresa o negocio profesional a la cuota matrimonial del sobreviviente o a la herencia del fallecido». Por su parte, Ernest DE AGUIAR ¹⁰ opina: «Si se acepta que esta partición (de la sociedad de gananciales) puede hacerse a voluntad del cónyuge sobreviviente, la economía de opción más conveniente, siempre que existan bienes bonificados en el ISD, será aquella que asigne al causante el máximo posible de bienes bonificados, para, de esta forma, minimizar los costes de herencia. Sin embargo, no está nada claro que las distintas Comunidades Autónomas acepten cualquier liquidación caprichosa o interesada de la sociedad de gananciales, y que, en base a ello, se interprete que la coherencia en la aplicación de estos beneficios fiscales exige un reparto por mitades de todos los bienes bonificados». En esta misma línea TORRES CONEJO y REPISO LÓPEZ ¹¹ señalan básicamente dos argumentos en contra del criterio marcado por la DGT, por un lado el artículo 36 ¹² de la LGT, dada la naturaleza convencional de la liquidación y partición de la sociedad de gananciales, dicen-

⁹ AGUSTÍN TORRES, C., *Beneficios fiscales en la tenencia y transmisión de las empresas*, CISS, Valencia, 1999, p. 64.

¹⁰ DE AGUIAR, E., *Beneficios fiscales en la empresa familiar: patrimonio y sucesiones*, La Caixa, Barcelona, 1998, p. 173.

¹¹ TORRES CONEJO, C. y REPISO LÓPEZ, F., «Beneficios fiscales en los Impuestos sobre el Patrimonio y sobre Sucesiones y Donaciones de la empresa familiar y vivienda habitual», en *Alcaba*, n.º 1/1999, p. 43.

¹² «La posición del sujeto pasivo y los demás elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares. Tales actos y convenios no surtirán efecto ante la Administración sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas».

do al respecto que creen que admitir la posibilidad de que los interesados decidan los bienes que forman parte de la herencia y cuáles no, con los consiguientes efectos en la deuda tributaria, choca frontalmente con el artículo 36 de la LGT. Y por otro lado, consideran que el que la Administración deba atenerse a la posible liquidación de la sociedad de gananciales va a afectar a la naturaleza de las liquidaciones practicadas antes de la partición; así, ante el esquema:

- 1) fallecimiento;
- 2) declaración tributaria;
- 3) liquidación,

¿qué ocurre cuando la adjudicación de bienes gananciales se hace con posterioridad a dicho esquema, porque la declaración tributaria no contenga mención alguna a dicha adjudicación de bienes en concreto? Se plantean los referidos autores una serie de cuestiones como: «¿tendrían que ser necesariamente provisionales las liquidaciones que practiquen las oficinas gestoras hasta que se adjudiquen o partan los bienes gananciales? ¿Habrá de rectificarse las liquidaciones inicialmente efectuadas en base al derecho ideal de cada interesado, una vez que la partición se haya practicado, incluso con devolución de la cantidad que, en su caso, pueda corresponder?[...], ¿es que debe entenderse que se conecta el devengo con la partición, de tal forma que no procede liquidar hasta que se parta?».

Si en una declaración tributaria presentada por los interesados no se hace mención a la forma de distribuir los distintos bienes de naturaleza ganancial, la Administración llevará a cabo dicha distribución considerando que a cada cónyuge le corresponde el 50 por 100 de dichos bienes. No obstante no hay que olvidar el artículo 123.3¹³ de la LGT en su redacción dada por la Ley 25/1995, de 20 de julio. Dicho precepto ha sido declarado en vigor expresamente por la disposición derogatoria única de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes. Las posibles alegaciones pueden arrojar luz en la distribución de bienes gananciales.

A pesar de los posibles inconvenientes, de conformidad con la naturaleza jurídica de la sociedad ganancial que antes he expuesto, así como de la interpretación de la DGT, considero plenamente acertado que la distribución que se realice de los bienes gananciales ha de ser tenida en cuenta a la hora de la liquidación por el ISD. En la actualidad, y dada la importancia de las reducciones, cada vez son más las declaraciones tributarias que hacen hincapié en la forma de distribuir los mencionados bienes, buscando, claro está, un importante ahorro. No hay precepto alguno que impida esa apreciación, ya que el artículo 27 de la Ley 29/1987 y el artículo 56 del Real Decreto 1629/1991, de

¹³ «Antes de dictar la liquidación se pondrá de manifiesto el expediente a los interesados o, en su caso, a sus representantes para que, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, puedan alegar y presentar los documentos y justificantes que estimen pertinentes».

8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, al señalar que el impuesto se liquidará «cualesquiera que sean las participaciones y adjudicaciones que los interesados hagan [...] como si se hubiesen hecho con estricta igualdad», se está refiriendo, claro está, al caudal relicto. En este mismo sentido, PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ ¹⁴ precisa: «Esta liquidación de los bienes comunes de los miembros del matrimonio, por causa del fallecimiento de uno de ellos, no produce una transmisión sucesoria o *mortis causa* de los mismos, sino una adjudicación que se considera originaria de la titularidad de los elementos ya poseídos en comunidad con el fallecido y tras la adjudicación, individualmente, [...] ha de convenirse que no son aplicables las normas del ISD a la liquidación de la sociedad de gananciales o de otras comunidades de bienes de los miembros del matrimonio, siendo totalmente voluntaria la adjudicación de los elementos que se considere conveniente para el pago de la cuota correspondiente al cónyuge superviviente y de la que corresponda a los sucesores, sin que deba entenderse que deba hacerse en estricta igualdad adjudicando por mitades todos los elementos patrimoniales, sin perjuicio de que se respeten los porcentajes de participación [...] En resumen, han de incluirse en la herencia todos los bienes, derechos y obligaciones que de acuerdo con la liquidación de los regímenes matrimoniales correspondan a la misma de acuerdo con las adjudicaciones que realicen los interesados».

2.2. El artículo 27 de la Ley 29/1987 y el artículo 56 del Reglamento del ISD. ¿Corresponde la bonificación únicamente al adjudicatario del bien?

Una vez que se ha determinado qué bienes, derechos y obligaciones integran la herencia del causante, surge otra cuestión bastante debatida y es la aplicación del principio de igualdad que establece el artículo 27 de la Ley 29/1987 ¹⁵ y el artículo 56 del Reglamento del ISD ¹⁶. En definitiva, se trata de determinar si la bonificación ha de aplicarse a todos los sucesores, que reúnan los requisitos exigidos por la norma, por igual, o bien, tiene que aplicarse a quien efectivamente se adjudique el bien que goce de reducción. La DGT en la Resolución 2/1999, de 23 de marzo, establece:

¹⁴ PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J. J., «Las nuevas reducciones del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones», en *Tribuna Fiscal*, CISS, 1998, p. 57.

¹⁵ «Artículo 27. 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 afectarán sólo al que adquiera dichos bienes. [...]».

¹⁶ «Artículo 56: 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.
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. [...]».

«Inclusión en la base imponible del valor de los bienes con derecho a reducción. A efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, artículo 27 de la Ley 29/1987, cualesquiera que sean las particiones y adjudicaciones que los interesados hagan, se considerará como si se hubiesen hecho con estricta igualdad y con arreglo a las normas reguladoras de la sucesión. Por la tanto, la reducción beneficiará por igual a los causahabientes en la sucesión, en la medida en que cumplan todos los requisitos previstos en el artículo 20.2.c) anteriormente citado, 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. Todo ello sin perjuicio de aplicar la reducción a determinados causahabientes en los supuestos en los que el testador les haya asignado los bienes específicamente».

Como señalamos al principio, ésta también es una cuestión debatida por los distintos autores que han tratado el tema. Así, AGUSTÍN TORRES ¹⁷ considera que el artículo 20 de la Ley estatal del ISD debe ser interpretado de modo coordinado y armónico con el artículo 27 de la propia Ley, de manera que no se aparta del criterio de la DGT.

Una interpretación distinta la apunta FALCÓN Y TELLA ¹⁸ cuando entiende «que esta norma –el llamado principio de proporcionalidad en las adquisiciones– afecta exclusivamente a la determinación de la base imponible, y no a las posteriores reducciones en dicha base imponible, necesarias para determinar la base liquidable. Obsérvese en este sentido que todas las reducciones del artículo 20 afectan exclusivamente a la persona que cumple los requisitos y da lugar a ellas, y no se prorratean entre los herederos. Aparte de que la interpretación de la DGT supone que el incumplimiento del requisito de mantenimiento de la adquisición durante diez años (lógicamente imputable sólo al adjudicatario) obligaría a todos los herederos a regularizar su situación tributaria con intereses».

Esta interpretación, parte de considerar tanto el artículo 27 de la Ley 29/1987 como el artículo 56 del Reglamento del ISD referidos exclusivamente a la determinación de la base imponible, una vez cuantificada ésta para cada causahabiente, la aplicación de las reducciones, coeficientes, deducción por doble imposición internacional, deben aplicarse a cada uno de los adquirentes que reúnan los requisitos para su aplicación. Está clara la visión frontalmente opuesta a la interpretación dada por la DGT.

La interpretación administrativa parte de que el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se ha constituido en nuestro ordenamiento jurídico sobre la base de que a cada heredero se le liquida conforme al valor de la porción a que tiene derecho según la ley que rija la sucesión, ya sea por testamento, *ab intestato* o pacto sucesorio, independientemente de las adjudicaciones que se hagan por los interesados de los bienes incluidos en la masa hereditaria. No hay que olvidar, por otra parte, que

¹⁷ AGUSTÍN TORRES, C., Ob. cit., p. 99.

¹⁸ FALCÓN Y TELLA, R., Ob. cit., p. 6.

puede ocurrir que las particiones en concreto no se realicen en el mismo documento de declaración de la sucesión, sino que se demoren hasta bastante tiempo después de liquidar la herencia, adjudicándose los bienes a los herederos, en un principio, en proindiviso según la cuota de cada uno. Los artículos mencionados al principio establecen por tanto que se prorratan entre todos los causahabientes los aumentos de valor de los bienes, supuestos de no sujeción y exenciones, siempre y cuando no hubiera una atribución directa efectuada por el testador. Ahora bien, ¿cuál es la naturaleza de la reducción? La Ley 29/1987 no ha catalogado a las reducciones del artículo 20 como supuesto de no sujeción, ni como exención. Tanto la vivienda habitual, como la empresa individual, el negocio profesional o las participaciones son bienes sujetos y no exentos. De ahí que si no hay una atribución directa del testador, los posibles aumentos de valor que experimenten dichos bienes van a tener un reflejo en las bases imponibles de todos los causahabientes en proporción a su título hereditario. Una posible justificación de la interpretación administrativa al respecto partiría, en principio, de que, dado que el incremento de valor sí hace mella en todos, la reducción a que los mencionados bienes dan derecho parece que debería prorratarse entre todos los causahabientes que reúnan los requisitos exigidos por la norma. Todo ello derivado de la especial característica de estas reducciones del artículo 20 párrafo 2.c y párrafo 6, que se refieren a la vez a unos determinados bienes y a unas determinadas personas. Este carácter subjetivo y objetivo que tiene la reducción analizada es lo que entiendo ha llevado a esa interpretación conjunta del artículo 20 con el artículo 27. Así, son diferentes de las reducciones que se refieren por ejemplo al grupo de parentesco o minusvalía que tienen carácter subjetivo exclusivamente y van dirigidas a quien reúna unos determinados requisitos personales, no refiriéndose a unos bienes concretos, y no pudiéndose prorratar entre todos.

Por otro lado, el atribuir la reducción de forma exclusiva a quien se atribuya el bien o los bienes con derecho a reducción tiene una consecuencia perversa, como señala POZUELO ANTONI ¹⁹: «...en aquellos casos, por ejemplo, en los que –por partición de los interesados– la empresa individual del causante se la vaya a adjudicar un heredero concreto, la porción de valor de la empresa que se incorporará a su base imponible será exclusivamente la que corresponda en virtud de su título hereditario». A continuación desarrolla un ejemplo en el que se reflejaría esta circunstancia, así: «En una herencia con dos herederos por cuotas iguales, de valor comprobado igual a 1.000, formada por una empresa valorada en 500 y un terreno de idéntico valor, la real adjudicación de un bien a cada causahabiente no va a permitir una reducción del 95 por 100 de 500 en quien adquiera la empresa. La razón es que su base imponible de 500 debe entenderse como la cuantificación del incremento lucrativo que le supone ser llamado al 50 por 100 del valor de un terreno y al 50 por 100 del valor de la empresa. Por ello, la reducción a que tendrá derecho el heredero que se adjudique la empresa será del 95 por 100 de 250. El otro heredero no tendrá derecho a ninguna reducción por este concepto». Con ello se pierde el derecho a la reducción del otro 50 por 100 del valor del bien.

Ahora bien, este razonamiento con el que intentamos acercarnos a la interpretación administrativa de repartir la reducción entre los herederos choca con un obstáculo que vemos difícil de superar, tal es el relativo al requisito de mantenimiento de la adquisición durante un período de tiempo

¹⁹ POZUELO ANTONI, F., «Las nuevas reducciones del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (Leyes 13 y 14 de 1996)», en *Revista de Contabilidad y Tributación (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros, n.º 172, 1997, p. 67.

(diez años) por parte de los causahabientes. Dicho obstáculo no es otro que **cómo aplicar un beneficio fiscal que exige, entre otros, la permanencia del valor de lo adquirido durante diez años, a una persona que no resulta adjudicataria del bien que lleva aparejado dicho beneficio**, y que, por lo tanto, nunca podrá cumplir dicho requisito de permanencia. Llegado a este punto consideramos, cuanto menos, difícil de mantener la interpretación administrativa. En Cataluña, este aspecto ha quedado resuelto con la publicación del Decreto 356/1999, de 30 de noviembre, de la CC.AA. mencionada por el que se desarrolla el régimen de aplicación de la reducción de la base imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones reconocida en las transmisiones *mortis causa* de empresas individuales, participaciones en entidades y otros bienes, (DOGC de 28 de diciembre de 1999), al establecer en su artículo 2 que cuando en el caudal relicto del causante figure cualquiera de los bienes que determinan la aplicación de la reducción y fueran dos o más las personas llamadas a sucederlo a título universal o como legatarios de parte alícuota, serán beneficiarios de la reducción, si procede, el adjudicatario o adjudicatarios efectivos de aquellos bienes según la partición, siempre que cada uno de ellos cumpla con los requisitos subjetivos legalmente previstos. Así, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cataluña, queda resuelta la cuestión, alejándose del criterio sentado por la DGT, en la medida que establece la aplicación del beneficio a quien sea adjudicatario del bien en concreto, y estando por tanto obligado a mantener lo adquirido, para no perder el beneficio, únicamente dicha persona que resulta adjudicataria. En definitiva, estamos ante una de las interpretaciones más cuestionadas de las resueltas por la DGT. Si bien, ésta sigue manteniéndose a través de las consultas que resuelve dicho criterio tan cuestionado. Así, en consulta de 12 de mayo de 2000, dice:

«El artículo 27 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones recoge el principio de la igualdad en la partición o, lo que es lo mismo, la regla conforme a la cual ya los efectos del impuesto, cualesquiera que sean las particiones y adjudicaciones que los interesados hagan, se considerará como si se hubieran hecho con escrita igualdad y con arreglo a las normas reguladoras de la sucesión. Si todos los sucesores reciben todos los bienes en proporción a su derecho en la sucesión, la reducción a que se refiere el artículo 20.2.c) de la Ley para los supuestos de adquisición *mortis causa* de la vivienda habitual de la persona fallecida beneficiará por igual a los causahabientes en la sucesión, en la medida en que cumplan todos los requisitos del citado artículo, apartado y letra, todo ello con independencia de las adjudicaciones realizadas en la partición. La reducción les beneficiará, en consecuencia, sobre la parte del valor bien objeto de reducción incluida en su correspondiente base imponible. La aplicación de la regla anterior, en cuanto beneficia por igual a todos los causahabientes, decae, como es lógico, en aquellos supuestos en que el causante, mediante testamento u otro documento, haya asignado elementos específicos a determinados causahabientes. En tales casos, sólo el adjudicatario incluirá en su base imponible el valor de dichos elementos y, por tanto, gozará en exclusiva de la reducción que procediera [...]».

Por otro lado y respecto del requisito de permanencia que lleva aparejada la aplicación de la reducción, la DGT continúa en la mencionada consulta diciendo:

«[...] Cuando, no obstante, esa regla general sea aplicable –como sucede en el supuesto del escrito de consulta– las condiciones que se exigen respecto a la permanencia de lo adquirido en el patrimonio del sucesor deberá ser cumplido por el sucesor o sucesores que realmente hayan adquirido los bienes o derechos de que se trate, de forma que si incumplen uno de ellos, todos los adquirentes beneficiados por la reducción en la sucesión perderán dichos beneficios –debiendo abonar la parte del impuesto no ingresado además de los intereses de demora– al igual que el que realmente incumplió la condición. Se trata, por así decirlo, de que como derivación del principio de igualdad en la partición, se ha formado un "grupo de herederos" a los que el requisito de permanencia obliga conjuntamente, en la medida en que su mantenimiento a todos beneficia y su pérdida a todos perjudica, con la circunstancia adicional de que ese mantenimiento sólo incumbe a los que hayan sido concretos adjudicatarios de los bienes o derechos por los que se disfrutó la reducción».

De tal manera que, según el criterio de la DGT, no sólo se debe repartir el beneficio entre los distintos causahabientes independientemente de quién se adjudique en concreto el bien, dejando las excepciones a parte de adjudicación concreta por el testador o a título distinto del de heredero, sino que se crea lo que la Administración ha dado en llamar «grupo de herederos» de manera que si se transmiten entre ellos el bien que goza del beneficio fiscal, no pierden la bonificación. Sólo en el caso de que el bien saliera antes de los diez años de ese «grupo de herederos» sí se perdería el beneficio. La Administración considera que dado que aplica el principio de igualdad hasta las últimas consecuencias, sólo para el caso de que el bien o parte del mismo, salga del patrimonio del «grupo de herederos» beneficiados por la exención se habría incumplido el requisito de permanencia. En tal sentido, en la consulta mencionada la DGT sigue diciendo:

«Tanto si la usufructuaria transmite su derecho a la hija que es nuda propietaria, como si el proceso es el inverso, se mantiene la adquisición por el "grupo de herederos" a que antes nos referíamos y, consiguientemente, no hay pérdida del derecho a la reducción practicada en su momento. Si la usufructuaria y/o la nuda propietaria transmitieran su derecho y/o título de propiedad a la tercera heredera, también beneficiaria en su momento de la reducción, la solución sería, por las mismas razones, igual que en el caso anterior. Si una de las herederas quebrantara unilateralmente la obligación de mantener la adquisición, tal y como se plantea en el escrito, las consecuencias del último párrafo del artículo 20.2.c –reintegro de la parte del impuesto y abono de intereses de demora– operarían, según se ha expuesto, para las demás beneficiarias de la reducción en su momento practicada».

Este criterio manifestado en Consulta de 12 de mayo de 2000, ha sido abandonado con posterioridad por la DGT. Así en Consulta de 9 de abril de 2001, en la que se plantea un supuesto de adquisición de participaciones por herencia a las que son de aplicación la reducción del 95 por 100, por parte del cónyuge e hijos del fallecido, en el caso de que con posterioridad el cónyuge sobreviviente quiera donar las participaciones que le correspondieron a sus hijos, la DGT contestó que:

«[...] Resulta evidente que si el adquirente dona las participaciones a otras personas dentro del plazo legalmente establecido el valor de adquisición no se mantiene por lo que, al no cumplirse el requisito de permanencia, deberá pagarse la parte del impuesto que se hubiese dejado de ingresar como consecuencia de la reducción practicada, además de los intereses de demora».

Se confirma, por tanto, algo que parece más adecuado a la letra de la Ley, que no es otra cosa que en el caso de incumplimiento del plazo de mantenimiento es indiferente que se transmita entre el grupo de herederos que se beneficiaron de la reducción, o bien se transmita a un tercero que no estuviera incluido entre dicho grupo. Esta interpretación, que consideramos plenamente acertada, también se recoge en la Consulta de 7 de marzo de 2001, referida esta vez a la vivienda habitual del causante:

«[...] En el supuesto de transmisión *mortis causa* de la vivienda habitual del fallecido, cada uno de los causahabientes tiene derecho a practicar la reducción del 95 por 100 prevista en la Ley, con el límite de 20.400.000 pesetas por cada causahabiente, de modo que, tras la partición hereditaria, el heredero que reciba una cuota en el condominio sobre dicha vivienda, estará obligado a mantener el bien adquirido, es decir, la cuota, durante el plazo de diez años exigidos por la Ley –con la excepción de los actos dispositivos u operaciones societarias que no dieran lugar a una minoración sustancial del valor de adquisición–, siendo a tales efectos irrelevante que la transmisión del bien recibido por un heredero se realice a favor de otro heredero o bien de un tercero.»

En efecto, el artículo 20 de la LISD no hace distinción alguna, exigiendo únicamente el mantenimiento de lo adquirido a cada causahabiente adjudicatario del bien. De conformidad con el artículo 1.068 del Código Civil: «La partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados», por lo que si con posterioridad a dicha adjudicación enajenan los bienes adjudicados antes de los diez años habrán perdido la bonificación aplicada. Teniendo en cuenta que es independiente que la adjudicación haya sido de un bien concreto o de cuotas en una comunidad, ya que como recuerda la consulta mencionada anteriormente:

«El artículo 392 del Código Civil señala que existe comunidad de bienes cuando la propiedad de una cosa o un derecho pertenece pro indiviso a varias personas, y el artículo 399 que todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte, pudiendo enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun sustituir otro en su aprovechamiento. Por lo tanto, como consecuencia de una partición hereditaria los herederos pueden recibir cuotas en una comunidad de bienes y pueden proceder a la transmisión de las mismas, a título gratuito u oneroso».

2.3. Magnitud sobre la que se aplica el 95 por 100 de la reducción.

La cuestión es simple, si bien, en absoluto pacífica: ¿Sobre qué importe ha de aplicarse el 95 por 100 para determinar la cuantía de la reducción a que tienen derecho los interesados? Independientemente de que con motivo del análisis pormenorizado que con posterioridad haremos de cada supuesto (vivienda habitual, empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades), con carácter general, hay que tener en cuenta que la DGT ha indicado en su resolución que para el supuesto de adquisiciones *mortis causa*:

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

Respecto de las adquisiciones *inter vivos*, la DGT en consulta del Director General de Tributos del Departamento de Economía y Hacienda y Fomento de la Diputación General de Aragón, de 24 de febrero de 1999, señalaba que:

«En el caso de transmisiones lucrativas *inter vivos*, la cuestión está resuelta de forma clara y directa, puesto que expresamente en los artículos 16 y 17 de la Ley 29/1987 se establece que la base imponible de estas transmisiones es el valor de los bienes o derechos adquiridos con deducción de las cargas y de las deudas, que estuvieran garantizadas con derechos reales que recaigan sobre los elementos transmitidos, siempre que el adquirente asuma el pago de las mismas».

La interpretación de la DGT supone lo siguiente:

1

Ejemplo:

El Sr. «A» fallece en estado de viudo. Tenía dos hijos a los que instituye herederos por partes iguales y deja los siguientes bienes: una casa unifamiliar que constituía su vivienda habitual que se valora en 10.000.000, un solar
.../...

.../...

valorado en 5.000.000 y una cuenta corriente con saldo a fecha de fallecimiento de 5.000.000. Como pasivo tiene un préstamo personal con un saldo a fecha de fallecimiento de 2.000.000. Los gastos de última enfermedad fueron de 500.000 y los de entierro y funeral de otras 500.000. Solicitan la reducción del artículo 20.2.c por vivienda habitual del causante.

Prescindiendo del ajuar doméstico la liquidación que procedería sería la siguiente: $20.000.000 - 2.000.000 - 500.000 - 500.000 = 17.000.000$;

Por lo que respecta al cálculo de la parte proporcional de deudas y gastos: Si a $20.000.000/3.000.000$ a $10.000.000/X$, de donde $X=1.500.000$.

Por lo que respecta al cálculo del valor neto de la vivienda habitual: 10.000.000 menos la parte proporcional de gastos y deudas deducibles que importarían 1.500.000, lo que haría un total de 8.500.000.

Por lo que respecta a la reducción sería: $95\% \times 8.500.000 = 8.075.000$.

Por lo que a cada heredero (hay dos) le supondría lo siguiente: $8.500.000 -$ reducción por parentesco $- 4.037.500$ por reducción por vivienda habitual, independientemente de quien se la adjudique.

Siguiendo el criterio de la DGT, habría que deducir del valor con derecho a reducción la parte proporcional de los gastos y deudas deducibles. Esto ha sido criticado por algunos autores; así FALCÓN Y TELLA²⁰ entiende que «el tenor literal de la L.Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones –referido expresamente al "valor" de la empresa, negocio o participaciones– difícilmente consiente la imputación de un porcentaje de las deudas y gastos generales, al menos en cuanto que dichos gastos o deudas no aparezcan directamente ligados a la empresa, a las participaciones, o a la vivienda; pues de otro modo no estaríamos ante una reducción de la base imponible "en un 95 por 100 del valor de la empresa o vivienda incluido en dicha base", como quiere la Ley, sino ante la reducción en un 95 por 100 de la parte proporcional de base imponible correspondiente a la empresa o vivienda, que es algo distinto».

Por su parte TORRES CONEJO y REPISO LÓPEZ²¹ consideran que dejando aparte las cargas o gravámenes que puedan recaer sobre los bienes y que realmente disminuyen el valor de éstos, no parece que tenga sólido fundamento deducir la parte proporcional de deudas o gastos generales (como pueden ser los de entierro o funeral). Apuntan en definitiva, que el valor de los bienes con derecho a reducción no puede variar «en función de que existan más o menos gastos de entierro y enfermedad u otros generales».

²⁰ FALCÓN Y TELLA, R., Ob. cit., p. 7.

²¹ TORRES CONEJO, C., y REPISO LÓPEZ, F., Ob. cit, pp. 49-50.

Ernest DE AGUIAR ²² señala que dado que aplicar el 95 por 100 sobre el valor total y no sobre el neto del bien con derecho a deducción puede llevar a situaciones ilógicas en que frente a bases imponibles elevadas surjan bases liquidables negativas, «deberían aplicarse proporcionalmente las deudas al conjunto de bienes de la base imponible y, después, aplicar la bonificación a la parte corregida de la base imponible bonificada». Ahora bien, como este mismo autor recalca: «No obstante, desde una interpretación literal de la norma no parece que pueda existir ninguna base jurídica que justifique una restricción como la que se acaba de comentar».

Por su parte, POZUELO ANTONI ²³, tras dar argumentos a favor y en contra, se muestra partidario de aplicar el 95 por 100 sobre el valor neto y ello porque «la redacción elegida por el legislador está más cerca de esta última interpretación (tomar como referencia la parte de base imponible que se derive del valor de la vivienda) que de entender aplicable el porcentaje sobre el valor "bruto" del bien».

Por último, y como muestra del amplio abanico de opiniones doctrinales que van desde el rechazo de la interpretación de la DGT hasta la aceptación de la misma, nos encontramos a AGUSTÍN TORRES ²⁴, que tan sólo transcribe la resolución en cuestión en relación con la magnitud sobre la que debe aplicarse el 95 por 100.

Considero que la opción planteada por la DGT es bastante razonable. Ya que, en caso contrario, para una misma operación estaríamos utilizando cantidades distintas de una misma realidad (el bien en cuestión con derecho a reducción). Así, en la base imponible, el valor reducido en la parte proporcional de deudas y gastos, y a la hora de calcular el importe de la reducción a que da derecho, el valor total del bien sin tener en cuenta aquéllos ²⁵. Analizando el ejemplo expuesto con anterioridad se vería claro lo apuntado: así, en la base imponible de cada sujeto pasivo figura la parte proporcional de la vivienda habitual reducida por las deudas y gastos, por lo que no cabría sin más aplicar a cada interesado el 95 por 100 sobre 5.000.000, sino sobre 4.250.000 que supone el valor de la casa disminuida por la parte proporcional de deudas y gastos, y por lo tanto, lo que realmente figura en la base imponible. En definitiva, es la opción que practica la Administración en sus liquidaciones. Tan sólo un cambio en la interpretación del precepto que podría venir determinada por los Tribunales haría que se utilizara otra magnitud al calcular el importe de la reducción.

²² DE AGUIAR, E., Ob. cit., p. 170.

²³ POZUELO ANTONI, F., Ob. cit., p. 69.

²⁴ AGUSTÍN TORRES, C., Ob. cit., p. 101.

²⁵ El Decreto 356/1999, de 30 de noviembre, de la Comunidad Autónoma de Cataluña (DOGC de 28 de diciembre de 1999) estima más respetuosa con la Ley la solución de no prorratear las deudas y gastos generales deducibles y así en su artículo 3 dispone: «Para el cálculo del importe de la reducción se tomará como base el valor neto de los bienes transmitidos [...] minorando, sólo, en el importe de las cargas y gravámenes de naturaleza perpetua, temporal o redimible que aparezcan directamente sobre los mismos bienes y disminuyan realmente su capital o valor. El valor así determinado, sin prorrateo del importe de las deudas y gastos generales legalmente deducibles, constituirá la base de cálculo de la reducción.»

3. TRANSMISIÓN *MORTIS CAUSA* DE LA EMPRESA INDIVIDUAL, NEGOCIO PROFESIONAL Y DE LAS PARTICIPACIONES EN ENTIDADES A LOS QUE SEAN DE APLICACIÓN LA EXENCIÓN EN EL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO

Se introdujo esta reducción en la base imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones por el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, aplicable desde el 9 de junio de 1996. La redacción originaria fue modificada por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, que dio una nueva redacción al artículo 20.2.c) ²⁶, que es el vigente en la actualidad. Como señalamos en la introducción, fue la Comisión Europea la que por medio de la Recomendación de 7 de diciembre de 1994 establecía la conveniencia de garantizar la supervivencia de las empresas mediante un trato fiscal adecuado en la sucesión y en la donación de las mismas.

La principal problemática que surge respecto de esta reducción, es la remisión que efectúa al Impuesto sobre el Patrimonio, como requisito previo para poder ver si se goza o no de exención en dicho impuesto, de manera que si la respuesta es afirmativa procederá la reducción en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Esto lleva aparejado varios problemas, entre los que se puede señalar, por ejemplo, que el devengo de uno y otro impuesto son distintos, así que los cálculos relativos a máxima fuente de renta y que posteriormente analizaremos llevan muchas veces a situaciones en que hay varias opciones, lo que da lugar a una sensación de inseguridad jurídica que es deseable sea desterrada, habida cuenta de que la Administración a través de la Resolución 2/1999, de 23 de marzo, intenta dar soluciones a la mayoría de problemas que se pueden plantear, pero claro, es impensable que se traten todos. Esta misma puntualización la refieren los autores que han tratado el tema. ROCA LÓPEZ ²⁷ señala que debe ponerse de manifiesto que el hecho de que la obtención de un determinado beneficio fiscal en un impuesto dependa del goce de una determinada ventaja fiscal en otra figura impositiva resulta, cuanto menos, chocante.

Ahora bien, fuera de los problemas de carácter técnico a que puede dar lugar esta remisión, lo que se pretende es que objetivamente, cuando unos determinados bienes reúnan unas características concretas que se consideren necesitadas de protección, gocen de beneficios fiscales en todos los ámbitos (Impuesto sobre el Patrimonio, Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones) de manera que no hayan de cumplirse unos requisitos distintos, cuando se trata de proteger un mismo interés, según el ámbito impositivo en el que nos movamos.

²⁶ «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 de participaciones en entidades a las que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4.º 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 por 100 del mencionado valor siempre que la adquisición se mantenga, durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que, a su vez, falleciese el adquirente dentro de este plazo. En los supuestos del párrafo anterior, cuando no existan descendientes o adoptados, será de aplicación a las adquisiciones por ascendientes, adoptantes y colaterales, hasta el tercer grado y con los mismos requisitos recogidos anteriormente. En todo caso, el cónyuge superviviente tendrá derecho a la bonificación del 95 por 100».

²⁷ ROCA LÓPEZ, M., *Principales beneficios fiscales para la empresa familiar*, CISS, Valencia, 2000, p. 105.

3.1. Transmisión *mortis causa* de la empresa individual y el negocio profesional.

La redacción original a que he hecho mención y que estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 1997 tan sólo mencionaba como beneficiaria de la reducción a «el valor de una empresa individual», siendo a partir del 1 de enero de 1998 y como consecuencia de la reforma apuntada llevada a cabo por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, cuando ya se incluye el negocio profesional como susceptible de beneficiarse de la mencionada reducción. A este respecto la tan reseñada Resolución 2/1999, de 23 de marzo, de la DGT establece que:

«Hasta el día 1 de enero de 1998, el concepto de empresa individual debe entenderse referido exclusivamente al de actividad empresarial».

La justificación la señala a continuación al decir que:

«La finalidad de las reducciones se encuentra en favorecer a las pequeñas y medianas empresas, además de relacionarse con las exenciones existentes en el Impuesto sobre el Patrimonio, y en este último Impuesto (hasta el 1 de enero de 1998) sólo estaban exentos los bienes y derechos afectos a actividades empresariales. Por el contrario, desde dicha fecha también se entienden incluidos los negocios profesionales efectuados de forma individual o societaria».

Esta interpretación ha encontrado voces en contra, así FALCÓN Y TELLA²⁸, basándose en la necesidad de respetar al máximo el principio de no discriminación, llega a la conclusión de que es perfectamente defendible, en su opinión, la plena aplicación del 95 por 100 en los negocios profesionales llevados en forma individual o societaria, y no sólo desde el 1 de enero de 1998, como estima la DGT. En contra de esta opinión, TORRES CONEJO y REPISO LÓPEZ²⁹ apuntan que «siendo claro que la exención no es aplicable a los bienes y derechos necesarios para el ejercicio de una actividad profesional hasta el 1 de enero de 1998 en la que expresamente queda incluida dicha actividad dentro del ámbito del beneficio fiscal [...]».

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a, de fecha 19 de junio de 1996 (RJ 1996\4964), trata esta cuestión, al denunciar la Cámara Oficial de Comercio Industria y Navegación de Barcelona la exclusión, en el artículo 4.8 de la Ley 19/1991, del Impuesto sobre el Patrimonio, por la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de los bienes y derechos afectos al ejercicio de actividades profesionales. A la Sala, en el Fundamento de Derecho 6.º «no se le plantean dudas respecto a la constitucionalidad del precepto (que genéricamente y sin expresión

²⁸ FALCÓN Y TELLA, R., Ob. cit., p. 7.

²⁹ TORRES CONEJO, C. y REPISO LÓPEZ, F., Ob. cit., p. 17.

de norma alguna se ataca) pues nada impide al legislador fiscal otorgar tratamientos distintos (máxime cuando de beneficios fiscales se trata) entre sujetos que se hallen en distinta situación jurídico-económica».

En consecuencia con lo expuesto, si antes del 1 de enero de 1998 se desarrollaba una actividad profesional mediante una entidad mercantil o de forma personal, no se gozaría de reducción en la transmisión *mortis causa* de las participaciones en dicha entidad, ni en los bienes de la misma si se ejercía de forma personal, dado que el ámbito de la reducción no beneficia al negocio profesional antes de esa fecha. La Ley, si hubiera querido incluirlo, lo habría reflejado expresamente, ya que no hay que olvidar que el artículo 23 de la LGT recuerda que no puede admitirse la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito de las exenciones o las bonificaciones. Si nos basamos en el principio de no discriminación para extender más allá de esa fecha el beneficio fiscal, habría que preguntarse también entonces por qué no gozan de dicho beneficio las actividades artísticas. Al comentar la transmisión de participaciones en entidades volvemos a esta cuestión, al tratar la actividad que deben desarrollar las entidades para gozar de los beneficios fiscales.

3.1.1. Requisito previo para la reducción en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones de la empresa individual o negocio profesional: gozar de la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio.

Para que se tenga derecho a deducción en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se exige que se trate de una empresa individual o un negocio profesional a los que sea de aplicación la exención prevista en el artículo 4.8.uno³⁰ de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio. Esa remisión de la Ley 29/1987, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, a la Ley 19/1991, del Impuesto sobre el Patrimonio, es lo que hace necesario un análisis previo de los requisitos exigidos por la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio.

El desarrollo en esta materia de la Ley 19/1991, del Impuesto sobre el Patrimonio, se ha llevado a cabo por el Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, que determina los requisitos y condiciones de las actividades empresariales y profesionales para la aplicación de las exenciones correspondientes en el Impuesto sobre el Patrimonio (además de los requisitos de las participaciones en determinadas entidades que analizamos en otro apartado de este trabajo). Derogó al Real Decreto 2481/1994, de 23 de diciembre, que como consecuencia de las Leyes 42/1994, 13/1996 y 66/1997, había quedado desfasado. El Real Decreto 25/2000, de 14 de enero, por el que se concretan los requisitos y condiciones de las participaciones en entidades para la aplicación de las exenciones corres-

³⁰ «Los bienes y derechos de las personas físicas necesarios para el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, siempre que ésta se ejerza de forma habitual, personal y directa por el sujeto pasivo y constituya su principal fuente de renta. A efectos del cálculo de la principal fuente de renta no se computarán ni las remuneraciones de las funciones de dirección que se ejerzan en las entidades a que se refiere el número dos de este apartado, ni cualesquiera otras remuneraciones que traigan su causa de la participación en dichas entidades.

También estarán exentos los bienes y derechos comunes a ambos miembros del matrimonio, cuando se utilicen en el desarrollo de la actividad empresarial o profesional de cualquiera de los cónyuges, siempre que se cumplan los requisitos del párrafo anterior.»

pondientes en el Impuesto sobre el Patrimonio ha modificado el artículo 5.1.a del Real Decreto 1704/1999, sustituyendo la redacción antigua por el texto de la propia Ley, evitándose de esta forma cualquier desfase entre la norma a desarrollar y la de desarrollo, a lo que se añade la supresión de la última frase del párrafo b) del mismo artículo y apartado, por dejar de tener sentido.

Se consideran como actividades empresariales o profesionales, según el artículo 1 del mencionado Real Decreto 1704/1999, aquellas que tengan la naturaleza de actividades económicas con arreglo a las normas del IRPF. Habrá que acudir a la normativa de este impuesto. El artículo 25³¹ de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, regula los rendimientos de actividades económicas y define qué se entiende por tales. La característica en torno a la que gira dicho concepto es «la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos». La DGT, en consulta de 7 de mayo de 1996 establecía que:

«los rendimientos obtenidos en su ejercicio reúnen los requisitos definitorios de los correspondientes a las actividades empresariales:

- a) procedencia del trabajo y/o del capital;
- b) prdenación por cuenta propia de medios de producción y/o de recursos humanos;
- c) finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios».

La norma no entra a distinguir entre actividad empresarial o profesional. Así, el Real Decreto 2481/1994, de 23 de diciembre (ya derogado como he señalado anteriormente), tan sólo se refería a actividades empresariales (cuestión obvia al no preverse la exención de negocios profesionales). Al ampliarse el beneficio a los negocios profesionales lo que hace el nuevo Real Decreto 1704/1999 es utilizar el término «actividades económicas» para englobar tanto a las de carácter profesional como empresarial. No obstante, se puede utilizar a efectos de distinguir una actividad de otra, la clasificación de las distintas actividades económicas que se encuentra en las tarifas del IAE, recogándose en la sección 1.^a las actividades empresariales, en la sección 2.^a las actividades profesionales y en la sección 3.^a las actividades artísticas. A efectos del IAE se consideran actividades empresariales las

³¹ «1. Se consideran rendimientos íntegros de actividades económicas aquellos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de esos factores, supongan por parte del contribuyente la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. En particular, tienen esa consideración los rendimientos de las actividades extractivas, de fabricación, comercio o prestación de servicios, incluidas las de artesanía, agrícolas, forestales, ganaderas, pesqueras, de construcción, mineras, y el ejercicio de profesiones liberales, artísticas y deportivas. 2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá que el arrendamiento o compraventa de inmuebles se realiza como actividad económica, únicamente cuando concurren las siguientes circunstancias: a) que en el desarrollo de la actividad se cuente, al menos, con un local exclusivamente destinado a llevar a cabo la gestión de la misma; b) que para la ordenación de aquélla se utilice, al menos, una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa».

actividades mineras, industriales, comerciales y de servicios. Por su parte el artículo 88.2³² del Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del IRPF, establece una serie de supuestos que considera comprendidos entre los rendimientos de actividades profesionales.

En este punto es necesario precisar, al ser conflictivo, cuándo la actividad de compraventa y arrendamiento de bienes es considerada como actividad empresarial. El artículo 25 de la Ley 40/1998 del IRPF señala los dos requisitos que debe reunir el arrendamiento o compraventa de inmuebles a efectos de ser considerado una actividad económica:

- «a) que en el desarrollo de la actividad se cuente, al menos, con un local exclusivamente destinado a llevar a cabo la gestión de la misma.
- b) que para la ordenación de aquella se utilice, al menos, una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa».

El Real Decreto 1704/1999 establece al respecto que:

«Se entenderá que el arrendamiento o compraventa de inmuebles se realiza como actividad económica cuando concurren las circunstancias que, a tal efecto, establece el artículo 25.2 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras normas tributarias».

Ahora bien, ¿hay que entender que estos requisitos son suficientes? Al respecto, Ernest DE AGUIAR³³ dice que «en medios responsables de la gestión de este impuesto, se ha manifestado reiteradamente que estos requisitos deben considerarse como condiciones necesarias, pero que en ningún caso deben entenderse como suficientes; considerando que todo ello debe completarse con el ejercicio demostrable de una actividad empresarial real[...] En cualquier caso, y en esto todo el mundo está de acuerdo, para plantearse la posible aplicación de estos beneficios fiscales, deberá comprobarse previamente que se trata verdaderamente de una actividad empresarial». La Sentencia del Tribunal

³² «2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior se consideran comprendidos entre los rendimientos de actividades profesionales: a) En general, los derivados del ejercicio de las actividades incluidas en la Sección 2.ª y 3.ª de las Tarifas del IAE, aprobadas por el Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre. b) En particular, tendrán la consideración de rendimientos profesionales los obtenidos por: 1.º Los autores o traductores de obras, provenientes de la propiedad intelectual o industrial. Cuando los autores o traductores editen directamente sus obras, sus rendimientos se comprenderán entre los correspondientes a las actividades empresariales; 2.º Los comisionistas. Se entenderá que son comisionistas los que se limitan a acercar o aproximar a las partes interesadas para la celebración de un contrato. Por el contrario, se entenderá que no se limitan a realizar operaciones propias de comisionistas cuando, además de la función descrita en el párrafo anterior, asuman el riesgo y ventura de tales operaciones mercantiles, en cuyo caso el rendimiento se comprenderá entre los correspondientes a las actividades empresariales; 3.º Los profesores, cualquiera que sea la naturaleza de la enseñanza, que ejerzan la actividad, bien en su domicilio, casas particulares o en academia o establecimiento abierto. La enseñanza en academias o establecimientos propios tendrá la consideración de actividad empresarial».

³³ DE AGUIAR, E., Ob. cit., p. 114.

Supremo de 26 de junio de 1996, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a, considera respecto de los mencionados requisitos que deben concurrir para considerar la actividad de arrendamiento o compraventa de inmuebles como empresarial: «[...] mínimos necesarios (y hasta, quizás, insuficientes) para que pueda hablarse de actividad empresarial». Por su parte CENCERRADO MILLÁN ³⁴ discrepa de esa valoración efectuada por la Sentencia, ya que cree que la ordenación por cuenta propia de un local (medios materiales) y de un trabajador (recursos humanos) son prueba más que suficiente del ejercicio de una actividad empresarial. No obstante, creo que la Sentencia mencionada acierta al considerar como mínimos esos requisitos, dada la facilidad con la que podría si no disfrazarse una actividad de arrendamiento o compraventa de inmuebles, como actividad empresarial.

A continuación analizaremos los requisitos que deben reunir las actividades económicas para poder gozar de la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio, como paso previo para poder aplicar la reducción en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Van referidos, por una parte, a la persona del empresario o profesional (desarrollar la actividad de forma personal, habitual y directa; y que constituya dicha actividad su principal fuente de renta), y, por otra parte, a los bienes que pueden beneficiarse fiscalmente (aquellos que estén afectos a la actividad de conformidad con la LIRPF).

3.1.1.1. Ejercer la actividad de forma personal, habitual y directa.

Es uno de los requisitos exigidos por el artículo 4 de la LIP y plasmado en el artículo 3 del Real Decreto 1704/1999, para poder aplicar la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio y, por ende, poder gozar de la reducción en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Se exige que el sujeto pasivo del Impuesto sobre el Patrimonio ejerza la actividad económica (empresarial o profesional) de forma habitual, personal y directa conforme a la normativa del IRPF.

El término «habitual» ya aparece recogido en el artículo 1 del Código de Comercio, cuando para referirse a los comerciantes (empresarios ³⁵) establece que:

«Son los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente».

Como señala URÍA ³⁶ «si en el orden jurídico mercantil la empresa es una determinada forma de actividad económica organizada, es obvio que toda empresa necesita un sujeto que organice y ejercite esa actividad. Ese sujeto es el empresario: persona física [...] que por sí o por medio de dele-

³⁴ CENCERRADO MILLÁN, E., «Consideraciones críticas a las exenciones del patrimonio empresarial de la persona física y de las participaciones en determinadas entidades (comentarios a la Sentencia del TS de 26 de junio de 1996)» en *Quincena fiscal*, n.º 7, abril de 1997, p. 42.

³⁵ Como señala URÍA: «el empresario de hoy es el comerciante de ayer»: URÍA, R., *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 1987. p. 115.

³⁶ URÍA, R., Ob. cit., p. 35.

gados ejercita y desarrolla en nombre propio una actividad constitutiva de empresa adquiriendo la titularidad de las obligaciones y derechos nacidos de esa actividad». Ahora bien este concepto jurídico-mercantil, no coincide con el concepto económico que, como señala el autor mencionado, se refiere a la persona que «directamente y por sí misma asocia, combina y coordina los diferentes factores de la producción, interponiéndose entre ellos para ajustar el proceso productivo al plan previsto de antemano». La diferencia radica básicamente en que el Derecho Mercantil no exige en el empresario un despliegue de actividad de una forma directa y personal, bastando con que la actividad se desarrolle en nombre del mismo, aunque de hecho se realice por personas delegadas.

Parece que la LIP, así como el Real Decreto 1704/1999, se refieren a este concepto económico que hemos señalado anteriormente. Ahora bien, ¿cómo probar por parte de los causahabientes que la actividad se realizaba personal, habitual y directamente por el causante? Hay que tener en cuenta que la LISD no define qué ha de entenderse por tal, remitiéndose a la LIP, y ésta a su vez, a través del Decreto 1704/1999 que la desarrolla, se remite a la LIRPF al disponer:

«La exención tan sólo será de aplicación por el sujeto pasivo que ejerza la actividad de forma personal, habitual y directa, conforme a la normativa del IRPF.»³⁷

La LIRPF establece en su artículo 11.4 que:

«Los rendimientos de las actividades económicas se considerarán obtenidos por quienes realicen de forma habitual, personal y directa la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y los recursos humanos afectos a las actividades. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que dichos requisitos concurren en quienes figuren como titulares de las actividades económicas».

A los causahabientes, a efectos de prueba, les debe bastar con presentar la declaración de IRPF en que conste que los ingresos obtenidos corresponden a Actividades Económicas de los que era titular el causante, ya que la presunción del ejercicio personal, habitual y directo juega a su favor, debiendo ser rota, en todo caso, por la Administración³⁸.

La excepción a esa actividad personal, habitual y directa que debe desplegar el sujeto pasivo para gozar la exención del Impuesto sobre el Patrimonio vendría dada por la reforma que llevó a cabo la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, al introducir en el artículo 4.8.uno de la LIP:

³⁷ Artículo 3.1 del Real Decreto 1704/1999.

³⁸ La DGT de la Conselleria de Economía, Hacienda y Empleo de la Generalitat Valenciana en Resolución de 25 de mayo de 2001 en su apartado 5.B) *in fine* establece al respecto: «En cuanto a la prueba de las actividades ejercitadas por el causante, la misma se deberá efectuar mediante la acreditación de la inclusión de los rendimientos derivados de la actividad relevante en la declaración del IRPF del período impositivo en el que se produjo su fallecimiento.»

«También estarán **exentos los bienes y derechos comunes a ambos miembros del matrimonio, cuando se utilicen en el desarrollo de la actividad empresarial o profesional de cualquiera de los cónyuges**, siempre que se cumplan los requisitos del párrafo anterior».

En armonía con lo expuesto, el artículo 3.1 del Real Decreto 1704/1999 también prevé este supuesto:

«La exención será igualmente aplicable por el cónyuge del sujeto pasivo cuando se trate de elementos comunes afectos a una actividad económica desarrollada por éste».

Antes de la reforma apuntada, en el caso de que en un matrimonio uno solo de los cónyuges ejerciera una actividad empresarial cuando hubiese bienes comunes afectos a dicha actividad, tan sólo el que efectivamente ejerciese la misma tendría derecho a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio.

La reforma llevada a cabo en el Impuesto sobre el Patrimonio no tuvo reflejo expresamente en la letra de la LISD. Ha sido la DGT la que, en la Resolución 2/1999, considera aplicable al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones el comentado supuesto en que los bienes son comunes al matrimonio, pero sólo uno de los cónyuges lleva a cabo una actividad económica, en los siguientes términos:

«Para fallecimientos anteriores al día 1 de enero de 1998, hay que entender que el término utilizado por la Ley de "empresa individual" está haciendo referencia tanto a la actividad del empresario como a los bienes y derechos afectos al ejercicio de dicha actividad. (El concepto de empresa implica el desarrollo de una actividad por parte de titular.) Por lo tanto, se puede afirmar que si el causante no realizaba una ordenación por cuenta propia de factores de producción y de medios humanos o de uno sólo de ellos con el fin de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios, la transmisión *mortis causa* de los bienes y derechos, afectos al ejercicio de la actividad empresarial del cónyuge sobreviviente, incluidos en el caudal relicto no podría gozar de la reducción del 95 por 100. En consecuencia, antes de la modificación del artículo 20.2.c) aplicable desde el 1 de enero del año 1998, la adquisición *mortis causa*, de los bienes y derechos comunes del matrimonio afectos al ejercicio de la actividad empresarial, del cónyuge no empresario, no podría gozar de la reducción comentada. A partir de dicha fecha, sí procede la reducción».

Prevé, por tanto, que a partir del 1 de enero de 1998, si se produce el fallecimiento de una persona que no ejercía actividad económica alguna, personal, habitual y directamente, pero entre sus bienes comunes existen bienes afectos a la actividad desplegada por el cónyuge sobreviviente, sí procederá aplicar la reducción en los mencionados bienes transmitidos *mortis causa*.

Este criterio marcado por la DGT ³⁹, cuyo punto de inflexión es el 1 de enero de 1998, es aceptado por la mayoría de los autores que han tratado el tema, como AGUSTÍN TORRES ⁴⁰, TORRES CONEJO y REPISO LÓPEZ ⁴¹, aunque Ernest DE AGUIAR ⁴² se plantea si por el hecho de que la Ley 66/1997 establezca la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio de los bienes y derechos comunes a ambos cónyuges cuando se utilicen en el ejercicio de la actividad económica de cualquiera de ellos, tiene que suponerse que este beneficio fiscal puede trasladarse automáticamente al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Aunque, por coherencia, tal vez, cabría interpretar que la voluntad del legislador es que esta nueva consideración del tratamiento de los bienes comunes a ambos miembros del matrimonio en el Impuesto sobre el Patrimonio debe hacerse extensiva al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, también es cierto que si fuese así podría haberse introducido en la modificación incorporada por la Ley 66/1997, aprobada el mismo día. Por su parte, FALCÓN Y TELLA ⁴³, en el lado opuesto de la opinión señalada, y partiendo del principio de «no discriminación», discrepa de la exclusión de la reducción en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones respecto de los bienes comunes afectos a la actividad empresarial del cónyuge sobreviviente antes del 1 de enero de 1998, ya que considera que el concepto de empresa individual no ha cambiado y que la modificación introducida en este punto en 1998 es meramente aclaratoria, además de considerar contradictorio con la legislación del IRPF, según la cual en el supuesto de gananciales, la totalidad del bien ha de entenderse afecta a una actividad económica, aunque uno solo de los cónyuges ejerza la actividad. Por lo que entiende aplicable la reducción en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y no sólo desde el 1 de enero de 1998.

No obstante, creemos que la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio hay que entenderla a partir del 1 de enero de 1998, ya que con anterioridad no se establecía nada al respecto, y, por otro lado, aunque la aplicación en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones plantea el problema apuntado por Ernest DE AGUIAR, anteriormente expuesto, consideramos que puede salvarse el mismo atendiendo a la interpretación finalista que de las reducciones del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones ha de hacerse, como venimos señalando a lo largo del presente trabajo y que, en definitiva, tratan de aminorar la carga fiscal soportada en las transmisiones lucrativas de las actividades económicas, como recomendaba la Comisión Europea y ya mencionábamos en la introducción.

En definitiva, está previsto para los bienes y derechos comunes a ambos cónyuges, tanto por tener carácter ganancial como por haber sido adquiridos en proindiviso. Lo que desde luego no procede es aplicar la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio y, por ende, la reducción en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, a bienes privativos del cónyuge que no ejerza la actividad de forma personal, habitual y directa.

³⁹ La DGT de la Conselleria de Economía, Hacienda y Empleo de la Generalitat Valenciana en Resolución de 25 de mayo de 2001, en su apartado 7 establece expresamente la aplicación de este criterio establecido por la Resolución 2/1999.

⁴⁰ AGUSTÍN TORRES, C., Ob. cit., p. 58.

⁴¹ TORRES CONEJO, C. y REPISO LÓPEZ, F., Ob. cit., p. 22.

⁴² DE AGUIAR, E., Ob. cit., p.152.

⁴³ FALCÓN Y TELLA, R., Ob. cit., p. 7.

Respecto de aquellas **personas que no tienen capacidad de obrar**, como son menores de edad o incapacitados, surge el problema del requisito del ejercicio personal, habitual y directo, ya que como establece el artículo 4 del Código de Comercio:

«tendrán capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad y que tengan la libre disposición de sus bienes».

El propio Código de Comercio intenta dar una solución en el artículo 5⁴⁴ a esta situación planteada. El propio Real Decreto 1704/1999 establece en su artículo 7:

«En el supuesto de menores de edad o incapacitados que sean titulares de los elementos patrimoniales o de las participaciones en entidades, los requisitos exigidos en el párrafo primero del apartado 1 del artículo 3 [...] se considerarán cumplidos cuando se ajusten a los mismos sus representantes legales».

Será necesario acreditar que se desarrollaba la actividad conforme a esas características de habitualidad, personal y directa. El alta del IAE acreditaría suficientemente la condición de empresario o profesional (la clasificación de las distintas actividades económicas, como he señalado antes, se encuentra en las tarifas del IAE, recogándose en la sección 1.^a las actividades empresariales, en la sección 2.^a las actividades profesionales y en la sección 3.^a las actividades artísticas), así como la cotización a la Seguridad Social.

Otro problema que surge al llegar a este punto es el de **las comunidades de bienes y demás entidades a las que hace referencia el artículo 33⁴⁵ de la LGT**. En este caso el alta en el IAE está a nombre de la comunidad de bienes, por lo que hay que preguntarse si entenderemos que se trata de una entidad o de una actividad económica llevada de forma personal por cada uno de los comuneros, a efectos de aplicar los requisitos exigidos para la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio. El artículo 10 de la LIRPF establece:

«1. Las rentas correspondientes a las sociedades civiles, tengan o no personalidad jurídica, herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades a que se refiere el artículo 33 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, se atri-

⁴⁴ «Los menores de dieciocho años y los incapacitados podrán continuar, por medio de sus guardadores, el comercio que hubieren ejercido sus padres o sus causantes. Si los guardadores carecieren de capacidad legal para comerciar, o tuvieran alguna incompatibilidad, estarán obligados a nombrar uno o más factores que reúnan las condiciones legales, quienes les suplirán en el ejercicio del comercio».

⁴⁵ «Artículo 33. Tendrán la consideración de sujetos pasivos, en las leyes tributarias en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyen una unidad económica o un patrimonio separado, susceptibles de imposición».

- buirán a los socios, herederos, comuneros o partícipes, respectivamente, según las normas o pactos aplicables en cada caso y, si éstos no constaran a la Administración tributaria en forma fehaciente, se atribuirán por partes iguales.
2. Las rentas atribuidas tendrán la naturaleza derivada de la actividad o fuente de donde procedan para cada uno de los socios, herederos, comuneros o partícipes.
 3. El régimen de atribución de rentas no será aplicable a las sociedades agrarias de transformación, que tributarán por el Impuesto sobre Sociedades.
 4. Las entidades en régimen de atribución de rentas no estarán sujetas al Impuesto sobre Sociedades».

El régimen de atribución de rentas que establece este artículo supone, por lo tanto, que la comunidad y demás entidades del artículo 33 de la LGT no van a tributar como si de una entidad se tratara, sino que cada uno de los comuneros, socios, herederos o partícipes van a incluir en sus bases imponibles del IRPF la parte del rendimiento de la comunidad, u otra entidad de las anteriores, que les corresponda dependiendo del porcentaje de participación según las normas o pactos aplicables en cada caso o, si éstos no constan fehacientemente a la Administración, atribuyéndose por partes iguales.

Si, como dice el artículo 10 anteriormente expuesto, las rentas atribuidas tendrán la naturaleza derivada de la actividad o fuente de donde procedan para cada uno de los socios, herederos, comuneros o partícipes, en principio, la presunción está a favor de éstos, ya que en sus declaraciones de IRPF los rendimientos obtenidos figurarán como Actividades Económicas; debe ser la Administración la que pruebe si un comunero que hubiese aportado bienes a la comunidad, afectos a la actividad económica que llevase a cabo aquélla, no desarrolla dicha actividad de forma personal, habitual y directa.

En definitiva, habrá que considerar a cada comunero como si de un empresario individual o profesional se tratara, comprobando si ejerce la actividad de forma personal, habitual y directa y si además constituye su principal fuente de renta. Por lo que si un comunero tan sólo ha intervenido en la comunidad que desarrolla una actividad económica aportando unos bienes, sin que despliegue actividad alguna personalmente, las rentas que se le atribuyan a efectos del IRPF tendrán la consideración como provenientes de actividades económicas; sin embargo no podría gozar de exención en el Impuesto sobre el Patrimonio en sus bienes aportados y afectos a la actividad de la comunidad, y por ende, tampoco podría aplicar la reducción prevista en la LISD. Si bien, y esto es lo más importante, entendemos que debe ser la Administración la que pruebe que no se ejercía la actividad por parte del causante.

La DGT recuerda a este respecto que:

«Dichas rentas gozan de la naturaleza derivada de la actividad o fuente de donde procedan. Por lo tanto, desarrollando la comunidad de bienes una actividad económica, las rentas obtenidas por los distintos comuneros tendrán esta consideración de rentas derivadas de actividades económicas[...]».

Ahora bien, la DGT continúa su razonamiento diciendo que:

«de acuerdo con ello, cuando la actividad sea desarrollada por medio de una comunidad de bienes, sociedad sin personalidad jurídica o sociedad civil debe entenderse que son cada uno de los comuneros, partícipes o socios quienes desarrollan la citada actividad, sin que pueda considerarse que se trata de participaciones de una entidad a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio, siendo necesario, para poder disfrutar de la exención de los elementos afectos a la actividad, el que cada comunero realice la misma de forma habitual, personal y directa, de acuerdo con la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y que cumpla los demás requisitos establecidos».

Por último, en caso de que **el empresario o profesional se encuentre jubilado**, como recuerdan la mayoría de los autores que tratan la cuestión (Ernest DE AGUIAR ⁴⁶, TORRES CONEJO y REPISO LÓPEZ ⁴⁷, y AGUSTÍN TORRES ⁴⁸), hay que entender que desde que se produce la jubilación, aunque se mantenga la titularidad de la actividad económica, no se despliega una actividad de forma personal y directa por lo que no cabe aplicar el beneficio fiscal. La DGT en consulta de 16 de octubre de 1997 declaró que si el titular de la actividad económica se encontraba jubilado y no ejercía actividad alguna, no podía gozar de exención en el Impuesto sobre el Patrimonio y por lo tanto no cabría aplicación de reducción en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. En este caso, si se persigue disfrutar de los beneficios fiscales tanto en el Impuesto sobre el Patrimonio como en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones lo aconsejable es la constitución de una entidad, por los distintos requisitos exigidos y que luego analizaré, si bien transmitir los bienes de una persona física a una jurídica acarrea unos costes fiscales que habría que calcular si compensan o no (ganancias o pérdidas patrimoniales en el IRPF, Impuesto Municipal sobre Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana u Operaciones Societarias, entre otras cuestiones a tener en cuenta). Distinto es que el empresario o profesional reciba una pensión por cualquier otro concepto, ya que en este caso la DGT en consulta de 7 de octubre de 1998 establecía:

«no existe obstáculo legal alguno para que una persona que perciba pensión pueda disfrutar de exención en el Impuesto sobre el Patrimonio por el ejercicio habitual personal y directo de una actividad empresarial, siempre y cuando, como es obvio, se cumplan las condiciones exigidas legalmente».

3.1.1.2. Principal fuente de renta del empresario o profesional.

El otro requisito que debe reunir el empresario o profesional recogido en el artículo 4.8. uno de la LIP para poder aplicar la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio, y en consecuencia bene-

⁴⁶ Ernest DE AGUIAR, Ob. cit., p. 119.

⁴⁷ TORRES CONEJO, C. y REPISO LÓPEZ, F., Ob. cit., p. 21.

⁴⁸ AGUSTÍN TORRES, C., Ob.cit., p. 58.

ficiarse de la reducción en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, es que la actividad o actividades económicas que desarrolla constituyan su principal fuente de renta. El Real Decreto 1704/1999 concreta que ha de entenderse por tal:

«A estos efectos, se entenderá por principal fuente de renta aquella en la que al menos el 50 por 100 del importe de la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas provenga de rendimientos netos de las actividades económicas de que se trate. Para determinar la concurrencia de ese porcentaje, no se computarán, siempre que se cumplan las condiciones exigidas por los párrafos a), b) y c) del apartado 1 del artículo 5, todas aquellas remuneraciones que traigan causa de la participación del sujeto pasivo en las entidades a que se refiere el artículo 4 del presente Real Decreto».

Por lo tanto hay que acudir a la base imponible del IRPF, tanto a la general (art. 38 de la LIRPF) como a la especial (art. 39 de la LIRPF), para comprobar si más del 50 por 100 de la misma corresponde a «rendimientos netos» de la actividad empresarial o profesional. Exigencia distinta que para la exención en participaciones en entidades, como luego analizaremos, donde exige la norma que las remuneraciones por las funciones de dirección deben representar más del 50 por 100, única y exclusivamente, de los rendimientos del trabajo y de actividades económicas (excluyendo por tanto otras partidas como los rendimientos del capital o las ganancias y pérdidas patrimoniales). Es evidente el distinto trato a la hora de determinar la mayor fuente de renta según se trate de una empresa individual o una entidad.

Se interpuso recurso contencioso-administrativo por la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, al considerar que había extralimitación del Reglamento al señalar: «A estos efectos, se entenderá por principal fuente de renta [...]», si bien se desestimó el mismo por Sentencia de 19 de junio de 1996, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, del Tribunal Supremo, que establecía, entre otras cosas, «el distinto trato que resultaría, caso de existir, no tiene otro alcance que el de una posible opción de que lícitamente puede hacer uso el contribuyente». CENCERRADO MILLÁN⁴⁹ opina que no encuentra justificación a la diferencia de regulación entre ambos supuestos, que proporciona un mejor trato a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio a quien desarrolle una actividad empresarial o profesional a través de una entidad que individualmente, para concluir afirmando que hubiese sido deseable establecer el mismo límite del 50 por 100 de la suma de bases imponibles (general y especial). En efecto, ¿por qué, a efectos del mayor cálculo de renta en un empresario individual, han de afectar, por ejemplo, las ganancias en el patrimonio no afecto al negocio del mismo que haya obtenido ese año, de manera que puedan hacerle perder la exención y, sin embargo, a la hora de calcular la exención en las participaciones en entidades no se tengan en cuenta?

⁴⁹ CENCERRADO MILLÁN, E., Ob. cit., p. 39.

Por último, el artículo 3 del Real Decreto 1704/1999 establece que cuando un mismo sujeto pasivo ejerza dos o más actividades de forma habitual, personal y directa, la exención alcanzará a todos los bienes y derechos afectos a las mismas, considerándose, a efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, que la principal fuente de renta viene determinada por el conjunto de los rendimientos de todas ellas. Excluyendo en todo caso, para el cómputo de la mayor fuente de renta, todas aquellas remuneraciones que traigan causa de la participación del sujeto pasivo en las entidades a que se refiere el artículo 4 del Real Decreto mencionado.

3.1.1.3. Bienes, derechos y deudas afectos a las actividades económicas.

El Real Decreto 1704/1999 en su artículo 2 establece cuáles se consideran como bienes y derechos afectos a una actividad económica, remitiéndose a la LIRPF. Ésta, en su artículo 27, establece:

«1. Se considerarán elementos patrimoniales afectos a una actividad económica:

- a) Los bienes inmuebles en los que se desarrolla la actividad del contribuyente.
 - b) Los bienes destinados a los servicios económicos y socioculturales del personal al servicio de la actividad. No se considerarán afectos los bienes de esparcimiento y recreo o, en general, de uso particular del titular de la actividad económica.
 - c) Cualesquiera otros elementos patrimoniales que sean necesarios para la obtención de los respectivos rendimientos. En ningún caso tendrán esta consideración los activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad y de la cesión de capitales a terceros.
2. Cuando se trate de elementos patrimoniales que sirvan sólo parcialmente al objeto de la actividad económica, la afectación se entenderá limitada a aquella parte de los mismos que realmente se utilice en la actividad de que se trate. En ningún caso serán susceptibles de afectación parcial elementos patrimoniales indivisibles.

Reglamentariamente podrá determinarse las condiciones en que, no obstante su utilización para necesidades privadas de forma accesoria y notoriamente irrelevante, determinados elementos patrimoniales puedan considerarse afectos a una actividad económica.

3. La consideración de elementos patrimoniales afectos lo será con independencia de que la titularidad de éstos, en caso de matrimonio, resulte común a ambos cónyuges.»

A la vista de esto, una primera cuestión debe tratarse, y no es otra que si puede o no hablarse de un conjunto de bienes con tratamiento diferenciado dentro del patrimonio de una persona que desarrolla una actividad económica. Desde un punto de vista doctrinal, el concepto de empresa en

absoluto es pacífico. La concepción organicista de la empresa concibe a la misma como una organización de bienes, actividades y relaciones de muy variada condición, constitutiva de un todo único⁵⁰. Esta concepción tiende a identificar el concepto de empresa con el de establecimiento. No obstante, como señala URÍA, la doctrina más reciente ha identificado el concepto de empresa con la actividad desplegada por el sujeto organizador (empresario), distinguiéndola de los medios de los que se sirve el empresario, y que reciben distintos nombres, como «establecimiento», «casa comercial», «negocio» u otros similares. El establecimiento, por tanto, sería un conjunto de bienes y derechos de los que se sirve el empresario para desarrollar su actividad empresarial y que «en su unidad, constituye un bien, distinto de los elementos que la componen y susceptible de ser objeto de negocios jurídicos unitarios»⁵¹. Esta concepción difiere de la concepción atomista, ya superada, en virtud de la cual no cabría el concepto jurídico de patrimonio separado y, por lo tanto, tampoco hablar en la sucesión de un comerciante de un patrimonio civil y otro mercantil.

El artículo 20 de la LISD utiliza el término empresa individual o negocio profesional, sin embargo cuando acudimos a la LIP ésta se refiere a bienes y derechos afectos a la actividad económica. Al respecto Ernest DE AGUIAR⁵² señala que la expresión «el valor de una empresa individual, de un negocio profesional» de la LISD ha de tener un significado equivalente a «los bienes y derechos de las personas físicas necesarios (bienes afectos) para el desarrollo de una actividad empresarial o profesional siempre que ésta se ejerza de forma habitual [...]» de la LIP. Por lo tanto, parece que el concepto de empresa al que se refiere la LISD, no es el que he señalado que en la actualidad tiene preponderancia desde el punto de vista mercantil y que tiende a identificarlo con la actividad desplegada por el empresario, sino que a lo que se refiere dicha Ley es al «establecimiento», «casa comercial», «negocio» u otros conceptos análogos que sirven para referirse a los medios de los que se sirve el empresario. A esta misma conclusión llega POZUELO ANTONI⁵³ afirmando que «el impuesto nunca ha gravado un hecho totalmente ajeno a su propio fundamento como es la sucesión en el ejercicio de la actividad (el gravamen del mero ejercicio de la actividad corresponde al IAE, artículo 79 y ss. Ley 39/1988)».

Ahora bien, gozarán de la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio los bienes que estén afectos de conformidad con la LIRPF, pero siempre y cuando sean de titularidad del sujeto pasivo, estableciéndose en el propio artículo 27 ya transcrito el único supuesto en que no es así, a saber, en caso de matrimonio y respecto de aquellos bienes comunes a ambos cónyuges, siendo el empresario o profesional uno de ellos. En definitiva, es en las dos notas señaladas en donde radica la posibilidad de considerar a unos bienes o derechos como susceptibles de gozar la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio y, por ende, de la reducción del 95 por 100 en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones:

a) Afección a la actividad económica; y,

⁵⁰ URÍA, R., Ob. cit., p. 35.

⁵¹ URÍA, R., Ob. cit., p. 42.

⁵² DE AGUIAR, E., Ob. cit., p. 148.

⁵³ POZUELO ANTONI, F., Ob. cit., p. 71.

- b) Titularidad del sujeto pasivo del Impuesto sobre el Patrimonio, teniendo en cuenta las reglas que sobre titularidad de los elementos patrimoniales se establecen en el artículo 7⁵⁴ de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio (con la salvedad señalada de bienes comunes al matrimonio).

El último inciso del artículo 27.1.c de la LIRPF afirma:

«En ningún caso tendrán esta consideración (de activos afectos) los activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad y de la cesión de capitales a terceros».

Habría sido especialmente discutido considerar afectos a actividades económicas los activos mencionados, toda vez que, dada la rotundidad empleada por la Ley, «*en ningún caso*», parece claro que impide considerar siquiera la posibilidad de algún supuesto en el que sí estuviera afecto alguno de tales activos. En este sentido la consulta de 29 de marzo de 2000, en la que la DGT establece que tiene plena vigencia la norma de no afectación recogida en el artículo 27.1.c) de la LIRPF para la exención del artículo 4.8.Uno, de manera que los activos que aparecen mencionados en la misma en ningún caso podrán beneficiarse de la exención dado que no pueden considerarse afectos a la actividad.

Sólo si no se participa de la naturaleza de «activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad y de la cesión de capitales a terceros», podrá plantearse la afección a la actividad económica y consecuentemente la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio. ROCA LÓPEZ⁵⁵ analiza tres supuestos en los que a su juicio no debería excluirse de la posibilidad de considerar afectos:

- 1) Participaciones en entidades que de conformidad con el artículo 75 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, otorguen al menos el 5 por 100 de los derechos de voto y se posean con la finalidad de dirigir y gestionar la participación, siempre que, a estos efectos, se disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales, y la entidad participada no sea transparente fiscal;

⁵⁴ «Artículo 7. Titularidad de los elementos patrimoniales. Los bienes y derechos se atribuirán a los sujetos pasivos según las normas sobre titularidad jurídica aplicables en cada caso y en función de las pruebas aportadas por aquéllos o de las descubiertas por la Administración.

En su caso, serán de aplicación las normas sobre titularidad jurídica de los bienes y derechos contenidas en las disposiciones reguladoras del régimen económico del matrimonio, así como en los preceptos de la legislación civil aplicable en cada caso a las relaciones patrimoniales entre los miembros de la familia.

La titularidad de los bienes y derechos que, conforme a las disposiciones o pactos reguladores del correspondiente régimen económico matrimonial, sean comunes a ambos cónyuges, se atribuirá por mitad a cada uno de ellos, salvo que se justifique otra cuota de participación.

Cuando no resulte debidamente acreditada la titularidad de los bienes y derechos, la Administración Tributaria tendrá derecho a considerar como titular a quien figure como tal en un registro fiscal u otros de carácter público.

Las cargas, gravámenes, deudas y obligaciones, se atribuirán a los sujetos pasivos según las reglas y criterios de los párrafos anteriores».

⁵⁵ ROCA LÓPEZ, M., Ob. cit , p. 23 y ss.

- 2) Préstamos (si bien el propio autor señala que si tenemos en cuenta que los activos que está excluyendo el artículo 27 son valores mobiliarios, los préstamos no participarían de esa naturaleza y por tanto no estarían incluidos en los supuestos de exclusión del artículo 27.1.c); y
- 3) Tesorería (entiendo que ocurre igual que en el caso de los préstamos ya que la tesorería no se trata de «activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad y de la cesión de capitales a terceros» por lo que, al no participar de la naturaleza de los activos excluidos, siempre podrá probarse su carácter de bien afecto, cuando derive exclusivamente de ingresos originados por la actividad económica desplegada).

En definitiva, y como señala la DGT en contestación a la consulta antes señalada, cuando se trate de un empresario individual tendrá plena vigencia el artículo 27.1.c) de la LIRPF y, por ende, no cabría predicar la afectación de «los activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad y de la cesión de capitales a terceros», por lo que no podrán beneficiarse de la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio.

Otro punto a tratar, una vez analizada la afectación de los bienes, es **la valoración de la actividad económica** a los efectos de aplicar el porcentaje del 95 por 100. La LIP en su artículo 11 prevé para valorar los bienes y derechos afectos de las personas físicas dos posibilidades:

- a) Si existe contabilidad ajustada al Código de Comercio, en cuyo caso se computarán por el valor que resulte de la misma, por diferencia entre el activo real y el pasivo exigible. En este caso, los bienes inmuebles afectos a actividades empresariales o profesionales se valoran en todo caso conforme a lo previsto en el artículo 10⁵⁶ de la LIP, salvo que formen parte del activo circulante y el objeto de aquéllas consista exclusivamente en el desarrollo de actividades empresariales de construcción o promoción inmobiliaria.
- b) En defecto de contabilidad, la valoración será la que resulte de la aplicación de las demás normas del Impuesto sobre el Patrimonio.

Ahora bien, los bienes inmuebles han de valorarse conforme al artículo 10 de la LIP, a efectos de determinar la base imponible en dicho impuesto, es decir, en el Impuesto sobre el Patrimonio, pero en la transmisión *mortis causa* de la empresa o negocio profesional, la remisión a la LIP es sólo

⁵⁶ «Artículo 10. Los bienes de naturaleza urbana o rústica se computarán de acuerdo con las siguientes reglas: Uno. Por el mayor valor de los tres siguientes: El valor catastral, el comprobado por la Administración a efectos de otros tributos o el precio, contraprestación o valor de la adquisición. Dos. Cuando los bienes inmuebles estén en fase de construcción, se estimará como valor patrimonial las cantidades que efectivamente se hubieran invertido en dicha construcción hasta la fecha del devengo del impuesto, además del correspondiente valor patrimonial del solar. En caso de propiedad horizontal, la parte proporcional en el valor del solar se determinará según el porcentaje fijado en el título. Tres. Los derechos sobre bienes inmuebles adquiridos en virtud de contratos de multipropiedad, propiedad a tiempo parcial o fórmulas similares, se valorarán según las siguientes reglas: a) Si suponen la titularidad parcial del inmueble, según las reglas del apartado uno anterior. b) Si no comportan la titularidad parcial del inmueble, por el precio de adquisición de los certificados u otros títulos representativos de los mismos.»

para ver si dicha transmisión reúne los requisitos allí exigidos en el artículo 4.8, pero, a efectos de valoración, es la LISD la que rige, de forma que habría que valorar los mismos por cualquiera de los medios que ofrece el artículo 52⁵⁷ de la LGT a la Administración tributaria. Además, la Resolución 2/1999, de 23 de marzo de la DGT, al analizar la magnitud sobre la que hay que aplicar el 95 por 100, como traté al hablar de las «cuestiones de carácter general», considera que hay que deducir la parte proporcional de deudas y gastos que tengan la consideración de deducibles conforme a los artículos 13 y 14 de la LISD, cuestión esta ya tratada en ese apartado del presente trabajo.

3.1.2. Causahabientes con derecho a reducción.

La adquisición *mortis causa* de la empresa individual o negocio profesional debe corresponder al cónyuge, descendientes o adoptados de la persona fallecida. Sólo en el caso de que no existan descendientes o adoptados, la reducción podrá beneficiar a los ascendientes, adoptantes y colaterales hasta el tercer grado. La Ley insiste en que en este último supuesto el cónyuge superviviente tendrá derecho a la reducción del 95 por 100 en todo caso. Siendo indiferente que el llamamiento a la sucesión sea testada, intestada o contractual.

El parentesco ha de ser por consanguinidad, como apuntan TORRES CONEJO y REPISO LÓPEZ⁵⁸, ya que cuando la Ley quiere referirse a ellos lo hace expresamente y además está la prohibición de aplicación analógica de las exenciones y bonificaciones contenida en el artículo 23.3 de la LGT.

3.1.3. Mantenimiento de la adquisición durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante.

Este requisito establecido en el artículo 20 de la LISD supone una doble exigencia; por un lado el apartado 2.c) del mencionado artículo requiere que:

«[...] la adquisición se mantenga, durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que, a su vez, falleciese el adquirente dentro de este plazo».

⁵⁷ «Artículo 52. 1. El valor de las rentas, productos, bienes y demás elementos del hecho imponible podrá comprobarse por la Administración tributaria con arreglo a los siguientes medios: a) capitalización o imputación de rendimiento al porcentaje que la Ley de cada tributo señale o estimación por los valores que figuren en los registros oficiales de carácter fiscal; b) precios medios en el mercado; c) cotización en mercados nacionales y extranjeros; d) dictamen de peritos de la Administración; e) tasación pericial contradictoria; f) cualesquiera otros medios que específicamente se determinen en la Ley de cada tributo.»

⁵⁸ TORRES CONEJO, C. y REPISO LÓPEZ, F., Ob. cit , p. 51.

Y, por otro, el apartado 6.c de dicho artículo exige que:

«[...] 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»

Aunque este último apartado está ubicado en la regulación de las transmisiones *inter vivos*, se establece que:

«[...] 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»

Por lo que, en definitiva, la adquisición de una empresa individual o negocio profesional requiere que lo adquirido se mantenga durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante sin que se realicen actos de disposición u operaciones societarias que, directamente o indirectamente, supongan una minoración sustancial del valor de la adquisición.

Llegados a este punto hay que hacer dos precisiones fundamentales: ¿Qué es lo que debe mantenerse, lo adquirido o el valor de lo adquirido? Y, puesto que se trata de suceder en una actividad económica: ¿Es necesario que los causahabientes continúen con el ejercicio de la actividad?

Respecto de la primera cuestión a tratar, ha sido la DGT la que a través de sus consultas ha establecido un criterio a seguir. En principio parecía indicar que la exigencia iba dirigida a mantener lo adquirido (la titularidad de todos y cada uno de los bienes y derechos adquiridos). En consulta de 15 de octubre de 1997 el consultante plantea que: «heredó de su padre una finca rústica que cumplía los requisitos del artículo 4 del RDL 7/1996, de 7 de junio, para poder disfrutar de la reducción prevista en el mismo. Se ha planteado, en el día de hoy, ceder dicha finca en arrendamiento a una sociedad mercantil. ¿Perdería el consultante la reducción al ceder la finca rústica en arrendamiento?». La DGT contestaba:

«En cuanto al requisito de permanencia, de acuerdo con la normativa aplicable, lo que se exige es **el mantenimiento durante diez años de lo adquirido en la sucesión**, en consecuencia el hecho de concertar un arrendamiento sobre la finca rústica adquirida no implica ninguna cesión de la titularidad de la misma, por lo que se seguiría cumpliendo el período de mantenimiento de la adquisición».

No obstante, más tarde, en consulta de 8 de septiembre de 1998, se planteaba lo siguiente: «si una persona que pretende aceptar la herencia de un ascendiente y en el caudal relicto figura el valor de una empresa individual, la cual gozaba de exención en el Impuesto sobre el Patrimonio del causante: ¿Se perdería la reducción practicada si con posterioridad se constituyera una sociedad mercantil para continuar con la explotación?». La DGT contestaba en esta ocasión:

«Cuando el precepto habla de que se mantenga la adquisición durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, adquisición por otro lado ligada a una reducción del 95 por 100 del valor de la misma, **está haciendo referencia a que se mantenga el valor de dicha adquisición**. De acuerdo con lo expuesto, siempre y cuando la aportación de la empresa por el consultante a una sociedad mercantil de nueva creación no suponga una minoración del valor de la adquisición que obtenga por la sucesión de su ascendiente, no perdería la reducción practicada, cumpliéndose pues el requisito exigido en la Ley de mantenimiento de la adquisición».

Posteriormente la DGT en la Resolución 2/1999, de 23 de marzo, en el apartado 1.2.d) establece que:

«[...] por lo tanto, debe mantenerse el valor de la adquisición, [...] pero no la titularidad de todos los bienes».

Criterio este que ha reafirmado en consulta de 27 de junio de 2000, donde señala:

«El requisito de permanencia para los casos de adquisición *mortis causa* de empresa individual, establecido en el artículo 20.2.c) de la LISD ha sido específicamente interpretado por dicho centro directivo en el epígrafe 1.2.d) de la Resolución 2/1999, estableciéndose el criterio de que la Ley pretende que el adquirente mantenga el valor de la adquisición –aunque no necesariamente la titularidad de todos los bienes a que se refiere la reducción– [...]».

Es decir, que lo primordial es mantener el valor de lo adquirido y no los mismos bienes y derechos adquiridos en la sucesión, lo cual es enteramente lógico para que no vaya a verse afectado el desarrollo posterior de la actividad económica por el cumplimiento de unos requisitos que pudieran resultar excesivamente encorsetados. En este mismo sentido, ROCA LÓPEZ⁵⁹ apunta que lo que debe entenderse que debe conservarse es, cuanto menos, el valor de lo adquirido ya que si se pretendiera lo contrario se dificultaría de forma extrema la realización de eventuales reorganizaciones patrimoniales *post mortem*. La DGT, en la consulta referida anteriormente de fecha 27 de junio de 2000, señalaba:

«[...] no plantea problema alguno en cuanto al mantenimiento de la reducción en el impuesto sucesorio la permuta de una de las fincas rústicas que integran la explotación por otra de mayor superficie y valor ni tampoco la compra de una finca rústica que se incorpora a la explotación y que resulta de mayor valor que la que a continuación se vende –heredada– en la medida en que pueda considerarse existente una reinversión del resultado de la venta en la adquisición anterior de la finca de mayor valor»

⁵⁹ ROCA LÓPEZ, M., Ob. cit , p. 120.

Es posible, por tanto, permutar los bienes recibidos en la transmisión *mortis causa* siempre, claro está, que tengan igual o menor valor que los nuevos por los que se permutan. Asimismo se pueden vender los bienes recibidos, que fueron objeto de bonificación, y comprar otros, de manera que la Administración considera que ha existido una reinversión y por lo tanto no se pierde el derecho a la reducción obtenida. Ahora bien, hay que tener presente que la Administración hace hincapié en el hecho de que eso será así «en la medida en que pueda considerarse existente una reinversión». Habría que analizar si se ha producido o no una reinversión, caso por caso. Asimismo, me planteo si hay que entender que la reinversión es necesario hacerla en bienes de la misma naturaleza que los adquiridos y que gozaron de la reducción, como por ejemplo en el supuesto de la consulta anterior, que se trata de vender una explotación agrícola para adquirir otra. ¿Cabría reinvertir lo obtenido por la venta de los bienes integrantes de un negocio, que ha gozado de la reducción, para abrir otro negocio distinto sin perder la bonificación obtenida en su día? Con el criterio sentado por la Administración, parece que si se observa una reinversión real, no hay obstáculo para contestar afirmativamente la pregunta.

En cuanto al requisito que establece la norma de prohibir actos dispositivos y operaciones societarias que pudieran, directa o indirectamente, disminuir sustancialmente el valor de lo adquirido, es enteramente lógico que se complemente el requisito de mantenimiento con estas posibilidades. Ahora bien, «disminución sustancial» es un auténtico concepto jurídico indeterminado, que genera muchas dudas acerca de cuáles pueden ser actos dispositivos u operaciones societarias que dan lugar a esa disminución sustancial y cuáles no. Si bien lo relativo a las operaciones societarias lo trataremos posteriormente al hablar de las participaciones en entidades y el requisito de mantenimiento de lo adquirido, por lo que respecta a los actos de disposición que directamente o indirectamente pueden suponer una disminución sustancial de lo adquirido, como POZUELO ANTONI⁶⁰ entiende, habría de suponer la prohibición de una disminución cuantitativa del inmovilizado material o inmaterial de la empresa que tuviera cierta significación (¿quizás un 50 por 100? –se plantea dicho autor–) sobre el recibido lucrativamente. Ciertamente resulta complejo establecer cuándo el porcentaje pasa a considerarse como sustancial o no. Como recuerda la DGT, habrá que estar a cada caso que se plantee, dada la dificultad de resolver *a priori* todas las posibilidades.

En cuanto al segundo punto, es decir, ya que se trata de suceder en una actividad económica, ¿es necesario que los causahabientes continúen con el ejercicio de la misma actividad? La Resolución 2/1999 de la DGT entiende 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. Solamente cuando se trate de una adquisición *inter vivos* es necesario que el donatario tenga derecho a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio, es decir, que ejerza una actividad empresarial o profesional a la que sea de aplicación la citada exoneración o que ostente las participaciones con derecho, asimismo, a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio».

⁶⁰ POZUELO ANTONI, F., Ob. cit., p. 76.

Por tanto, la Administración considera en su interpretación que los causahabientes no tienen por qué seguir con la misma actividad que viniera desarrollando el causante, aunque sí deben desarrollar alguna. Además, no hay que olvidar que el interesado que desarrolle dicha actividad no tiene por qué gozar de la exención en el IP en los bienes y derechos afectos a la misma, durante el período de tiempo en que están obligados a mantener el valor de lo adquirido, a diferencia de lo que ocurre en las transmisiones lucrativas *inter vivos*. La DGT, en consulta de 27 de junio de 2000, insiste al respecto, al decir que el requisito de permanencia para los casos de adquisición *mortis causa* de empresa individual establecido en el artículo 20.2.c) de la LISD ha sido específicamente interpretado por dicho centro directivo en el epígrafe 1.2.d) de la Resolución 2/1999, estableciéndose el criterio de que la Ley pretende que:

«el adquirente mantenga [...] una actividad, que ni tiene necesariamente que ser la misma que hubiese ejercido el causante ni tampoco es preciso, como sucede en adquisiciones *inter vivos*, que dé lugar al derecho del adquirente a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio»

Respecto de esta interpretación, POZUELO ANTONI ⁶¹ entiende que no cree que la voluntad del legislador haya sido beneficiar la mera recepción de un determinado capital en forma de explotación económica para destinarlo a cualquier actividad empresarial. Ni tampoco 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. En definitiva lo que este autor considera, y entendemos que muy razonablemente, es que el beneficio que analizamos va dirigido a proteger el valor de una empresa en funcionamiento y sólo cabría un cambio en la actividad cuando viniera marcado por causas que justificaran el mismo (reconversiones, mayor competencia...). No obstante, como hemos expuesto antes, la interpretación de la DGT es mucho menos restrictiva.

Como recuerda AGUSTÍN TORRES ⁶², para cumplir el requisito de la permanencia «será preciso que el causahabiente tenga, por sí o por medio de representante, empleado u otras personas, la aptitud legal para el ejercicio del comercio o de la profesión de que se trate (sin que tenga que ser la misma que la del causante), ya que, al no exigirse en la transmisión *mortis causa* el requisito de la exención de lo adquirido en el Impuesto sobre el Patrimonio del adquirente durante diez años, no se requiere el ejercicio habitual, personal y directo por aquél».

3.2. Transmisión *mortis causa* de participaciones en entidades.

Esta bonificación fue introducida en el ISD por el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, en vigor desde el 9 de junio de 1996. A diferencia de la transmisión de la empresa individual, a la transmisión *mortis causa* de participaciones en entidades, desde un primer momento la norma ha exigido

⁶¹ POZUELO ANTONI, F., Ob. cit., p. 75.

⁶² AGUSTÍN TORRES, C., Ob. cit., p. 59.

do que les sea de aplicación la exención prevista en el punto 2 del apartado octavo del artículo 4 de la LIP para poder gozar de la reducción en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Ya que la Ley 66/1997, cuya entrada en vigor es el 1 de enero de 1998, supuso establecer dicha exigencia previa también para las empresas individuales y negocios profesionales. Ernest DE AGUIAR ⁶³ entiende que con esta equiparación se corrige una distorsión poco lógica en la aplicación de las bonificaciones en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones que tenían un tratamiento distinto según cuál fuere la forma de titularidad de los bienes transmitidos.

Siguiendo con la evolución que ha experimentado esta bonificación, desde la entrada en vigor el 9 de junio de 1996 y hasta el 31 de diciembre de ese año, si bien el artículo 4.8.dos de la LIP no hacía mención al respecto, el Real Decreto 2481/1994 (ya derogado en la actualidad) estableció que la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio sólo era de aplicación a las participaciones que no se negociaran en mercados organizados. Fue la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, en vigor desde el 1 de enero de 1997 la que modificó el artículo 4.8.dos de la LIP dándole la siguiente redacción: «Las participaciones en entidades, con o sin cotización en mercados organizados, [...]», por lo que en este aspecto había que considerar derogado el Real Decreto 2481/1994. El Real Decreto 1704/1999, que derogó al anterior ya sólo menciona a «participaciones en entidades». Lo que ha sido bastante criticado ya que si las bonificaciones se plantearon como una forma de aliviar a las PYMES de carácter familiar de la carga fiscal que supone la transmisión de la misma entre miembros de distintas generaciones, al incluirse también empresas que cotizan en mercados organizados, difícilmente nos encontraremos ya en el ámbito de las PYMES, siendo superado el mismo con creces.

Otra cuestión, introductoria de este epígrafe, es qué debe entenderse por «entidad». Ernest DE AGUIAR ⁶⁴ apunta que el concepto debe ser interpretado en este ámbito de forma restrictiva, siendo aplicable a aquellas que están sujetas al Impuesto sobre las Sociedades. AGUSTÍN TORRES ⁶⁵ se remite a distintos criterios para aclarar el concepto «entidades»: sujetos pasivos del IS (art. 7 ⁶⁶ LIS);

⁶³ DE AGUIAR, E., Ob. cit., p. 145.

⁶⁴ DE AGUIAR, E., Ob. cit., p. 158.

⁶⁵ AGUSTÍN TORRES, C., Ob. cit., p. 40.

⁶⁶ «Artículo 7. Sujetos pasivos. 1. Serán sujetos pasivos del impuesto: a) Las personas jurídicas, excepto las sociedades civiles. b) Los fondos de inversión, regulados en la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva. c) Las uniones temporales de empresas, reguladas en la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de las Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial Regional. d) Los fondos de capital-riesgo, regulados en el Real Decreto-Ley 1/1986, de 14 de marzo, de Medidas Urgentes Administrativas, Financieras, Fiscales y Laborales. e) Los fondos de pensiones, regulados en la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Planes y Fondos de Pensiones. f) Los fondos de regulación del mercado hipotecario, regulados en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario. g) Los fondos de titulización hipotecaria, regulados en la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulización Hipotecaria. h) Los fondos de titulización de activos a que se refiere la disposición adicional quinta, 2, de la Ley 3/1994, de 14 de abril, sobre Adaptación de la Legislación Española en Materia de Crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y otras modificaciones relativas al sistema financiero. i) Los Fondos de Garantía de Inversiones, regulados en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. j) Las comunidades titulares de montes vecinales en mano común reguladas por la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, sobre régimen de los montes vecinales en mano común, o en la legislación autonómica correspondiente.

2. Los sujetos pasivos de este impuesto se designarán abreviada e indistintamente por las denominaciones sociedades o entidades a lo largo de la presente ley.»

entidades inscribibles en el Registro Mercantil (art. 81 del Reglamento) pero se plantearían dificultades sustanciales en el tratamiento de las participaciones en fondos de inversión, mobiliarias o inmobiliarias, o fondos de pensiones, que también se inscriben en el Registro Mercantil; participaciones en cooperativas; entes a que se refiere el artículo 33 de la LGT; uniones temporales de empresas (no tienen personalidad jurídica); agrupaciones de interés económico (tienen personalidad jurídica y naturaleza mercantil, con responsabilidad solidaria de los socios); sociedades de empresas (son verdaderas sociedades anónimas), etc. Este autor considera que debe haber una exigencia básica: la de patrimonio separado de la entidad, y gestión de ese patrimonio, separada de la gestión del patrimonio de los socios partícipes. Se excluye por lo tanto a las fundaciones (no hay capital de los partícipes); a las comunidades de bienes (tributan por el régimen de atribución de rentas del IRPF, además de la aplicación a las comunidades de bienes de las normas que comentamos en otro epígrafe de este trabajo, y que en definitiva entiende que en la comunidad de bienes hay que atender a la actividad personal, directa y habitual, de cada comunero para ver si procede la reducción en base a considerarlo empresario individual); y, por último, a las cuentas en participación (no hay un patrimonio común e independiente de las partes).

3.2.1. Requisito previo para la reducción en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones de las participaciones en entidades: gozar de la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio.

La bonificación en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones queda supeditada a que a las participaciones transmitidas *mortis causa* les sea de aplicación «la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4.º de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio ⁶⁷ (art. 20.2.c) de la LISD)».

⁶⁷ «Dos. Las participaciones en entidades, con o sin cotización en mercados organizados, siempre que concurren las condiciones siguientes: a) Que la entidad no tenga por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. Se entenderá que una entidad no gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario y que, por lo tanto, realiza una actividad empresarial cuando, por aplicación de lo establecido en el artículo 75 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, dicha entidad no reúna las condiciones para considerar que más de la mitad de su activo está constituido por valores o es de mera tenencia de bienes. b) Que, cuando la entidad revista forma societaria, no concurren los supuestos establecidos en el artículo 75 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, salvo el recogido en la letra b) del número 1 de dicho artículo. c) Que la participación del sujeto pasivo en el capital de la entidad sea al menos del 15 por 100, computado de forma individual, o del 20 por 100 conjuntamente con su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción. d) Que el sujeto pasivo ejerza efectivamente funciones de dirección en la entidad, percibiendo por ello una remuneración que represente más del 50 por 100 de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal.

A efectos del cálculo anterior, no se computarán entre los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal, los rendimientos de la actividad empresarial a que se refiere el número 1 de este apartado.

Cuando la participación en la entidad sea conjunta con alguna o algunas de las personas a las que se refiere la letra anterior, las funciones de dirección y las remuneraciones derivadas de la misma deberán cumplirse al menos en una de las personas del grupo de parentesco, sin perjuicio de que todas ellas tengan derecho a la exención.

La exención sólo alcanzará al valor de las participaciones, determinado conforme a las reglas que se establecen en el artículo 16, uno, de esta ley, en la parte que corresponda a la proporción existente entre los activos necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial o profesional, minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma, y el valor del patrimonio neto de la entidad.

Tres. Reglamentariamente se determinarán: [...] b) Las condiciones que han de reunir las participaciones en entidades.»

El Real Decreto 1704/1999 establece en su artículo 4⁶⁸ que quedarán exentas en el Impuesto sobre el Patrimonio «las participaciones en entidades cuya titularidad corresponda directamente al sujeto pasivo» y, claro está, siempre que reúnan el resto de condiciones que se detallan a lo largo del mencionado Real Decreto y que analizaremos posteriormente. El requisito referente a que la titularidad ha de corresponder directamente al sujeto pasivo fue recurrido, entre otros preceptos, por la «Confederación Española de Organizaciones Empresariales», siendo desestimado el recurso por Sentencia de 26 de junio de 1996 del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a, ya que consideraba la sentencia que: «el artículo 4.8 de la LIP comienza concretando la exención en torno a "los bienes y derechos de las personas físicas necesarios para el desarrollo de su actividad empresarial, siempre que ésta se ejerza de forma habitual, personal y directa por el sujeto pasivo", de donde resulta que la exigencia reglamentaria que aquí se impugna está plenamente contenida en la Ley». En consulta de 5 de mayo de 2000, la DGT, ante la posibilidad planteada de computar tanto las participaciones que se ostentan de forma directa como indirectamente por el sujeto pasivo, a efectos de alcanzar el porcentaje exigido por el artículo 4.8.Dos de la LIP, establece que:

«Sólo habrá de considerarse la participación directa en la entidad A y no la indirecta que se tiene a través de una entidad B titular del 50 por 100 del capital de la primera».

No obstante, Ernest DE AGUIAR⁶⁹, aunque se muestra de acuerdo con la exigencia de la titularidad directa de las participaciones, considera que esta interpretación es posiblemente contrapuesta «al sentido económico que puede presuponerse a la finalidad de la misma, ya que puede comportar que determinados patrimonios empresariales por el mero hecho de estar ubicados bajo una forma determinada (tratarse de una titularidad indirecta), queden al margen de unos beneficios fiscales que, a todos los efectos, se han presentado como decididamente finalistas».

También en el mismo recurso se planteaba la nulidad del precepto en cuanto establece que en supuestos de propiedad desmembrada la exención se limita al nudo propietario. Tanto la mencionada Sentencia de 26 de junio de 1996, como la de 19 de junio del mismo año, declaran que el Reglamento no hace sino seguir la regla general del Derecho Civil (recogida en otros ámbitos como el mercantil) donde el «nudo propietario sigue siendo dueño de la cosa con los derechos inherentes a tal cualidad», sin más obligación que la de respetar el derecho real de usufructo constituido sobre la cosa que le pertenece. El artículo 67 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, establece que:

«En el caso de usufructo de acciones la cualidad de socio reside en el nudo propietario»

⁶⁸ «Artículo 4.1. Quedarán exentas en el IP las participaciones en entidades cuya titularidad corresponda directamente al sujeto pasivo, siempre que se cumplan las demás condiciones señaladas en el artículo siguiente. A estos efectos se entenderá por participación la titularidad en el capital o patrimonio de una entidad. 2. En el caso de existencia de un derecho de usufructo de las participaciones en entidades, diferenciado de la nuda propiedad, sólo tendrá derecho a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio el nudo propietario, siempre que concurran en el mismo todas las condiciones para que sea de aplicación la exención».

⁶⁹ DE AGUIAR, E., Ob. cit., p. 123.

Añadiendo posteriormente:

«[...]el usufructuario tendrá derecho en todo caso a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo. El ejercicio de los demás derechos de socio corresponde, salvo disposición contraria en los estatutos, al nudo propietario».

Las condiciones a que hace referencia el artículo 4 mencionado para que pueda aplicarse la exención a las participaciones en entidades se enumeran en el artículo 5, pudiéndose distinguir dos que están referidas a las entidades en concreto (no tener por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario; y, si reviste forma societaria, no hallarse en transparencia fiscal) y otras dos, que van referidas al sujeto pasivo beneficiario de la exención (participación mínima en el capital social de la entidad; y ejercer funciones de dirección recibiendo por ello una retribución).

3.2.1.1. No tener por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario.

Este primer requisito, como apunta LÓPEZ CARBAJO ⁷⁰, debe entenderse como complementario del segundo (si la entidad reviste forma societaria, no hallarse en transparencia fiscal) para cerrar la vía de la exención a cualquier entidad a la que por no tener forma societaria no le afecta el régimen de transparencia, aunque también obtenga rentas de forma pasiva por consistir su actividad principal en la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario.

Ernest DE AGUIAR ⁷¹, refiriéndose al artículo 4.8.dos de la LIP señala que, en efecto, la letra b) se ocupa únicamente de entidades que revistan forma societaria, trasladándose por exclusión el contenido de la letra a) a las entidades sin forma societaria que están sujetas a tributación por el Impuesto de Sociedades (véase nota 60).

Lo que debe quedar claro es que la entidad debe tener por actividad principal una actividad económica. En efecto, a lo largo de este trabajo venimos señalando la orientación finalista que debe inspirar a todas estas reducciones, que no es otra que aligerar la carga fiscal en la imposición patrimonial y en las transmisiones lucrativas de las actividades económicas (empresariales o profesionales), ya sean realizadas de forma personal o a través de entidades. Por tanto, una entidad que no desempeñe una actividad económica no podrá gozar de estos beneficios. El requisito a este respecto está recogido en el artículo 5 del Real Decreto 1704/1999:

«a) Que la entidad no tenga por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. Se entenderá que una entidad no gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario y que, por lo tanto, realiza una actividad económica cuando,

⁷⁰ LÓPEZ CARBAJO, J. M., «El Impuesto sobre la Renta y el Patrimonio en las Leyes 21/1993 y 22/1993, de 29 de diciembre», en *Revista de Contabilidad y Tributación (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios financieros, n.º 131, 1994, p. 49.

⁷¹ DE AGUIAR, E., Ob. cit., p. 120.

por aplicación de lo establecido en el artículo 75 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, dicha entidad no reúna las condiciones para considerar que más de la mitad de su activo está constituido por valores o es de mera tenencia de bienes».

Ha desaparecido, tal y como recogía el Real Decreto 2481/1994, el considerar actividad principal de la entidad aquella que suponía la mayor fuente de renta de la misma. Esto excluía la posibilidad de aplicar la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio a entidades que tuvieran pérdidas en su actividad en un ejercicio, si poseían elementos patrimoniales no afectos a aquélla, que generaran renta para la entidad. Pero es más, podía desviar a dichos elementos la consideración de principal actividad de la entidad, dado que ésta sólo venía determinada por dicho criterio cuantitativo (mayor fuente de renta). Tal y como decimos, este criterio ya no aparece recogido en el Real Decreto 1704/1999, que tan sólo exige que la actividad principal no sea la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario, es decir, que no se trate de sociedades de cartera ni de mera tenencia de bienes.

Respecto a las **sociedades de cartera**, conocidas también por «*sociedades holding*», son aquellas en las que más del 50 por 100 de su activo está constituido por valores. El artículo 75 de la LIS excluye del cómputo como valores a efectos de calcular ese 50 por 100 del activo a los siguientes:

- a) Los poseídos para dar cumplimiento a obligaciones legales y reglamentarias.
- b) Los que incorporen derechos de crédito nacidos de relaciones contractuales establecidas como consecuencia del desarrollo de actividades empresariales o profesionales.
- c) Los poseídos por sociedades de valores como consecuencia de la actividad constitutiva de su objeto.
- d) Los que otorguen, al menos, el 5 por 100 de los derechos de voto y se posean con la finalidad de dirigir y gestionar la participación siempre que, a estos efectos, se disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales, y la entidad participada no pueda ser considerada como transparente fiscal.

Este último apartado d) ha generado una nutrida discusión doctrinal en torno a lo que se denomina «cartera de control», es decir, las participaciones en entidades que a su vez participan en otras, de manera que las primeras no sean consideradas como entidades que administran un patrimonio mobiliario (con el efecto consiguiente de considerarlas excluidas de la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio al no desarrollar actividad económica alguna). Para evitar dicho efecto es por lo que el artículo 75 de la LIS excluye del cómputo del activo, como valores, a aquellos que figuren en el mismo y que reúnan los cuatro requisitos señalados (que otorguen un 5 por 100 de los derechos de voto; se posean con la finalidad de dirigir y gestionar la participación; se disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales por parte de la entidad tenedora de dicha participación, a efectos de dirigir la mencionada participación; y la entidad participada no esté en transparencia fiscal).

Ahora bien, la situación actual ha sido fruto de un largo proceso que se inició con la reforma que la Ley 13/1996 llevó a cabo en el artículo 4.8.dos de la LIP, de forma que se producía una remisión directa desde ese artículo de la LIP al artículo 75 de la LIS. En el, por aquel tiempo, vigente Real Decreto 2481/1994, se establecían unos requisitos que diferían de los señalados anteriormente en dos puntos (disponer del 50 por 100 de los derechos de voto, en lugar del 5 por 100; y que la entidad titular de las participaciones dirija la actividad empresarial de las entidades participadas, en lugar de establecer que debe dirigir y gestionar la participación). La diferente regulación del artículo 75 de la LIS y del Real Decreto mencionado llevó a pensar, en un primer momento, que este último en lo que no siguiera a la LIS se consideraría derogado tácitamente. No obstante, la DGT, a través de la consulta de 14 de julio de 1998, entendió que ambas posiciones eran compatibles, estableciendo:

«La exigencia reglamentaria se mantiene, con independencia de que, como consecuencia de la remisión que la legislación del Impuesto sobre el Patrimonio hace desde 1997 al artículo 75 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades y de acuerdo con lo previsto en ésta, queden excluidos, a los solos efectos del cómputo para calificar o no transparentes a las sociedades de cartera, los valores que otorguen al menos el 5 por 100 de los derechos de voto y se posean con la finalidad de dirigir y gestionar la participación [...]».

También encontramos opiniones doctrinales que consideraban no derogado el Real Decreto 2481/1994, en tanto en cuanto debía primar la especificidad de esta última norma. Así, la LIS determinaría cuándo una sociedad no es de cartera y, posteriormente, habría que acudir al mencionado Real Decreto 2481/1994 para comprobar si esa entidad reunía los requisitos para estar exenta en el Impuesto sobre el Patrimonio.

En contra de dicha opinión ROCA LÓPEZ⁷² considera que debería haberse entendido derogado tácitamente el Real Decreto 2481/1994 desde el momento en que en la LIP se incorporó la citada remisión a la LIS (modificación que llevó a cabo la Ley 13/1996, como señalé antes). En este mismo sentido de considerar tácitamente derogado el Real Decreto mencionado se manifiestan TORRES CONEJO y REPISO LÓPEZ⁷³.

Con posterioridad, se aprobó el Real Decreto 1704/1999 que derogó al Real Decreto 2481/1994. El nuevo Real Decreto modificó el porcentaje exigido anteriormente, estableciendo en su artículo 5.1:

«Cuando la entidad participe a su vez en otras entidades, se considerará que no realiza una actividad de gestión de un patrimonio mobiliario, si disponiendo directamente al menos del 5 por 100 de los derechos de voto en dichas entidades, [...]».

⁷² ROCA LÓPEZ, M., Ob. cit., p. 72.

⁷³ TORRES CONEJO, C. y REPISO LÓPEZ, F., Ob. cit., p. 33.

Hasta aquí el problema parecía resuelto, ya que coincidía el porcentaje exigido por la LIS para no considerar una sociedad como de cartera, y el establecido por el Real Decreto mencionado, para gozar de exención en el Impuesto sobre el Patrimonio, pero como señalamos anteriormente, no sólo se diferenciaban una y otra regulación en el porcentaje exigido, sino también en el carácter con que se tenía esa participación. Así, el mencionado artículo 5.1 del Real Decreto 1704/1999 continuaba diciendo: «[...] **dirige y gestiona el conjunto de las actividades económicas de éstas** mediante la correspondiente organización de medios personales y materiales, [...]». Se sigue exigiendo que se tenga capacidad para «dirigir y gestionar» las entidades participadas, a diferencia de la LIS que exige que se posean las participaciones «con la finalidad de dirigir y gestionar la participación [...]». La diferencia es sustancial. Ahora bien, no se mantiene la posibilidad de exigir «dirigir y gestionar» las entidades participadas con el nuevo porcentaje (5%) exigido, ya que si con anterioridad el porcentaje exigido por el Real Decreto 2481/1994, el 50 por 100, si cabría exigir esa dirección de la actividad de la entidad participada, dado que se ostentaba una posición mayoritaria en los derechos de voto, difícilmente con un 5 por 100 se va a tener esa posición de privilegio.

Así llegamos al Real Decreto 25/2000, de 14 de enero, que se refiere a la divergencia que tratamos en la Exposición de Motivos en los siguientes términos:

«[...] el desarrollo del artículo 4.8.2.a) de la Ley 19/1991, no ha considerado convenientemente el texto de dicha Ley, en la redacción dada al mismo por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, en cuanto determinaba con toda claridad que una entidad no podía considerarse como de gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario cuando, por aplicación de lo previsto en el artículo 75 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, dicha entidad no reúna las condiciones para considerar que más de la mitad de su activo está constituido por valores o es de mera tenencia de bienes; exigiendo, por el contrario, otro requisito no previsto expresamente en la Ley del Impuesto, que puede dar lugar a confusión entre el texto legal vigente y el citado desarrollo reglamentario del mismo. Constituye el objeto de este Real Decreto salvar esa posible contradicción sustituyendo el artículo 5.1.a) del Real Decreto 1704/1999, por el texto legal de la propia Ley, evitándose de esta forma cualquier desfase entre la norma a desarrollar y la de desarrollo, a lo que se añade la supresión de la última frase del párrafo b) del mismo artículo y apartado, por dejar de tener sentido».

La nueva redacción del artículo 5.1 queda en los siguientes términos:

«Que la entidad no tenga por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. Se entenderá que una entidad no gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario y que, por lo tanto, realiza una actividad económica cuando, por aplicación de lo establecido en el artículo 75 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, dicha entidad no reúna las condiciones para considerar que más de la mitad de su activo está constituido por valores o es de mera tenencia de bienes».

Con ello se zanja el problema, aunque entendemos que el desfase habría que haberlo considerado desde un principio como favorable al texto legal y por tanto, tácitamente derogado el Real Decreto en lo relativo a los requisitos descritos anteriormente, tanto el 2481/1994 como el 1704/1999. De hecho, las sucesivas reformas del texto reglamentario han ido encaminadas a igualarlo al tenor literal de la LIS. No obstante, como ya señalamos, la DGT, en consulta de 14 de julio de 1998, entendía perfectamente vigente las exigencias de la norma de inferior rango.

Por otro lado, y respecto del requisito exigido de disponer «**de la correspondiente organización de medios materiales y personales [...]**», hay que tener en cuenta que lo que es necesario no es controlar la entidad participada, sino las participaciones que se tengan en ella. ¿Qué debe entenderse por organización suficiente? Ernest DE AGUIAR ⁷⁴ recuerda que los problemas surgirán «en la definición de si existe o no la estructura empresarial suficiente para demostrar que se trata de una verdadera actividad empresarial, y no de una mera gestión patrimonial». A este respecto ROCA LÓPEZ ⁷⁵ considera en principio cumplido este requisito si en la sociedad *holding* existiera «un consejo de administración o un administrador que tuviera encomendada la gestión y dirección de dichas participaciones» que, en definitiva supondría tomar decisiones en torno al ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de la condición de socio en la entidad participada. La DGT, en consulta de 25 de abril de 1996, consideró como organización suficiente «[...] cuando exista un consejo de administración o un administrador cuya actividad se refiere, total o parcialmente, a la dirección o gestión de las participaciones». Insistiendo de nuevo en que lo que debe ser gestionado son las participaciones y no la actividad de la empresa participada, como ya ha quedado reflejado normativamente de forma expresa con el Real Decreto 25/2000.

Dentro de este epígrafe en el que se recoge la exigencia de que la entidad no gestione un patrimonio mobiliario o inmobiliario, hay que hacer mención a las **Sociedades de Inversión Mobiliaria**, para ver si es posible que las participaciones en el capital de este tipo de sociedades puedan disfrutar de la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio. Como ha señalado la DGT en contestación a numerosas consultas, entre otras las de 23 de septiembre, 7 de octubre y 9 de octubre de 1998 o de 16 de diciembre de 1999, las Sociedades de Inversión Mobiliaria, conforme al artículo 2.2 de su Ley reguladora –Ley 46/1984, de 26 de diciembre–:

«Tienen por objeto exclusivo la adquisición, tenencia, disfrute, administración en general y enajenación de valores mobiliarios y otros activos fijos para compensar, por una adecuada composición de sus activos, los riesgos y los tipos de rendimiento, sin participación mayoritaria económica o política en otras Sociedades».

Conforme al artículo 10.1 de la misma Ley, un 90 por 100 de su activo, al menos, habrá de estar invertido en valores mobiliarios admitidos a cotización oficial en Bolsa y en otros activos financieros contratados en mercados organizados. De acuerdo con dichos preceptos, las Sociedades de

⁷⁴ DE AGUIAR, E., Ob. cit., p. 122.

⁷⁵ ROCA LÓPEZ, M., Ob. cit., p. 68.

Inversión Mobiliaria reúnen las condiciones para considerar que más de la mitad de su activo está constituido por valores y tienen por actividad principal la gestión de ese patrimonio mobiliario. Todo ello conduce a que este tipo de entidad no cumpla la condición configurada en la letra a) del artículo 4.8.dos de la LIP. Con lo que, en consecuencia, las participaciones en una Sociedad de Inversión Mobiliaria no gozarán de la exención prevista en la LIP. El Real Decreto 1704/1999 es tajante cuando en el artículo 5.1.d) *in fine* establece:

«En ningún caso será de aplicación esta exención a las participaciones en instituciones de inversión colectiva».

Por último, también es necesario hacer mención a **las entidades cuyo activo está compuesto principalmente por inmuebles y se dedican al arrendamiento de los mismos**. En consulta a la DGT de fecha 14 de abril de 2000, ésta recuerda que el artículo 1.2 del Real Decreto 1704/1999 considera que el arrendamiento o compraventa de inmuebles se realiza como actividad económica cuando concurren las circunstancias que, a tal efecto, establece el artículo 25.2 de la LIRPF (dichas circunstancias son, como señalamos anteriormente, dos: la existencia de, al menos, un local destinado exclusivamente a llevar a cabo la gestión de la actividad y que para su ordenación se utilice, como mínimo, una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa). La DGT continúa diciendo:

«Si consiguientemente, la actividad es económica a efectos de lo dispuesto en el apartado "Uno" del artículo 4.8 de la LIP (bienes y derechos afectos a actividades empresariales y profesionales), lo será también, como es obvio, en lo que respecta a la otra exención, la del apartado "Dos", en la medida en que para ésta se exige "que la entidad realice de manera efectiva una actividad económica" [...] consecuentemente las participaciones gozarán de la exención prevista en el artículo 4.8.Dos de la LIP»

En definitiva, entiende que los dos requisitos exigidos para considerar que la actividad de arrendamiento o compraventa de inmuebles es una actividad económica y, consecuentemente, pueda gozar de la exención en el IP, son de aplicación tanto si la actividad se desarrolla de manera personal como si se desarrolla a través de una entidad. Lo importante es que tanto en un caso como en otro se cumplan los dos requisitos mencionados.

En otra consulta de 18 de mayo de 2000, la DGT señala que los dos requisitos son «una infraestructura mínima, de una organización básica de medios empresariales que permita entender como tal la actividad de arrendamiento o compraventa de inmuebles». Llegados a este punto es necesario aunque sea brevemente un análisis de los dos requisitos exigidos. En primer lugar, ¿qué hay que entender por un «local»? Se plantea, en la consulta señalada, si es posible considerar como tal a una habitación alquilada en la sede de otra entidad distinta a la que opta a la exención. La DGT dice en la consulta señalada:

«No existiendo un concepto de "local" en la propia LIRPF, parece acorde con el artículo 23.2 de la LGT y con la necesidad de que se encuentre afecto a una actividad empresarial tomar la definición que ofrece la Regla 6.ª 1 de la Instrucción General para la aplicación de las Tarifas del IAE (Real Decreto Legislativo 1175/1990), conforme a la cual se considerarán como tales las edificaciones, construcciones e instalaciones que se utilicen para cualesquiera actividades empresariales o profesionales (no artísticas) y las superficies cubiertas o sin cubrir, abiertas o no al público, que se destinen a dicha utilización. [...] no parece haber obstáculo para que una habitación o despacho en la sede de otra entidad mercantil "con separación física absoluta y destino exclusivo a la actividad propia de la arrendataria..." cumpla con el carácter de local exclusivamente destinado a llevar la gestión a que se refiere la LIRPF.»

Por lo tanto, lo que sí está claro es la necesidad de una separación física absoluta y destino exclusivo a tal fin, no pudiéndose alternar con otras actividades.

Por otro lado, y respecto de la persona empleada con contrato laboral y a jornada completa, está claro que la persona a la que se haya contratado para ejercer esta labor deberá cotizar a la Seguridad Social dentro del Régimen General y no en el de los trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, dado que es en aquel régimen en el que se encuadran los trabajadores por cuenta ajena. El Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 1 establece que se aplicará a:

«Los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario».

Es la «*ajenidad*» lo que debe caracterizar la actividad del que presta los servicios mediante un contrato laboral y a jornada completa en la entidad. A diferencia del empresario individual que, claro está, no puede contratarse a sí mismo para disfrazar una actividad de arrendamiento como actividad económica, en el caso de una entidad, al ser una personalidad jurídica distinta a quien posee las participaciones, sí podría disfrazarse el requisito fácilmente por medio de la contratación por parte de la entidad de las personas físicas que ostentan las participaciones. A este respecto, y para evitar ese supuesto, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, incluye obligatoriamente en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, en el artículo 34.2⁷⁶ a quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para

⁷⁶ «Artículo 34. Encuadramiento de los trabajadores y administradores de Sociedades mercantiles capitalistas y Sociedades laborales en el Sistema de Seguridad Social. Uno. [...] Dos. Se modifica la disposición adicional vigésima séptima del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio [...]».

una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquélla. Con ello se dificulta notablemente la facilidad con la que, si no existiera esta salvedad, podría cumplirse el requisito de persona contratada laboralmente por una entidad, y, en consecuencia, disfrazar como actividad económica algo que en realidad no lo es. Respecto de esta cuestión, en la consulta señalada anteriormente de 18 de mayo de 2000, ante la posibilidad de que pueda concurrir en el mismo sujeto la condición de persona contratada laboralmente y el desempeño de funciones directivas en la entidad, contesta la DGT que:

«Siempre que esa coincidencia personal entre quien resulta ser contratado laboral y a jornada completa en la entidad y quien ejerce las citadas funciones directivas no contradiga la normalidad laboral vigente ello no constituirá obstáculo, conforme a la normativa reguladora del IP, para acceder al disfrute de la exención prevista en dicho apartado octavo.Dos del artículo 4 de la LIP»

Es muy importante este punto, ya que si esa persona que ejerce funciones directivas tiene el control efectivo, directo o indirecto, de la entidad, quedaría excluida del Régimen General de la Seguridad Social por la normativa laboral apuntada y, por ende, al no considerarse contrato laboral no podría gozar de la exención. Es por ello que la DGT señala la salvedad de «no contradiga la normalidad laboral vigente». La Ley 50/1998, incluye dentro del artículo 34.2 la presunción (*iuris tantum*) de que existe control efectivo, directo o indirecto, de la entidad a dichos efectos, cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:

- 1.º Que, al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios, con los que conviva, y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción.
- 2.º Que su participación en el capital sea igual o superior a la tercera parte del mismo.
- 3.º Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad.

3.2.1.2. Si reviste forma societaria, no hallarse en transparencia fiscal.

El artículo 5.1.b) del Real Decreto 1704/1999, en redacción dada por el Real Decreto 25/2000, de 14 de enero, establece que cuando la sociedad revista forma societaria:

«[...] no concurren los supuestos establecidos en el artículo 75 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, salvo que se trate del recogido en el párrafo b) del apartado 1 de dicho artículo».

De conformidad con el artículo 75 mencionado, tienen la consideración de transparentes:

«a) Las sociedades en que más de la mitad de su activo esté constituido por valores y las sociedades de mera tenencia de bienes, cuando en ellas se dé cualquiera de las circunstancias siguientes:

- a') Que más del 50 por 100 del capital social pertenezca a un grupo familiar, entendiéndose a estos efectos que éste está constituido por personas unidas por vínculos de parentesco en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad hasta el cuarto grado, inclusive.
- b') Que más del 50 por 100 del capital social pertenezca a diez o menos socios. A los efectos de este precepto, serán sociedades de mera tenencia de bienes aquellas en que más de la mitad de su activo no esté afecto a actividades empresariales o profesionales tal y como se definen en el artículo 40 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

b) Las sociedades en que más del 75 por 100 de sus ingresos del ejercicio procedan de actividades profesionales, cuando los profesionales, personas físicas, que, directa o indirectamente, estén vinculados al desarrollo de dichas actividades, tengan derecho a participar, por sí solos o conjuntamente con sus familiares hasta el cuarto grado inclusive en, al menos, el 50 por 100 de los beneficios de aquéllas.

c) Las sociedades en que más del 50 por 100 de sus ingresos del ejercicio procedan de actuaciones artísticas o deportivas de personas físicas o de cualquier otra actividad relacionada con artistas o deportistas cuando entre éstos y sus familiares hasta el cuarto grado inclusive tengan derecho a participar en, al menos, el 25 por 100 de los beneficios de aquéllas».

La Ley 66/1997 modificó la LIP, de manera que permitió a las sociedades de profesionales, aun siendo sociedades transparentes, gozar de la exención. En buena lógica, ya que si la actividad profesional llevada de forma personal se incluye a través de la mencionada Ley como objeto de exención, también debía serlo si se realizaba la actividad a través de una sociedad. Así, aunque las sociedades de profesionales siguen teniendo la consideración de transparentes, no es obstáculo para gozar de la exención del IP por la salvedad incluida en el artículo 4.8.Dos de la LIP («salvo que se trate del recogido en el párrafo b) del apartado 1 de dicho artículo»).

Por otro lado, hay que recordar la denominada «**transparencia fiscal sobrevenida**», mecanismo establecido en la LIS para evitar que se incluyan en el régimen de transparencia fiscal sociedades que no deben recibir tal calificación. Pongamos el caso de una entidad que realiza una actividad económica teniendo más del 50 por 100 de su activo afecto a la misma y quedando por tanto excluida del régimen de transparencia fiscal. En un ejercicio determinado obtiene unos beneficios que no distribuye entre los socios, ni tampoco reinvierte en activos afectos a la actividad, sino que

los mantiene dentro de su activo (por ejemplo, como activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad, o como activos representativos de la cesión de capitales a terceros), de tal manera que el montante de esos activos procedentes de beneficios no distribuidos supera al de los activos afectos a la actividad de la sociedad. ¿Qué ocurriría? Pues que al no tener la consideración de activos afectos y representar más del 50 por 100 del activo de la sociedad, ésta pasaría al régimen de transparencia fiscal y, por ende, no podría beneficiarse de la exención en el IP.

Como hemos dicho, la LIS, en su artículo 75, establece una salvedad refiriéndose a las sociedades de valores y de mera tenencia de bienes:

«A efectos de lo previsto en esta letra (se refiere a la letra a) del art. 75), no se computarán como valores ni como elementos no afectos a actividades empresariales o profesionales aquellos cuyo precio de adquisición no supere el importe de los beneficios no distribuidos obtenidos por la entidad, siempre que dichos beneficios provengan de la realización de actividades empresariales o profesionales, con el límite del importe de los beneficios obtenidos tanto en el propio año como en los diez años anteriores. No serán asimilables a los beneficios procedentes de actividades empresariales o profesionales los dividendos, ni siquiera aquellos que procedan de los valores a que se refiere el último inciso del párrafo anterior cuando los ingresos obtenidos por la entidad participada no procedan, al menos en el 90 por 100, de la realización de actividades económicas en el sentido del artículo 25 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias».

La DGT en consulta de 29 de marzo de 2000 al respecto establece:

«[...] no se computarán como valores ni como no afectos a actividades empresariales o profesionales –consiguientemente, se reputarán afectos– aquellos elementos cuyo precio de adquisición no supere el importe de los beneficios no distribuidos obtenidos por la entidad siempre que provengan de la realización de actividades empresariales o profesionales, con el límite del importe de los beneficios obtenidos tanto en el propio año como en los últimos diez anteriores».

Esto explica también la salvedad que el artículo 6.3 del Real Decreto 1704/1999 establece, al admitir que los elementos a que hace referencia el artículo 27.1.c) ⁷⁷ de la LIRPF pueden entenderse afectos a la actividad económica, a diferencia de lo que ocurre respecto del empresario individual en que sí tiene plena vigencia la norma de no afectación del IRPF, como analizamos anteriormente.

⁷⁷ «Activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad y de la cesión de capitales a terceros».

Asimismo, esa misma consulta considera que dichos elementos del activo que se han generado por los beneficios no distribuidos tienen el carácter de afectos a la actividad económica. Esto viene a contestar las dudas que se habían planteado sobre si los activos que se excluían del cómputo de los elementos no afectos, por el mecanismo de la transparencia fiscal sobrevenida, se debían considerar entonces afectos a la actividad económica de la sociedad.

3.2.1.3. Porcentaje mínimo de participación en el capital social de la entidad.

Es necesario, como establece el artículo 4.8.Dos.c) de la LIP, así como el artículo 5.1.c) del Real Decreto 1704/1999 que:

«La participación del sujeto pasivo en el capital de la entidad sea al menos del 15 por 100, computado de forma individual, o del 20 por 100 conjuntamente con su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción».

La introducción del «grupo de parentesco» para determinar si se participa en la entidad con un porcentaje suficiente como para gozar de la exención fue llevada a cabo por la Ley 13/1996. Hasta llegar ahí existieron dos períodos previos en los que se exigió un determinado porcentaje exclusivamente al sujeto pasivo para gozar de la exención. Así, desde el 1 de enero de 1994 al 31 de diciembre de 1994, se exigía una participación del 20 por 100 en el capital social de la entidad (porcentaje establecido por la Ley 22/1993, y que únicamente era aplicable en el IP, ya que en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones aún no se recogían los beneficios fiscales). Posteriormente, desde el 1 de enero de 1995 y hasta el 31 de diciembre de 1996, se redujo el porcentaje hasta el 15 por 100 (introducido por la Ley 42/1994). A partir del 1 de enero de 1997 nos encontramos con la redacción actual. La extensión que introduce la mencionada Ley 13/1996, al referirse a un «grupo de parentesco», como recuerda AGUSTÍN TORRES ⁷⁸, choca con una de las características principales que definen el impuesto, y que es precisamente su carácter individual.

Como recuerda la consulta n.º 38/1998, el grupo de personas que vaya a tenerse en cuenta a efectos del cómputo del 20 por 100 y que integran el «grupo de parentesco» han de participar todas y cada una de ellas, como es obvio, en el capital de la entidad.

Por otro lado no hay que olvidar la exigencia del artículo 4 del Real Decreto 1704/1999 de que las participaciones en entidades sean de titularidad directa, lo que conlleva, como ya hemos comentado, a que participaciones que se posean de forma indirecta a través de entidades interpuestas no puedan computarse a efectos de determinar el porcentaje mínimo exigido (me remito a lo comentado al respecto).

⁷⁸ AGUSTÍN TORRES, C., Ob. cit., p. 44.

También han sido tratados por la doctrina y se han planteado consultas a la DGT sobre dos cuestiones:

- 1) Las acciones sin voto; y
- 2) La autocartera.

Respecto a las acciones sin voto, el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, prevé la emisión de acciones sin voto, siempre y cuando su importe nominal no sea superior a la mitad del capital social desembolsado, atribuyendo a sus titulares los demás derechos de las acciones ordinarias, salvo el de voto (arts. 90, 91 y 92). La cuestión que surge es la siguiente: ¿están sujetas a un trato diferenciado a la hora de calcular el porcentaje mínimo exigido del 15 por 100 de forma individual o 20 por 100 conjuntamente, las acciones sin voto? La DGT zanjó la cuestión cuando en consulta de 2 de junio de 1997 dispuso:

«[...] este Centro directivo considera que las acciones sin voto deben computarse como las acciones ordinarias, a efectos del cálculo de la exención que establece el artículo 4.8.Dos de la Ley 19/1991, de 6 de junio».

Respecto a la autocartera (acciones que han sido adquiridas por la propia entidad), acudiendo a la legislación mercantil, y concretamente al Real Decreto Legislativo 1.564/1989, de 22 de diciembre, por el que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, encontramos que el artículo 75 regula la adquisición de acciones por la propia sociedad. La pregunta que surge respecto de la autocartera es la misma que antes surgió sobre las acciones sin voto. ¿Se computa la autocartera a efectos del cómputo del porcentaje exigido? La consulta de 2 de junio de 1997 fue contestada por la DGT estimando que la autocartera no debe ser considerada a la hora del cómputo del porcentaje de participación, ya que aquélla desde un punto de vista económico «supone una minoración de los fondos propios». En este mismo sentido se ha manifestado la Asociación Española de Contabilidad y Auditoría de Cuentas:

«[...] son recursos propios de carácter negativo los representados por las pérdidas acumuladas, así como el valor de las acciones propias que, por cualquier causa, tenga la empresa en su poder. Por consiguiente, cualquier evaluación a efectos financieros de los recursos propios o neto patrimonial de la empresa deberá incluir las siguientes partidas: capital social menos el capital no desembolsado (pendiente de reclamación, reclamada o en mora), más reservas y remanente, menos pérdidas acumuladas, menos dividendos activos a cuenta, menos acciones propias, más resultados netos después de impuestos».

Muy interesante, a este respecto, es la puntualización que realiza AGUSTÍN TORRES ⁷⁹, al comentar que algunos expertos en contabilidad sostienen que las acciones propias, en cuanto que la sociedad las tenga como inversión financiera –y no destinadas exclusivamente a reducción de capital– son una partida más del activo y, como tal, formarían parte del patrimonio neto de la entidad, es decir, que a juicio de estos expertos habría que considerar a efectos del cálculo del porcentaje a las acciones propias adquiridas para un fin distinto a la de su amortización. Si bien como apunta dicho autor es la opinión de algunos expertos, ya que la DGT, como señalamos antes, no entra en distinguir la finalidad para la que se adquirieron las acciones propias, considerando a todos los efectos que la autocartera no puede ser tenida en cuenta para el cómputo del porcentaje, lo cual «resultará siempre beneficioso para el contribuyente, pues lógicamente dará como resultado un mayor porcentaje de participación en la Sociedad» ⁸⁰.

3.2.1.4. Ejercicio efectivo de funciones de dirección. Cómputo de la remuneración mínima exigida a efectos de la exención.

El sujeto pasivo debe reunir el requisito de ejercitar efectivamente funciones de dirección en la entidad, establecido en el apartado d) del artículo 4.8.Dos de la LIP, que además también permite que esas funciones sean desplegadas por el grupo de parentesco al que nos hemos referido, y que a su vez se recoge en el artículo 5.1.d) del Real Decreto 1704/1999:

«Que el sujeto pasivo ejerza efectivamente funciones de dirección en el seno de la entidad, percibiendo por ello una remuneración que represente más del 50 por 100 de la totalidad de sus rendimientos del trabajo y de actividades económicas. A tales efectos, no se computarán los rendimientos de las actividades económicas cuyos bienes y derechos afectos disfruten de exención en este impuesto».

La exigencia pretende que la persona lleve a cabo una verdadera actividad directiva en el seno de la entidad. El Real Decreto 1704/1999 en el artículo mencionado anteriormente establece:

«Se considerarán funciones de dirección, que deberán acreditarse fehacientemente mediante el correspondiente contrato o nombramiento, los cargos de: Presidente, Director general, Gerente, Administrador, Directores de Departamento, Consejeros y miembros del Consejo de Administración u órgano de administración equivalente, siempre que el desempeño de cualquiera de estos cargos implique una efectiva intervención en las decisiones de la empresa».

⁷⁹ AGUSTÍN TORRES, C., Ob. cit., p. 45.

⁸⁰ Véase nota anterior.

La DGT, en contestación a la consulta de 19 de noviembre de 1998 por la que se pedía se concretara el concepto de «ejercicio efectivo de funciones de dirección», señalaba que:

«La enumeración que dicha letra contiene no es una lista cerrada y que sólo pretende ejemplificar los supuestos que, de ordinario, presuponen el ejercicio efectivo de funciones directivas en una entidad, con independencia de la denominación puntual que pueda atribuirse al cargo de que se trate. Sin embargo, lo que pretende la norma reglamentaria es que, sea cual sea la denominación del puesto o cargo ocupado en la entidad, del contrato o nombramiento correspondiente resulte que el sujeto pasivo participa en la toma efectiva y no puramente nominal de las decisiones gerenciales básicas de la entidad; en definitiva, se trata de que, con arreglo al espíritu que informa la exención del artículo 4.8.Dos de la LIP y dejando a salvo los supuestos de grupo de parentesco [...], el sujeto pasivo participe activamente en la dirección de la entidad en cuyo capital también participa. Consecuentemente, no existe un modelo a seguir de contrato o nombramiento ni una delimitación previa del alcance de la expresión "ejercicio efectivo de funciones directivas" sino una determinación caso a caso de la realidad en la práctica de tales funciones».

Este criterio mantenido por la DGT ha sido reiterado en consultas posteriores como la de 22 de septiembre de 2000, que establece que el Real Decreto 1704/1999, respecto de su antecesor al que derogó –Real Decreto 2481/1994–, no introduce más novedad que exigir que el desempeño de los cargos enumerados anteriormente o equivalentes implique una efectiva intervención en las decisiones de la empresa, por lo que, continúa diciendo, «sigue siendo plenamente válido el criterio expuesto en la contestación de fecha 19 de noviembre de 1998». Por lo tanto, será el interesado en obtener la exención en el IP el que deberá acreditar que las funciones que realiza son directivas y además efectivas dentro de la entidad, ya que como señala la Administración, no hay un contrato o nombramiento tipo que permita predicar tales características de forma automática, sino que habrá que ver caso a caso si existen o no funciones efectivas que impliquen intervenir en las decisiones de la empresa.

Llegados a este punto, es necesario analizar el supuesto del directivo que se jubila, habiendo tenido hasta ese momento derecho a la exención en el IP por las participaciones que poseía en la entidad. Ernest DE AGUIAR ⁸¹ considera que el paso a la jubilación no tiene por qué acarrear la pérdida de la exención, contrariamente a lo que ocurre en el caso del empresario individual, ya que entiende que aunque está jubilado, podrá continuar ejerciendo funciones directivas, por ejemplo como miembro del Consejo de Administración, percibiendo por ello una remuneración superior a su pensión de jubilación y cumpliendo por tanto con los requisitos para gozar de la exención. No obstante la opinión anterior, entendemos que las funciones deben ser efectivas y no meramente formales. De manera que no bastaría con participar de una manera aparente en la dirección de la entidad, sino que sería necesario una actividad real y efectiva, al igual que al empresario individual se le exige el ejercicio habitual, personal y directo. A este respecto la DGT en consulta de 1 de septiembre de 1998:

⁸¹ DE AGUIAR, E., Ob. cit., p. 126.

«[...] tanto la LIP como la norma reglamentaria, exigen que el sujeto pasivo ejerza "efectivamente" funciones directivas en la entidad de que se trate. Por el contrario, el escrito de consulta reconoce explícitamente que "el sujeto no desempeña ninguna función ejecutiva ni de dirección en la Sociedad" y que, no obstante, "formalmente" integra el Consejo de Administración. La no concurrencia del precitado requisito determina la improcedencia del disfrute de la exención prevista en el artículo 4.8.Dos de la LIP».

Por otro lado, el requisito efectivo de funciones de dirección, como apunté al principio, puede recaer en cualquier miembro del grupo de parentesco, como establece la LIP:

«Cuando la participación en la entidad sea conjunta con alguna o algunas de las personas a las que se refiere el párrafo c) de este apartado [grupo de parentesco que analicé en el epígrafe anterior] las funciones de dirección [...] deberán cumplirse al menos en una de las personas del grupo de parentesco, sin perjuicio de que todas ellas tengan derecho a la exención».

Es a partir del 1 de enero de 1997 cuando cabe esta posibilidad. Es necesario, claro está, que cada uno de los integrantes de ese «grupo de parentesco» sea partícipe de la entidad. Además, como recuerda ROCA LÓPEZ ⁸² «ningún precepto de la LIP ni del Real Decreto 1704/1999 dispone la determinación del grupo familiar, entendido como cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, ya sea por consanguinidad, afinidad o adopción, en relación con un determinado sujeto pasivo, por lo que, en principio, carece de soporte legal el efectuar dicha determinación a partir del sujeto pasivo que cumpliera la totalidad o la mayor parte de los requisitos expuestos (piénsese, por ejemplo, en el miembro que ejerce funciones de dirección en una entidad y cuya retribución supera el resto de rendimientos de actividades económicas y del trabajo personal)». A este respecto, la consulta de 15 de enero de 1999 establece:

«Como puede observarse el "grupo de parentesco" [...] no se determina en relación con un determinado sujeto pasivo. La Ley no ha establecido un sujeto pasivo de referencia, por ejemplo, el que ejerza funciones de dirección en la entidad participada, sino que se remite a cualquier sujeto pasivo. Consecuentemente, y ante un concreto grupo familiar, ha de analizarse si, tomando en consideración a cualquier sujeto pasivo y a los parientes que, respecto del mismo, admite la Ley, participando todos y cada uno, como es obvio, en el capital de la entidad, reúnen globalmente un mínimo de capital del 20 por 100 y, entre ellos, en alguno se cumple el requisito de la letra d) del artículo, es decir, el ejercicio de funciones directivas y la percepción por su desempeño de remuneraciones que representen más del 50 por 100 de la totalidad de sus rendimientos empresariales, profesionales y del trabajo personal».

⁸² ROCA LÓPEZ, M., Ob. cit., p. 89.

Siguiendo con este razonamiento, cuando una persona que está integrada en el «grupo de parentesco» posea participaciones en el capital de la entidad participada habrá que ver si entre todos los del mencionado grupo reúnen un 20 por 100 del capital como mínimo, así como si en alguno de los integrantes del mismo ejerce funciones efectivas de dirección en la entidad así como el resto de requisitos exigidos, en cuyo caso gozará de exención en el IP por esas participaciones del capital que posee. Pero si, por contra, una entidad tiene como únicos accionistas a un matrimonio, sin que ninguno de los cónyuges realice funciones de dirección, recayendo estas últimas en un hijo de aquéllos que no posee ninguna acción en la entidad, para el supuesto de fallecimiento del padre o de la madre, la transmisión *mortis causa* a favor del hijo no podría beneficiarse de la exención en IP y, por ende, tampoco de la bonificación en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Además de ejercer funciones de dirección efectivas en la entidad se requiere que por dichas funciones se perciba una remuneración «que represente más del 50 por 100 de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal». A diferencia del empresario individual que, como tratamos en el epígrafe 3.1.1.2, requiere que lo obtenido por su actividad económica constituya su principal fuente de renta, en el caso de las participaciones en entidades, sólo se requiere que los rendimientos obtenidos por las funciones de dirección representen más de la mitad de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal (por lo que no se tendrán en cuenta las otras partidas que integran la renta del sujeto pasivo en el IRPF, es decir, ni los rendimientos de capital, ni las ganancias y pérdidas patrimoniales, ni las imputaciones de renta que se establezcan por ley ⁸³).

Asimismo, la Ley establece que a efectos del cálculo del 50 por 100:

«No se computarán entre los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal, los rendimientos de la actividad empresarial a que se refiere el número 1 de este apartado».

En buena lógica, y al igual que al hacer el cálculo de la mayor fuente de renta del empresario individual o profesional no se tenían en cuenta los rendimientos obtenidos en las entidades del artículo 4.8.Dos de la LIP, ahora no se tienen en cuenta los rendimientos de las actividades empresariales incluidas en el artículo 4.8.Uno. Ahora bien, hemos dicho actividades empresariales exclusivamente, porque la Ley en su dicción literal únicamente excluye del cómputo «los rendimientos de la actividad empresarial a que se refiere el número Uno de este apartado». Como apuntamos antes, el apartado Uno recoge no sólo las actividades empresariales, sino también las profesionales a partir de 1 de enero de 1998. Entonces, ¿por qué la Ley sólo menciona las actividades empresariales? Ernest DE AGUIAR ⁸⁴ dice al respecto que «una interpretación distinta a la del "olvido" nos llevaría, nueva-

⁸³ En consulta de 13 de octubre de 1997 se establece que «las imputaciones de bases imponibles positivas de las sociedades en régimen de transparencia fiscal forman una categoría independiente y no pueden incluirse dentro de las rentas empresariales, profesionales o del trabajo personal».

⁸⁴ DE AGUIAR, E., Ob. cit., p. 124.

mente, a tener que hablar de incoherencias en la concepción del sentido general de la norma. Aunque, se entienda como se entienda, la incoherencia, en cualquier caso, permanece». También AGUSTÍN TORRES⁸⁵ opina sobre la cuestión que «el último párrafo, añadido por la Ley 66/1997, hace compatible la exención en el IP del apartado Uno, concedida al empresario individual sobre sus útiles de trabajo, y la que puede ser aplicable al propio empresario, en virtud del número Dos. Esta compatibilidad no se predica con relación a los profesionales». En efecto, tanto si consideramos que es un olvido como si no, resulta incoherente, pero parece claro que la interpretación no puede suponer que se excluyan también del cómputo los rendimientos de actividades profesionales, sino que deberán ser tenidos en cuenta a la hora del cómputo de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal. Así, en consulta de 8 de septiembre de 1998 relativa al cómputo de las remuneraciones por el ejercicio de funciones de dirección establece:

«[...] a los efectos de ver si se cumple o no el porcentaje prefijado en la Ley, habrá de excluir, en su caso, aquellos rendimientos empresariales que gocen de exención conforme al apartado Uno del mismo artículo de la Ley del impuesto».

Con lo que no hace mención alguna a los rendimientos que se hubieran podido obtener por actividades de carácter profesional.

Por otro lado, al igual que respecto del ejercicio efectivo de funciones de dirección permite la Ley que puedan ser ejercidas por algún integrante del «grupo de parentesco», cuando la participación en la entidad sea conjunta, el requisito de la remuneración que se deriva del ejercicio de funciones de dirección también permite la Ley que se cumpla en al menos una de dichas personas que integran el mencionado «grupo de parentesco», sin perjuicio de que todas ellas tengan derecho a la exención.

Por último, el Real Decreto 1704/1999 establece en su artículo 5.2 que:

«Cuando una misma persona sea directamente titular de participaciones en varias entidades y en ellas concurren las restantes condiciones enumeradas en los párrafos a), b), c) y d) del apartado anterior, el cómputo del porcentaje a que se refiere el párrafo d) se efectuará de forma separada para cada una de dichas entidades. A tal efecto, para la determinación del porcentaje que representa la remuneración por las funciones de dirección ejercidas en cada entidad respecto de la totalidad de los rendimientos del trabajo y por actividades económicas del sujeto pasivo, no se incluirán los rendimientos derivados de las funciones de dirección en las otras entidades».

En consulta de 8 de septiembre de 1998 a la DGT sobre cómo debían computarse las remuneraciones por el ejercicio de funciones de dirección en varias entidades participadas, la Administración contestó que deberá procederse a determinar si se alcanza o no de forma separada para cada entidad

⁸⁵ AGUSTÍN TORRES, C., Ob. cit., p. 146.

el porcentaje del 50 por 100 de forma que en el numerador de la fracción correspondiente figurarán las remuneraciones percibidas por el ejercicio de las funciones directivas en dicha entidad y en el denominador ese mismo importe y los restantes rendimientos que hubiere (no exentos por la vía del art. 4.8.Uno). Se insiste en que la no inclusión en el denominador de las remuneraciones por el ejercicio de funciones directivas en otras entidades queda subordinada a la concurrencia de las restantes condiciones exigidas para gozar de la exención.

3.2.2. Valoración de las participaciones y alcance de la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio. Sus efectos en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

El último párrafo del artículo 4.8.Dos de la LIP dice:

«La exención sólo alcanzará al valor de las participaciones, determinado conforme a las reglas establecidas en el artículo 16.uno de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio,[...]».

En este mismo sentido se manifiesta el artículo 6 del Real Decreto 1704/1999. La normativa expuesta remite, por tanto, al artículo 16.Uno⁸⁶ de la LIP para valorar las participaciones, sin llegar a distinguir si se trata de participaciones negociadas en mercados organizados o no. Dicho artículo 16.Uno está exclusivamente pensado para la valoración de participaciones que no coticen en mercados organizados. Se planteó el 8 de octubre de 1998 una consulta a la DGT en la que se pedía una interpretación del precepto mencionado, en cuanto a la norma de valoración de las participaciones en fondos propios de entidades que coticen en mercados organizados, ya que se consideraba por parte del consultante que se desvirtuaba la ampliación de la aplicación de la exención a las sociedades cotizadas, si se mantenía la aplicación de la norma del artículo 16.Uno de la LIP tanto para las participaciones en sociedades que coticen como para las que no coticen. La DGT respondió que:

«Si, como norma general de valoración, no cabe duda de que las participaciones en el capital social o fondos propios de entidades negociadas en mercados organizados han de computarse por su valor de negociación medio del cuarto trimestre del año (art. 15,

⁸⁶ «Artículo 16. Demás valores representativos de la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad.

Uno. Tratándose de acciones y participaciones distintas de aquellas a que se refiere el artículo anterior, la valoración de las mismas se realizará por el valor teórico resultante del último balance aprobado, siempre que éste, bien de manera obligatoria o voluntaria, haya sido sometido a revisión y verificación y el informe de auditoría resultara favorable. En el caso de que el balance no haya sido auditado o el informe de auditoría no resultase favorable, la valoración se realizará por el mayor valor de los tres siguientes: el valor nominal, el valor teórico resultante del último balance aprobado o el que resulte de capitalizar al tipo del 20 por 100 el promedio de los beneficios de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha del devengo del impuesto.

A este último efecto, se computarán como beneficios los dividendos distribuidos y las asignaciones a reservas, excluidas las de regularización o de actualización de balances».

uno de la Ley), también resulta claro que cuando el artículo 4.Octavo.Dos, tanto en la Ley 13/1996, de 30 de diciembre como, ahora en iguales términos, la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, delimita el alcance de la exención, pretende que, en el caso de que se cumplan las restantes condiciones que exige para el disfrute de la exención, la determinación del importe de ésta se ajuste, en lo posible, a iguales parámetros. La Ley, por tanto, no desvirtúa la ampliación de la exención a las entidades cotizadas que se produce en 1997 porque ello significaría, desde un punto de vista lógico, que habiéndola preestablecido, posteriormente la limitase restringiendo su primitivo ámbito. Antes al contrario, en unidad de acto, la delimita en todos sus términos. El problema, por tanto, no radica en que, tratándose de participaciones cotizadas, el valor teórico pueda ser inferior al valor de cotización o que pueda darse la circunstancia contraria (lo cual también sucede) sino que, queriendo la Ley que la valoración de las participaciones en la declaración del Impuesto sobre el Patrimonio del titular sea lo más homogénea posible, con independencia de su cotización o no, establece que se tome en consideración, de haberse producido revisión por auditores de cuentas, el valor teórico de dicho balance y conforme a dicho valor se determine qué porcentaje de los activos está o no afecto a la actividad. Carecería de sentido aplicar reglas valorativas distintas a los elementos no afectos a la actividad y a los que sí lo están, si para estos últimos se tuviese en cuenta un criterio fluctuante de mercado como es el de negociación. **Por lo expuesto, según lo previsto en el artículo 4.8.Dos de la LIP, las participaciones en entidades, con o sin cotización en mercados organizados, a las que sea de aplicación la exención prevista en dicha norma, se valorarán conforme a las reglas establecidas en el artículo 16.Uno de la propia Ley».**

En definitiva, si nos encontramos con participaciones con cotización en mercados organizados a las que se vaya a aplicar la exención recogida en el artículo 4.8.Dos, habrá que acudir a la norma de valoración del artículo 16.Uno de la LIP, y no a la incluida en el artículo 15.Uno, que es la que regula la valoración de las participaciones negociadas en mercados organizados, lo que tiene a mi juicio poco sentido.

Una vez que se han valorado las participaciones es necesario saber el alcance de la exención. Éste lo fija el artículo 4.8.Dos *in fine*:

«La exención sólo alcanzará al valor de las participaciones, [...] en la parte que corresponda a la proporción existente entre los activos afectos al ejercicio de una actividad económica, minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma, y el valor del patrimonio neto de la entidad».

Habrà que analizar qué activos se encuentran afectos y cuáles no a la actividad económica que despliega la entidad. Para ello, el Real Decreto 1704/1999 en su artículo 6, se remite a la regulación que al respecto establece la LIRPF; en concreto, determina que:

«Para determinar si un elemento patrimonial se encuentra o no afecto a una actividad económica, se estará a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras normas tributarias, salvo en lo que se refiere a los activos previstos en el inciso final del párrafo c) del apartado 1 de dicho artículo, que, en su caso, podrán estar afectos a la actividad económica [...]».

Estos activos a los que se está refiriendo en la salvedad del final son los «activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad y de la cesión de capitales a terceros» que como ya referí al hablar de la «transparencia fiscal sobrevenida», a efectos del IRPF, en ningún caso pueden considerarse afectos a una actividad económica. No obstante, como establece el mencionado Real Decreto 1704/1999, y como recuerda la consulta de 29 de marzo de 2000 de la DGT, se admite como excepción a la norma de no afección de los mencionados elementos, cuando lo que estemos tratando sea la exención del artículo 4.8.Dos de la LIP. En este caso el interesado sí podrá acreditar la afección de dichos activos a la actividad que despliegue la entidad.

Además, respecto de los bienes que pueden o no estar afectos a la actividad económica, el Real Decreto 1704/1999 en el artículo 6.3 añade que:

«Nunca se considerarán elementos afectos los destinados exclusivamente al uso personal del sujeto pasivo o de cualquiera de los integrantes del grupo de parentesco a que se refiere el artículo 5 del presente Real Decreto o aquellos que estén cedidos, por precio inferior al de mercado, a personas o entidades vinculadas de acuerdo con lo establecido en el artículo 16 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades».

Los integrantes del grupo de parentesco a que hace referencia el precepto son el cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción. Por otro lado, entendemos que la cesión de un elemento patrimonial a precio como mínimo igual al de mercado, permite considerar a aquél afecto a la actividad de la entidad, aun cuando esa cesión se haya realizado en favor de alguno de los miembros del grupo de parentesco señalado.

¿Qué efectos tiene el alcance de la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio respecto del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones? La cuestión surge porque el artículo 20.2.c) cuando establece la bonificación de las participaciones en entidades a las que les sea de aplicación la exención del artículo 4.8.Dos de la LIP no resuelve cuál es la magnitud sobre la que se aplica el 95 por 100. Caben dos posibilidades:

- 1) Aplicar el 95 por 100 directamente sobre el valor de las participaciones; o,
- 2) Aplicar el 95 por 100 únicamente sobre la parte del valor de las acciones que, de conformidad con lo analizado anteriormente, alcanzara la exención en el IP.

AGUSTÍN TORRES ⁸⁷ considera que la reducción debe aplicarse sobre el valor total de las participaciones y no sólo sobre el valor delimitado como exento a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio, si ambos valores son diferentes, dando tres razones para ello:

- a) El principio general de estanquidad de los tributos, que se rigen por la LGT y las leyes propias de cada tributo;
- b) La redacción del artículo 20.2.c) que no recoge tal precisión, no costándole nada al legislador establecerlo si así lo hubiese querido; y,
- c) El hecho imponible y el sujeto pasivo son distintos en ambos impuestos, el Impuesto sobre el Patrimonio y el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, pudiendo ser distinto el valor de las participaciones en uno y otro impuesto.

TORRES CONEJO y REPISO LÓPEZ ⁸⁸ entienden lo contrario, así, consideran que es un criterio más ajustado al espíritu de la reducción y se decantan por aplicar la reducción sólo a la parte de valor de las participaciones que proceda de conformidad con lo establecido en la LIP.

Entiendo que en una interpretación finalista, que es la que debe presidir la aplicación de estas reducciones, el 95 por 100 debe calcularse sobre la parte del valor de las acciones que de conformidad con la LIP tiene derecho a la exención. Me decanto por esa opción porque el porcentaje que resulta de la aplicación de la proporción establecida por la LIP no es otro que la parte del valor de las participaciones que corresponden a los elementos patrimoniales incluidos en el activo y que están afectos a la actividad económica de la entidad. Las reducciones, como indica la recomendación de la Comisión Europea a la que nos referimos en el epígrafe introductorio, van dirigidas a proteger a las actividades económicas desarrolladas bien individualmente o a través de entidades. El hecho de que un activo se encuentre poseído a través de una entidad no tiene por qué favorecer el trato fiscal, si no está afecto a una determinada actividad económica.

Esta cuestión comentada es de especial importancia, ya que podemos encontrarnos con el siguiente supuesto que, a nuestro entender, desnaturalizaría la aplicación de la reducción del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, si optamos por aplicar la reducción sobre la totalidad del valor de las acciones:

2

Ejemplo:

La Sociedad «Z» tiene como actividad principal la explotación de fincas rústicas dedicadas a la producción de aceituna de mesa.

.../...

⁸⁷ AGUSTÍN TORRES, C., Ob. cit., p. 78.

⁸⁸ TORRES CONEJO, C. y REPISO LÓPEZ, F., Ob. cit., p. 60.

.../...

Los socios de la misma son un matrimonio y sus cinco hijos que participan en la siguiente proporción: el 50 por 100 de las acciones el marido, el 25 por 100 la esposa y un 5 por 100 cada uno de los hijos (existen un total de 10.000 acciones). Una de las hijas es la que cumple el requisito de ejercicio de funciones de dirección así como de remuneración.

En el activo de la entidad figuran varias fincas, maquinaria, existencias y tesorería, por un importe de 400.000.000 de ptas., elementos todos que se encuentran afectos a la actividad desplegada por la entidad.

Todos los miembros de la familia vienen aplicando la exención en su declaración de patrimonio, por la titularidad de las participaciones que ostentan en la entidad, y por el 100 por 100 del valor de las mismas ya que no hay elementos del activo que no se encuentren afectos a la actividad.

Posteriormente la esposa, que es titular de un fondo de inversión que heredó de su padre por un importe de 100.000.000 de ptas., decide aportar el mismo a la entidad, para lo cual se lleva a cabo una ampliación de capital. Recibe 2.500 acciones, lo que supone que tiene un total de 5.000 a partir de la ampliación.

Con posterioridad, la esposa fallece, dejando únicamente las acciones que poseía en la sociedad.

En la entidad tendríamos un Activo afecto de 400.000.000 y un Activo no afecto a la actividad de 100.000.000 (consistente en el fondo de inversión que aportó en la ampliación). Suponiendo, para simplificar al máximo la cuestión, que el patrimonio neto de la entidad son 500.000.000.

El valor teórico de las acciones sería $500.000.000 : 12.500 \text{ acciones} = 40.000 \text{ ptas.}$ Vamos a ver las consecuencias de aplicar uno u otro criterio de los apuntados anteriormente.

Si consideramos que la reducción debe aplicarse sobre el valor total de las acciones resultaría $5.000 \text{ acciones} \times 40.000 \text{ ptas.} = 200.000.000 \times 95\% = \mathbf{190.000.000.}$

Si consideramos que la reducción debe aplicarse únicamente sobre la parte de valor de las acciones que de conformidad con la LIP tiene derecho a la exención en dicho impuesto resultaría $400.000.000 \text{ (activos afectos): } 500.000.000 \text{ (patrimonio neto)} \times 100 = 80.$ Aplicaríamos al valor comprobado de las acciones el porcentaje obtenido $200.000.000 \times 80\% = 160.000.000.$ Lo que hace una reducción de $160.000.000 \times 95\% = \mathbf{152.000.000.}$

En efecto, como señalamos antes, las reducciones están previstas para evitar que una excesiva carga fiscal en la transmisión de las entidades que desarrollan actividades económicas pueda perjudicar el tejido productivo del país, con las consecuencias negativas que llevaría aparejado. Ahora bien, no están previstas para obtener una ventaja fiscal con independencia de que los elementos patrimoniales de una entidad estén o no afectos a una actividad económica. El bien protegido es la actividad económica y, por tanto, sólo los bienes afectos a ella podrán gozar de la reducción. En el ejemplo propuesto, la reducción a que tendrían derecho los causahabientes, a nuestro entender, sería por importe de 152.000.000 de pesetas.

3.2.3. *Mantenimiento de la adquisición durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante.*

El requisito de permanencia durante diez años se ha interpretado, como indicamos al tratar esta cuestión en la transmisión de la empresa o negocio profesional, como la obligación de mantener el valor de lo adquirido, sin que se exija al causahabiente la exención en el IP como sí ocurre en las transmisiones *inter vivos*. En este sentido se ha manifestado la Resolución 2/1999, en el punto 1.3.e):

«Cuando el precepto habla de que se mantenga la adquisición durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante [...] está haciendo referencia a que se mantenga el valor de la misma, de tal forma que se prohíbe realizar actos de disposición y operaciones societarias que, directa o indirectamente, puedan dar lugar a una minoración sustancial del valor de la adquisición. Sin embargo, no se exige que los causahabientes gocen con posterioridad a la adquisición de la exención en su correspondiente Impuesto sobre el Patrimonio, requisito que sí se exige, por el contrario, en el supuesto de adquisición *inter vivos*».

Está prohibido por lo tanto realizar actos de disposición y operaciones societarias que, directa o indirectamente, puedan dar lugar a una minoración sustancial del valor de la adquisición. La propia DGT en la Resolución 2/1999 señala que es imposible elaborar una lista de las actuaciones prohibidas, debiendo analizarse cada supuesto que se plantee, añadiendo que «con respecto a uno de los más frecuentes, cual es el caso en que los órganos de administración de las entidades en que participa el causahabiente realizan una serie de operaciones societarias acogidas al régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores, resultando de las mismas que, manteniendo el valor de la adquisición, la titularidad se ostenta, no de las acciones heredadas sino de las recibidas a cambio de las mismas, si el valor de la adquisición se conserva y se cumplen los demás requisitos previstos en el artículo 20 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, el causahabiente no perdería la reducción practicada». Ya había apuntado esta interpretación la DGT en consultas de 14 de julio y 30 de septiembre de 1998, en las que se preguntaba si una reestructuración empresarial consistente en operación de canje de valores al amparo del Capítulo VIII del Título VIII de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades supondría un incumplimiento de la obligación de mantenimiento. La contestación fue que siempre y cuando la aportación de las participaciones no suponga una minoración del valor de la adquisición no se pierde la reducción aplicada.

4. ADQUISICIÓN *MORTIS CAUSA* DE LA VIVIENDA HABITUAL DEL CAUSANTE

La existencia de un trato diferenciado de la vivienda habitual del causante es una cuestión que cuenta con antecedentes en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Así, el artículo 39 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, establece la posibilidad de un aplazamiento y fraccionamiento espe-

cial si las liquidaciones son giradas como consecuencia de la transmisión hereditaria de la vivienda habitual de una persona, siempre que el causahabiente sea cónyuge, ascendiente o descendiente de aquél, o bien pariente colateral mayor de 65 años, que hubiese convivido con el causante durante los dos años anteriores al fallecimiento. Dicho aplazamiento será por cinco años siempre que se constituya caución suficiente, pero sin que proceda el abono de ningún interés por ese período, y una vez terminado ese plazo podrá solicitarse un fraccionamiento en diez plazos semestrales, en este caso, sí, devengándose el interés legal del dinero durante el tiempo que dure el mismo.

El Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, introdujo en el artículo 20 de la Ley 29/1987 un nuevo párrafo con el número cinco en que se establecía la reducción de que estamos tratando aplicable para hechos imponibles devengados desde el nueve de junio de 1996. Posteriormente fue reubicado en el apartado 2.c) del mencionado artículo por la Ley 14/1996, de 30 de diciembre, de Cesión de Tributos. Dicho artículo 20.2.c) dice textualmente: «Del mismo porcentaje de reducción (95%) con el límite de 20.400.000 pesetas (límite para el año 2000) para cada sujeto pasivo y con el requisito de permanencia señalado anteriormente, gozarán las adquisiciones *mortis causa* de la vivienda habitual de la persona fallecida, siempre que los causahabientes sean cónyuge, ascendientes o descendientes de aquél, o bien pariente colateral mayor de sesenta y cinco años que hubiese convivido con el causante durante los dos últimos años anteriores al fallecimiento».

La reducción que contempla la Ley respecto de la vivienda habitual es exclusivamente para la transmisión *mortis causa*; en ningún caso se aplica a la transmisión *inter vivos* de la misma. Como señala POZUELO ANTONI ⁸⁹, «es la que tiene una mayor justificación social por evitar determinadas situaciones en las que, el cónyuge superviviente y sus hijos, debían soportar una considerable carga tributaria por el hecho de haber concentrado todo el ahorro familiar en la vivienda habitual».

El Real Decreto-Ley 3/2000, de 23 de junio, ha añadido un párrafo nuevo (el número nueve) al artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio. Así, estará exenta del Impuesto sobre el Patrimonio: «La vivienda habitual del contribuyente, según se define en el artículo 55.1.3.º de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, hasta un importe máximo de 25.000.000 de pesetas (150.253,03 euros)».

4.1. Concepto de vivienda habitual.

La Resolución 2/1999, de 23 de marzo, de la DGT, al tratar cuestiones relativas a la vivienda habitual, se remite al artículo 51 del Reglamento del IRPF, aprobado por el Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, para definir aquella. Dicho artículo establece lo siguiente: «1. Con carácter general se considera vivienda habitual del contribuyente la edificación que constituya su residencia durante un plazo continuado de, al menos, tres años. No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo el

⁸⁹ POZUELO ANTONI, F., Ob. cit., p. 80.

carácter de habitual cuando a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurran otras circunstancias que necesariamente exijan el cambio de domicilio, tales como celebración de matrimonio, separación matrimonial, traslado laboral, obtención del primer empleo, o cambio de empleo, u otras análogas justificadas».

Deberá probarse por quien solicite la reducción la condición de vivienda habitual del causante. Como apuntan TORRES CONEJO y REPISO LÓPEZ ⁹⁰, «desde el punto de vista de nuestro impuesto debe constituir la residencia del causante durante los tres años inmediatamente anteriores al fallecimiento. No concurriendo el requisito de permanencia, por traslado a nueva construcción, o cualquier otra causa, deberá justificarse por el contribuyente el carácter de vivienda habitual del causante aquella vivienda respecto a la que pretenda aplicar la reducción».

El medio de prueba más habitual será el certificado de empadronamiento emitido por el Ayuntamiento competente, si bien entendemos que podrá utilizarse cualquier medio de prueba que acredite suficientemente el carácter de vivienda habitual del causante.

Respecto a si pueden considerarse, a efectos de la reducción, en concepto de vivienda habitual otros elementos como trasteros o cocheras, habida cuenta de que a efectos del IRPF cabe deducción por la adquisición de plazas de garaje (máximo 2), siempre y cuando se adquieran en el mismo acto que la vivienda habitual, se encuentren en el mismo inmueble y su uso no esté cedido a terceros, los distintos autores que han tratado el tema consideran que no es posible extender a dichos elementos la reducción del 95 por 100. Así, AGUSTÍN TORRES ⁹¹ comenta que «a la espera de otra interpretación más benigna por la Administración, no creo que la reducción se extienda a los trasteros y aparcamientos situados fuera de los límites físicos de la finca (Resoluciones de la DGT de 7 y 11 de octubre de 1997)». En este mismo sentido, POZUELO ANTONI ⁹² apunta que «tal precepto (se refiere al artículo de la Ley del IRPF) centra el concepto de vivienda habitual en la edificación que constituya la residencia del sujeto pasivo. Por tanto, y con independencia de que, en determinados casos, los garajes, jardines o piscinas puedan dar derecho a la deducción en cuota en el IRPF, tal tipo de anexos no deben considerarse como vivienda habitual a los efectos del Impuesto sobre Sucesiones». En efecto, dada la estanqueidad entre los distintos tributos no es obstáculo que en el IRPF sí pueda deducirse. Parece claro que lo que el precepto trata de establecer es una disminución de la carga fiscal para un bien de primera necesidad como es una vivienda, aunque como luego señalaremos y dada la amplia interpretación del requisito de permanencia esto se haya diluido un tanto. En definitiva, la reducción se aplicará sobre el valor de la finca que sea vivienda habitual del causante.

¿Qué ocurre cuando la vivienda habitual esté formada por dos inmuebles que estén unidos físicamente pero que constituyen fincas registrales independientes? Entendemos que no hay ninguna manifestación en contra, ni en la Ley ni en la interpretación que posteriormente ha llevado a cabo

⁹⁰ TORRES CONEJO C. y REPISO LÓPEZ, F., Ob. cit., p. 61.

⁹¹ AGUSTÍN TORRES, C., Ob. cit., p. 106.

⁹² POZUELO ANTONI, F., Ob. cit., p. 81.

la Administración, ya que la única limitación que establece es cuantitativa para cada heredero (20.400.000 ptas. para el año 2000). La DGT en Resolución de 24 de noviembre de 1998 estimó aplicable la reducción para estos supuestos. En este caso, el consultante a la DGT era propietario de dos pisos que destinaba a vivienda habitual, los cuales se encontraban unidos físicamente aunque formando dos fincas independientes, teniendo cada uno de ellos entrada por diferentes portales que daban a distintas vías públicas, si bien la comunidad de propietarios era la misma. La respuesta de la DGT fue que sí era aplicable la reducción del 95 por 100. En este sentido, TORRES CONEJO y REPISO LÓPEZ ⁹³ señala que «en cuanto a la circunstancia de que la vivienda habitual está formada por dos inmuebles unidos físicamente, aunque constituyan fincas registrales independientes, no impediría la aplicación de la reducción puesto que no se establece limitación a las dimensiones que deba tener la vivienda. Se trata de una cuestión meramente de prueba cuya carga corresponde a quien pretenda el beneficio para las dos fincas registrales». Siguiendo este argumento, también será de aplicación si son más de dos las fincas registrales independientes cuando estén unidas físicamente.

Otro punto importante a tratar es que el concepto de vivienda habitual en el IRPF viene marcado por un espacio de tiempo en el que ha de habitarse la misma para poder ser considerada «habitual». En principio, debe reunir el requisito de «permanencia» del causante en la vivienda en el momento del fallecimiento, si bien podrían existir causas justificantes de esa «no permanencia» en el momento del fallecimiento, que podrían evitar la no aplicación de la reducción (piénsese en la persona mayor que por su estado de salud es ingresada en una residencia). Así, POZUELO ANTONI ⁹⁴ al tratar el tema señala que «situaciones problemáticas pueden ser [...] la no permanencia continuada en el momento del fallecimiento en la que, a efectos de IRPF y en años anteriores fue vivienda habitual (en cuyo caso no debería proceder la reducción por no ser tal vivienda habitual en el devengo del impuesto)».

4.2. Personas con derecho a la deducción y límite de la misma.

El artículo 20.2.c) reconoce el beneficio al cónyuge, ascendientes o descendientes de aquél, o bien pariente colateral mayor de 65 años que hubiese convivido con el causante durante los dos años anteriores al fallecimiento.

Se discutió en un primer momento de la aparición de la reducción, si el requisito de convivencia de dos años era predicable a todos, o bien, exigible únicamente al pariente colateral mayor de 65 años. La DGT e Inspección Tributaria de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía, en la Instrucción 6/1996 ya establecía que «el requisito de la convivencia con el causante se refiere, únicamente, al pariente colateral, no al resto de los causahabientes con derecho a reducción». En este sentido se manifestaron los autores que han tratado el tema. El requisito de con-

⁹³ TORRES CONEJO, C. y REPISO LÓPEZ, F., Ob. cit., p. 61.

⁹⁴ POZUELO ANTONI, F., Ob. cit., p. 81.

vivencia sólo es aplicable, pues, al pariente colateral (sin que se establezca límite en el grado de parentesco, cosa que sí ocurre en la transmisión de la empresa, negocio profesional o participaciones, que lo reduce hasta el tercer grado).

Por otro lado, al tratar las reducciones de la empresa, negocio profesional o participaciones en entidades, se refiere expresamente a «descendientes o adoptados» o «ascendientes o adoptantes». Sin embargo, al tratar la vivienda habitual sólo menciona a «descendientes o ascendientes». La Resolución 2/1999, de 23 de marzo, dice al respecto que «dado que la Ley cita a los ascendientes y descendientes en términos generales, debe aplicarse la reducción también en los casos de adquisición *mortis causa* de la vivienda habitual del causante por los adoptantes y los adoptados, sobre todo teniendo en cuenta que el artículo 108 del Código Civil dispone que la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena surten los mismos efectos conforme a las disposiciones del Código». (No hay que olvidar que la adopción ya no es plena o simple, aunque la Resolución siga hablando de adopción *plena*).

La norma además señala un límite de la reducción para cada sujeto pasivo con derecho a ella (para el año 2001 se fija en 20.400.000 ptas.). ¿Hay que entender que este límite va referido a la transmisión del 100 por 100 de la vivienda, de manera que la transmisión de un porcentaje menor llevaría aparejado la disminución de dicho límite en dicho porcentaje? Ernest DE AGUIAR ⁹⁵ considera que: «[...]; c) Entender que la reducción máxima de 20 millones de pesetas es la que corresponde a la transmisión de la totalidad de la vivienda habitual. Si la transmisión es parcial, la reducción máxima posible será la resultante de aplicar este porcentaje a la deducción máxima de 20 millones» (20.000.000 era la reducción máxima en 1998).

Por el contrario, AGUSTÍN TORRES ⁹⁶ dice que «como la Ley nos habla de varios sujetos pasivos en el IS, no hay requisito alguno de indivisibilidad y es claro que admite la posibilidad de transmisión por cuotas, siendo sujeto pasivo el adquirente de cada cuota con el límite de 20.000.000 de pesetas». En este mismo sentido, TORRES CONEJO y REPISO LÓPEZ ⁹⁷ señalan que «el límite es por sujeto pasivo; es decir, ningún sujeto pasivo con derecho a ella se podrá reducir una cantidad superior a 20.000.000 de pesetas, aunque en su base imponible se integre una cantidad mayor, y ello prescindiendo de la parte de vivienda habitual que se transmita *mortis causa*, así como de la que se pueda integrar en la base imponible del causahabiente». Creemos más acertada esta segunda interpretación que considera el límite referido a cada sujeto pasivo e independientemente de la cuota de la vivienda que se incluya en el caudal relicto y en la base imponible de cada causahabiente, y no, entender que el límite va referido al 100 por 100 de la vivienda de manera que habría que reducir dicha cantidad en función de la cuota incluida en el caudal relicto y de la adquirida por cada uno. De hecho el tenor literal del artículo 20.2.c) «... con el límite de 20.400.000 Ptas. para cada sujeto pasivo...».

⁹⁵ DE AGUIAR, E., Ob. cit., p. 181.

⁹⁶ AGUSTÍN TORRES, C., Ob. cit., p. 107.

⁹⁷ TORRES CONEJO, C. y REPISO LÓPEZ, F., Ob. cit., p. 62.

4.3. Magnitud sobre la que se aplica la reducción del 95 por 100.

A diferencia de lo que ocurre respecto de los otros supuestos de reducción por transmisión *mortis causa*, la Resolución 2/1999 de la DGT, al tratar el tema de la vivienda habitual vuelve a hacer mención a cuál es la magnitud sobre la que se debe aplicar el 95 por 100. El planteamiento es el mismo que plasmamos al tratar las cuestiones de carácter general. En el apartado 1.4.d) de la resolución mencionada se establece que «para aplicar el porcentaje del 95 por 100 del valor de la vivienda deben deducirse las cargas o gravámenes de naturaleza perpetua, temporal o redimible que aparezcan directamente establecidos sobre aquélla disminuyendo su valor, así como la parte proporcional de deudas y gastos generales que formen parte del caudal relicto». Las apreciaciones de los distintos autores sobre el tema ya fueron reflejadas anteriormente. No obstante, TORRES CONEJO y REPISO LÓPEZ⁹⁸ introducen una nueva apreciación al respecto, ya que apuntan que «las deudas generadas por la adquisición de la vivienda habitual (estén o no garantizadas con derecho real) que aunque en puridad llevan en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones el mismo régimen que cualquier otra deuda sí se pueden vincular al bien concreto, en cuanto generadas por su adquisición y si resultan deducibles es lógico que tengan incidencia en el importe de la reducción, lo mismo que tienen incidencia en el cálculo de la base imponible. Pero en tal caso se ha de deducir la totalidad de la deuda y no sólo la parte proporcional de la misma que pueda corresponder al valor de la vivienda respecto al resto de los bienes». Parten de la premisa de que no son partidarios de la deducción proporcional de deudas y gastos, aunque opinan que debería deducirse, en todo caso, la totalidad de la deuda generada en la adquisición de la vivienda a la hora de calcular el importe de la reducción. Desde nuestro punto de vista, caben básicamente dos opciones: considerar que procede una reducción proporcional de todas las deudas y gastos de la sucesión, o bien no aplicar ninguna reducción proporcional de esas deudas y gastos, y ello por una cuestión básica. Como recalca SÁNCHEZ CAÑETE⁹⁹, «de las deudas del causante responden todos los bienes y derechos del mismo que no se extinguen con su muerte (art. 659 C. Civil)». Por lo tanto, independientemente del origen de la deuda o deudas, frente al acreedor van a estar todos los bienes y derechos del causante para hacer frente al pago de aquéllas (art. 1.911¹⁰⁰ del C. Civil), por lo que la vivienda va a responder no sólo de la deuda originada en su adquisición, sino de todas las que dejara el causante, estén o no garantizadas con derechos reales sobre la misma.

4.4. Permanencia en el patrimonio de los adquirentes.

La Ley exige el requisito de mantener la adquisición de la vivienda habitual durante los diez años siguientes a la muerte del causante, salvo que falleciese el adquirente dentro de dicho plazo. ¿Cómo ha de interpretarse este requisito de permanencia? En un primer momento, la cuestión que

⁹⁸ TORRES CONEJO, C. y REPISO LÓPEZ, F., Ob. cit., p. 62.

⁹⁹ SÁNCHEZ CAÑETE, C., *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1988, p. 61.

¹⁰⁰ «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros».

surgió entre la doctrina fue que la Ley no había precisado en concepto de qué había de mantenerse dicha adquisición, es decir, si era necesario o no que la vivienda adquirida *mortis causa* pasara a ser vivienda habitual del adquirente. POZUELO ANTONI ¹⁰¹, ante esta cuestión, considera que parece que no es la voluntad del legislador que la vivienda adquirida sea la morada habitual de los adquirentes durante diez años; así, una interpretación conjunta y sistemática del límite de diez años con el período de tres años, que la legislación del IRPF exige para considerar habitual una vivienda, «llevaría a entender lograda la reducción cuando habiendo sido vivienda habitual durante tres años (o incluso menos si el hecho de dejar de serlo no es exclusivamente imputable al sujeto pasivo), la vivienda permaneciera en su patrimonio durante siete años más aunque no tuviera el carácter de habitual». Por su parte, Ernest DE AGUIAR ¹⁰² considera que el requisito debe ser interpretado muy restrictivamente de manera que la vivienda transmitida debería seguir siendo «la vivienda habitual de aquellos herederos que se han beneficiado de la reducción». TORRES CONEJO y REPISO LÓPEZ ¹⁰³ entienden que «no es imprescindible que la vivienda pase a ser la habitual del causahabiente», y en este mismo sentido se manifiesta AGUSTÍN TORRES ¹⁰⁴, que entiende que lo que se protege es la condición de vivienda habitual del causante en cuanto inversión socialmente útil que el difunto realizó, «sin que el adquirente venga obligado a seguir habitando habitualmente la misma» y estando «obligado solamente a mantenerla durante diez años en su patrimonio, seguramente para evitar especulaciones».

La DGT en la Resolución 2/1999, de 23 de marzo, mantiene esta interpretación: «La Ley únicamente habla de que la adquisición se mantenga durante los diez años siguientes al fallecimiento, pero no exige el destino de la misma como vivienda habitual del causahabiente». Con lo que la cuestión está suficientemente zanjada. Lo que hay que mantener es el bien concreto, la vivienda de que se trate, a diferencia de lo que ocurría en la empresa individual, negocios profesionales y participaciones en entidades donde la DGT sólo habla de mantener el «valor» y llega a admitir en determinadas condiciones, como analizamos anteriormente, la reinversión. En el caso de la vivienda habitual debe mantenerse la misma finca o fincas registrales que se incluían en la masa hereditaria, si bien no es necesario que lo sea en concepto de vivienda habitual de los causahabientes.

Otra cuestión distinta es, como señalamos en otro apartado, la interpretación que la Administración ha hecho de la aplicación de la reducción, en el sentido de que se practicará a todos los causahabientes que tengan derecho a ella en proporción a sus derechos hereditarios, independientemente de las adjudicaciones efectivas. Así, si en una herencia existe la vivienda habitual del causante y varios herederos con derecho a reducción que deciden adjudicarla a uno de ellos, esto supone que se hace depender el cumplimiento del requisito de permanencia únicamente de la persona que efectivamente se atribuya el bien. Si éste decide unilateralmente quebrantar la obligación de mantener la adquisición va a perjudicar a todos los demás causahabientes que se hubieran beneficiado de la reducción. En este sentido la consulta a la DGT de 12 de mayo de 2000, cuando señala que el mantenimiento sólo incumbe a los que hayan sido concretos adjudicatarios de los bienes o

¹⁰¹ POZUELO ANTONI, F., Ob. cit., p. 82.

¹⁰² DE AGUIAR, E., Ob. cit., p. 181.

¹⁰³ TORRES CONEJO, C. y REPISO LÓPEZ, F., Ob. cit., p. 63.

¹⁰⁴ AGUSTÍN TORRES, C., Ob. cit., p. 105.

derechos por los que disfrutó la reducción. Ahora bien, la misma consulta continúa diciendo que, derivado del principio de igualdad en la partición, se ha formado un «grupo de herederos» a los que el requisito de permanencia obliga conjuntamente, en la medida en que su mantenimiento a todos beneficia y su pérdida a todos perjudica. Con ello quiere decir que si se producen transmisiones entre los integrantes de ese grupo de herederos del bien que ha disfrutado de reducción no habría pérdida del derecho a la reducción practicada. Sólo en el caso de transmisión fuera de ese grupo llevaría aparejada la pérdida de la mencionada reducción. Esta interpretación, entendemos que se alejaba de la letra de la Ley, ya que no importa a quién se transmita el bien antes de cumplir el plazo de diez años para considerar incumplida la obligación de mantenimiento y, por ende, surgiría la obligación de reintegrar la cantidad dejada de ingresar más los intereses de demora.

Dicho criterio ha sido abandonado con posterioridad por la DGT, así en Consulta de 7 de marzo de 2001 se establece que tras la partición hereditaria, la transmisión que uno de los herederos hace de los bienes y derechos transmitidos, a los que les hubiese sido aplicada la reducción, supone el incumplimiento del requisito de permanencia exigido en el artículo 20.2.c) de la LISD, no resultando relevante distinguir según la transmisión se efectúe a favor de otro de los herederos o bien de un tercero.

Asimismo, si la adjudicación de la vivienda dio lugar a un proindiviso entre los distintos herederos porque se adjudicaron la vivienda entre ellos, si uno de los causahabientes adjudicatarios decide unilateralmente enajenar la porción que le hubiera correspondido en la vivienda entendemos que la pérdida de la reducción aplicada únicamente afectaría a dicho causahabiente que unilateralmente ha incumplido el plazo de diez años. En consulta de 20 de enero de 2000, la DGT, aunque refiriéndose a un caso de donación de participaciones, atisba esta solución cuando dice que «si por el contrario y como consecuencia de la donación se hubiese constituido un proindiviso entre dos o más donatarios sobre participaciones exentas, el mantenimiento o pérdida de la reducción surtiría efectos de forma separada e individualizada para cada donatario según que, respectivamente, se cumplieren o no los requisitos exigidos por el artículo 20.6».

5. TRANSMISIÓN *INTER VIVOS* POR DONACIÓN, O TÍTULO EQUIPARABLE, DE LA EMPRESA INDIVIDUAL, NEGOCIO PROFESIONAL Y PARTICIPACIONES EN ENTIDADES

En las adquisiciones por donación o título equiparable, a diferencia de las adquisiciones *mortis causa*, en la LISD se hacía coincidir la base imponible con la liquidable en todo caso. No había posibilidad de aplicar ninguna reducción, salvo el supuesto previsto en la disposición final primera referente a las adquisiciones de explotaciones agrarias y los beneficios de que son objeto, recogidos anteriormente por la Ley 49/1981 y actualmente por la Ley 19/1995 (ambas las analizaremos con posterioridad al hablar de las explotaciones agrarias). Así, el artículo 20.5 de la LISD dispone que «en las adquisiciones por título de donación o equiparable la base liquidable coincidirá, en todo caso, con la imponible, salvo lo dispuesto en la disposición final primera».

Ahora bien, la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, introdujo el apartado 6 del citado artículo, que dice textualmente: «No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, 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 de Patrimonio, se aplicará una reducción en la base imponible para determinar la liquidable del 95 por 100 del valor de la adquisición, [...]». Un primer punto a analizar es la exigencia de un requisito idéntico al ya tratado en las transmisiones *mortis causa* respecto de la empresa individual, negocio profesional y participaciones en entidades «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 de Patrimonio». Será necesario cumplir los requisitos ya expuestos en otros epígrafes del trabajo y que por tanto no vamos a reiterar ahora (mayor fuente de renta, ejercicio habitual, personal y directo, ejercicio efectivo de funciones de dirección...) para poder aplicar la reducción en la base imponible.

Otra cuestión previa a tratar, antes de analizar las condiciones que deben cumplir los donantes y donatarios, es la mención que hace el precepto a la «transmisión de **participaciones** *inter vivos*[...] de una empresa individual, un negocio profesional o de participaciones en entidades». ¿A qué se refiere cuando habla de participaciones? Ernest DE AGUIAR ¹⁰⁵ dice al respecto que merece por méritos propios la calificación de confuso, como mínimo. En efecto, la introducción del término participaciones no parece tener buen encaje en la norma. La Resolución 2/1999 de la DGT trata de aclarar la redacción del artículo cuando dice que abarca aquellos supuestos de comunidades de bienes en las que un comunero puede transmitir a título lucrativo e *inter vivos* su participación en una empresa individual o negocio profesional.

Dicho esto, de las tres condiciones exigidas en el artículo 20.6, dos están dirigidas al donante y una al donatario. Así, el mencionado artículo continúa diciendo: «[...] 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.

La incapacidad permanente, en grado de absoluta o gran invalidez, supone la inhabilitación para toda profesión u oficio. Será necesario acreditarlo ante la Administración mediante certificado en que se reconozca la incapacidad por la Seguridad Social o por las entidades que le sustituyan en las Comunidades Autónomas. ¿Qué ocurre en las donaciones efectuadas por ambos cónyuges cuyo régimen económico matrimonial es la sociedad de gananciales y sólo uno de los cónyuges es mayor de 65 años? La Resolución 2/1999 establece qué debe hacerse en estos casos. Partiendo de que el artículo 38 del RISD establece que «en la donación por ambos cónyuges de bienes o derechos comunes de la sociedad conyugal se entenderá que existe una sola donación», la DGT entiende que en el caso de donación de bienes comunes de la sociedad conyugal, basta con que uno de los cónyuges tenga la edad de 65 años para poder aplicar la reducción. Siguiendo esta misma línea interpretativa,

¹⁰⁵ DE AGUIAR, E., Ob. cit., p. 156.

añade que en la donación por ambos cónyuges de una empresa individual de carácter ganancial, basta con que uno de los cónyuges realice de forma personal, habitual y directa la actividad empresarial para poder aplicar la reducción. En este mismo sentido se ha manifestado en otras consultas, como la de 10 de mayo de 2000, en que se establece que la donación tanto por parte del sujeto pasivo como de su cónyuge, a favor de descendientes disfrutará de la reducción. No obstante, entendemos que, muy razonablemente, TORRES CONEJO y REPISO LÓPEZ ¹⁰⁶ consideran que si bien en la donación de bienes comunes no es imprescindible que ambos cónyuges tengan 65 o más años «sí debería serlo que el requisito de la edad concurra en el cónyuge que ejerza la actividad».

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.

Al decir la norma que «si el donante», parece dejar claro que no es necesario venir ejerciendo funciones de dirección por parte de éste. También en el caso de que la donación sea de bienes comunes al matrimonio la Resolución 2/1999 recuerda que los dos cónyuges deben dejar el ejercicio de las funciones de dirección, así como de percibir remuneraciones por el ejercicio de las mismas en el caso de que vinieran desarrollándolas (aunque puede ocurrir que sólo uno de los dos, y que no sea el mayor de 65 años, ejerciera dichas funciones de dirección). La mera pertenencia al Consejo de Administración no se entiende comprendida entre las funciones de dirección, siempre y cuando esa mera pertenencia no lleve aparejada una efectiva intervención en las decisiones de la empresa. Decíamos anteriormente que para que las participaciones en entidades gocen de exención en el IP es necesario entre otros requisitos ejercer funciones de dirección efectivas en el seno de la entidad, aclarando a este respecto el Real Decreto 1704/1999 que se considerarán funciones de dirección, entre otros supuestos, ser miembro del Consejo de Administración, ahora bien, añadiendo a continuación que siempre que el desempeño de ese cargo suponga una efectiva intervención en las decisiones de la empresa. Por lo que, en consecuencia con lo expuesto, la mera pertenencia al Consejo de Administración sin llevar a cabo la mencionada «efectiva intervención en las decisiones» no puede ser considerada lógicamente como funciones de dirección, con lo que no se ve contradicción entre el artículo 20.6.b) *in fine*, y el Real Decreto 1704/1999.

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.

El requisito de mantenimiento, como ya hemos comentado en relación con los distintos supuestos vistos, se ha interpretado por la Administración en el sentido de mantener el «valor» de lo adquirido y no en la necesidad de mantener la titularidad de todos y cada uno de los bienes adquiridos.

¹⁰⁶ TORRES CONEJO, C. y REPISO LÓPEZ, F. Ob. cit., p. 71.

Así, en consulta de 1 de septiembre de 1998 en la que una persona pretende donar a sus hijos su empresa y pregunta acerca de si perderá la reducción si los hijos constituyen una sociedad mercantil para continuar con la explotación, la DGT decía «[...] Cuando el precepto habla de que se mantenga la adquisición durante los diez años siguientes [...] está haciendo referencia a que se mantenga el valor de la misma. [...] siempre y cuando la aportación de las participaciones en la empresa por los hijos a una sociedad mercantil de nueva creación no suponga una minoración del valor de la adquisición que obtengan por la donación de su padre, los donatarios no perderían la reducción practicada, cumpliéndose pues el requisito exigido en la Ley de mantenimiento de la adquisición».

En otra consulta de 1 de octubre de 1997 se trata un tema de especial importancia en Andalucía, y creemos que en la mayor parte de España, como es el de las explotaciones agrarias. Se plantea una persona la posibilidad de donar una actividad agrícola (finca con explotación de un olivar) a sus descendientes, aplicando la reducción del 95 por 100 y constituyendo los donatarios con posterioridad una comunidad de bienes para continuar con la explotación. La DGT contestaba en los siguientes términos: [...] hay que tener en cuenta que ya existiría un condominio entre los donatarios como consecuencia de la donación y ello porque el artículo 392 del CC dispone que «hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas». No obstante, la voluntad de continuar en la explotación conjunta de la actividad empresarial es la que determina que dicha comunidad de bienes deba tributar por el ITP y AJD por la modalidad de operaciones societarias. En este sentido, el artículo 22 del TRITP y AJD, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, establece: A los efectos de este impuesto se equiparan a las sociedades: 4º. La Comunidad de bienes constituida por actos *inter vivos*, que realice actividades empresariales [...]. Y por otra parte, el artículo 60 del Reglamento de este impuesto, aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, dispone en su apartado primero: «1. Cuando en los documentos o escrituras que documenten la adquisición proindiviso de bienes por dos o más personas se haga constar la finalidad de realizar con los bienes adquiridos actividades empresariales, se entenderá a efectos de la liquidación por el impuesto que, con independencia de la adquisición, existe una convención para constituir una comunidad de bienes sujeta a la modalidad de operaciones societarias». Por este hecho los donatarios no dejan de cumplir el requisito de «mantenimiento de la adquisición» exigido en el artículo 20.6 de la Ley 29/1987, y no perderán, en principio la reducción.

El plazo de diez años, según el precepto legal, deberá computarse a partir del otorgamiento de la escritura pública de donación, dando a entender la norma que para el cómputo de los diez años es necesario el otorgamiento de documento público aunque la normativa civil o mercantil no lo requiera (sólo en el caso de donación de bienes inmuebles será necesario otorgar escritura pública, de conformidad con el art. 633 del CC. «Para que sea válida la donación de cosa inmueble, ha de hacerse en escritura pública...»). Pero, posteriormente, la Resolución 2/1999 de la DGT apuntó lo contrario: «La escritura pública no es exigible en aquellos supuestos en que la legislación civil o mercantil no lo exija como requisito de validez. Por tanto, debe interpretarse que cuando no lo exija la norma sustantiva correspondiente no es necesario la formalización del negocio en escritura pública». Añadiendo a continuación: «En relación con lo anterior, el artículo 48.2 del Reglamento del Impuesto sobre las Sucesiones y Donaciones establece que, en las adquisiciones que tengan su causa en una donación o en otros negocios jurídicos a título lucrativo e *inter vivos* incorporados a un documento privado,

el plazo de prescripción comenzará a contarse a partir del momento en que, conforme al artículo 1.227¹⁰⁷ del Código Civil, la fecha del documento surta efectos frente a terceros». Si la donación se incorpora a un documento privado, ¿podrá alegarse cualquier medio de prueba a efectos de hacer valer el transcurso de los diez años desde que tuvo lugar la donación? TORRES CONEJO y REPISO LÓPEZ¹⁰⁸ consideran que si la donación se hace por documento privado, el plazo de los diez años comenzaría a computarse desde el momento de la adquisición por el donatario siempre que pudiera demostrar la adquisición por cualquier medio de prueba admitido en derecho. Entendemos que una interpretación conjunta del artículo 20.6 de la LISD, así como del artículo 48.2 del RISD, llevaría a la conclusión de que una donación realizada en documento privado sólo podría cumplir con el plazo de los diez años desde el día en que se diera uno de los tres supuestos del artículo 1.227 del CC, pero si no, aunque la donación fuera válida en dicho documento privado, para la Administración, como tercero que es, no podría afectarle el paso del plazo indicado. Así, únicamente en el supuesto en que se entregara a un funcionario público por razón de su oficio, falleciese uno de los firmantes del documento o se inscribiera en un registro público, podría computarse el plazo de los diez años y desde ese día en que se produjera cualquiera de las circunstancias mencionadas.

Pero además, en las transmisiones *inter vivos*, ese plazo de mantenimiento de lo adquirido durante diez años lleva aparejada la obligatoriedad de que los donatarios gocen de exención en el IP, de manera que si perdieran la misma, perderían el beneficio en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. En cuanto al supuesto en que haya desmembración del dominio y sus efectos respecto del cumplimiento de este requisito que estamos analizando por parte del nudo propietario o usufructuario, nos remitimos al epígrafe 6.4.

La consecuencia que lleva aparejada el incumplimiento de la obligación analizada la apunta la LISD: «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».

6. OTRAS CUESTIONES DE INTERÉS

Analizaremos a continuación diversas cuestiones sobre el tema que estamos tratando en este trabajo, como es el intento de conciliación de los distintos devengos del IP y del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, la aplicación de beneficios en la explotación agrícola, la acumulación de donaciones o el desmembramiento del dominio y sus efectos respecto a las bonificaciones.

¹⁰⁷ «Artículo 1.227. La fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio».

¹⁰⁸ TORRES CONEJO, C. y REPISO LÓPEZ, F., Ob. cit., p. 68.

6.1. Conciliación del distinto devengo del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y del Impuesto sobre el Patrimonio.

Tanto en las transmisiones *mortis causa* como *inter vivos* que hemos ido analizando, la normativa que regula las condiciones para la aplicación de las reducciones remite a la LIP para ver si gozan de exención en dicho impuesto. La mencionada remisión hace surgir la duda de cuándo debe entenderse que han de cumplirse los requisitos de la exención del IP, ya que puede optarse por considerar que los requisitos han de cumplirse en la fecha de devengo del impuesto que grava la sucesión o transmisión *inter vivos* o bien por la fecha de devengo del impuesto patrimonial.

El IP de conformidad con el artículo 29 de la LIP se devengará el 31 de diciembre y afectará al patrimonio que el sujeto pasivo tenga en esa fecha. Por su parte, la LISD establece en el artículo 24 que en las adquisiciones por causa de muerte el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante o cuando adquiriera firmeza la declaración de fallecimiento del causante, conforme al artículo 196 del Código Civil; en el caso de transmisiones lucrativas *inter vivos* el impuesto se devengará el día en que se cause o celebre el acto o contrato. El problema surge si el fallecimiento o la donación o título equiparable acontecen en un día distinto al 31 de diciembre.

En primer lugar, y respecto de **las transmisiones *mortis causa***, la Resolución 2/1999, de la DGT ha sentado los siguientes criterios: «Determinación de la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio a los efectos de aplicar la reducción en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones cuando el fallecimiento tenga lugar en un día distinto al 31 de diciembre y, por tanto, no exista devengo del primer tributo. Período al cual hay que referir la comparación de rentas que exige el punto dos del apartado octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991.

Cuando el fallecimiento del causante ocurra en una fecha distinta al 31 de diciembre, no es necesario esperar al 31 de diciembre, momento en que se produce el devengo del Impuesto sobre el Patrimonio correspondiente a ese año, para poder aplicar la reducción en otro Impuesto diferente y de devengo instantáneo. Por lo tanto, dado que las reducciones se aplican en la fecha del devengo del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, si se cumplen en dicha fecha todos los requisitos exigidos para poder disfrutar de la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio, podrán aplicarse las reducciones en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. En conclusión, **hay que atender a la fecha de devengo del propio Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones para poder aplicar las reducciones**, y ello con independencia de que el 31 de diciembre anterior se tuviera o no derecho a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio.

En cuanto al requisito exigido por el artículo 4.octavo.dos de la Ley 19/1991, de que el sujeto pasivo, por las funciones de dirección ejercidas, perciba una remuneración que represente más del 50 por 100 de la totalidad de sus rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal, habrá que atender a los rendimientos percibidos durante el último período impositivo; en concreto, en el supuesto de sucesión *mortis causa*, habrá que atender, en principio, al período comprendido entre el primer día del año y la fecha de fallecimiento, que es el que coincide con el ejercicio impositivo del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del causante».

Queda sentado el criterio de que habrá que estar a la fecha del devengo del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, del todo lógico si tenemos en cuenta que se está aplicando, en definitiva, una reducción del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Posteriormente, la DGT ha confirmado dicho criterio en consulta de 19 de junio de 2000, al manifestar que el momento en que debe apreciarse la concurrencia o no de las circunstancias exigidas no puede ser otro que el del devengo del impuesto sucesorio. En ese momento habrá de determinarse si se cumplen los requisitos exigidos para la previa exención en el Impuesto sobre el Patrimonio, con la salvedad del cumplimiento de la condición referida al nivel de remuneraciones exigido en la que, como consecuencia de la producción de un período impositivo «cortado» por razón de la muerte del causante, habrán de tomarse en cuenta los rendimientos producidos durante el período comprendido entre el primer día del año y la fecha de fallecimiento. Este planteamiento sentado por la Administración, y en lo relativo al porcentaje de los rendimientos obtenidos, no ha tenido en cuenta que, en el caso de transmisión de participaciones en entidades, el requisito referente a al renta obtenida no sólo lo puede cumplir el causante, sino también cualquiera de los integrantes del «grupo familiar», con lo que si la persona que cumple el requisito no ha fallecido, el período impositivo no se habrá interrumpido. La cuestión que surge es la siguiente: ¿en estos casos en que no hay interrupción, habrá de tenerse en cuenta la renta obtenida por la persona integrante de ese «grupo de parentesco» en el ejercicio inmediatamente anterior al año en que se produzca el fallecimiento del causante o podremos prorratear la del año en que se produce el fallecimiento? Consideramos más acertado acudir a la renta obtenida en el ejercicio inmediatamente anterior al año en que se produzca el fallecimiento y ello por dos razones.

Por un lado, es el criterio sentado por la DGT, como analizaremos posteriormente, en los supuestos de transmisiones lucrativas *inter vivos*. Así, en el apartado 2.1.e de la Resolución 2/1999, establece que: «[...]dado que en los supuestos de donación no se interrumpe el período impositivo, a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, para el cómputo de las rentas, habría que atender al último período impositivo anterior a la donación», y si bien no está previsto para las transmisiones *mortis causa* consideramos que sí hay identidad de fondo sobre la cuestión que estamos analizando. Además, con fecha 25 de abril de 2000, se planteó una consulta sobre esta cuestión y la DGT contestó que dado que la persona que ejerce las funciones directivas resulta ser distinta a la fallecida, y, en consecuencia, no se produce interrupción del período impositivo «habrá que estar a los datos correspondientes al ejercicio anterior, [...]», considerando por tanto que es la renta del ejercicio inmediatamente anterior al fallecimiento la que debe ser tenida en cuenta a efectos del cómputo exigido normativamente.

Por otro lado, nos inclinamos por esta solución dada la dificultad práctica que muchas veces lleva aparejado tener que acudir a la renta obtenida en el mismo año en que se produce el fallecimiento cuando éste ocurre en los primeros días del año. Si bien este último inconveniente invitaría a considerar que el cálculo del porcentaje de la renta habría que referirlo al ejercicio inmediatamente anterior al año en que se produce el fallecimiento, independientemente de quién sea la persona que ha de cumplir el requisito (causante o persona del «grupo familiar»). Ernest DE AGUIAR¹⁰⁹ considera más razonable que el requisito de exención en el Impuesto sobre el Patrimonio debería ir referido al «31 de diciembre anterior al fallecimiento, lo que no excluye que los porcentajes de participación mínimos exigibles deban cumplirse, también, en la fecha del fallecimiento».

¹⁰⁹ DE AGUIAR, E., Ob. cit., p. 166.

En segundo lugar, y respecto de **las transmisiones lucrativas *inter vivos*** y para la conciliación del devengo, la Resolución de la DGT establece que «tal y como se expuso anteriormente, el requisito del porcentaje familiar de control debe cumplirse en el momento del devengo del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. No obstante, dado que en los supuestos de donación no se interrumpe el período impositivo, a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, para el cómputo de las rentas, habría que atender al último período impositivo anterior a la donación». Con lo que el problema que surge respecto de las transmisiones *mortis causa* ya expuestas no tiene lugar aquí.

6.2. Acumulación de donaciones.

La Ley 29/1987 prevé en su artículo 30¹¹⁰ un mecanismo para evitar la pérdida de progresividad del impuesto referido a la acumulación de donaciones y demás transmisiones *inter vivos* equiparables, ya sean entre sí por un plazo de tres años cuando exista un mismo donante y un mismo donatario, ya sean acumulando las donaciones a la sucesión causada por el donante a favor del donatario, en este caso en un plazo de cuatro años (nuevo plazo señalado por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre). La redacción transcrita en nota al pie se debe a la Ley 14/1996, de 30 de diciembre, aplicable desde 1 de enero de 1997, y supone un cambio en la forma de llevar a cabo las acumulaciones. Actualmente se calcula el tipo medio de gravamen aplicable al montante formado por los bienes actualmente transmitidos, más el de los que fueron objeto de donación y demás transmisiones *inter vivos* equiparables (en los cuatro o tres años anteriores dependiendo del caso ante el que este mos). Una vez calculado el tipo medio efectivo se aplicaría sobre la base integrada por el montante de los bienes que son objeto de transmisión actual. ¿Cómo afectaría esto a las reducciones aplicadas en las donaciones y otros negocios equiparables que ahora se acumulan?

AGUSTÍN TORRES¹¹¹, siguiendo en su planteamiento a POZUELO ANTONI¹¹², basándose en que es preciso que en la base imponible esté incluido el valor de la empresa, las participaciones o la vivienda habitual, y dado que el mecanismo previsto en el artículo 30 que hemos descrito anteriormente no supone una integración de aquéllas en la base imponible de la sucesión, concluye señalando que «por tanto, en los supuestos de acumulación de este tipo de bienes a la herencia no procederá la aplicación de la reducción».

¹¹⁰ «Artículo 30. Acumulación de donaciones. 1. Las donaciones y demás transmisiones *inter vivos* equiparables que se otorguen por un mismo donante a un mismo donatario dentro del plazo de tres años, a contar desde la fecha de cada una, se considerarán como una sola transmisión a los efectos de la liquidación del impuesto. Para determinar la cuota tributaria se aplicará, al valor de los bienes y derechos actualmente transmitidos, el tipo medio que correspondería al valor de la totalidad de los acumulados.
2. Lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de la determinación de la cuota tributaria, será igualmente aplicable a las donaciones y demás transmisiones *inter vivos* equiparables acumulables a la sucesión que se cause por el donante a favor del donatario, siempre que el plazo que medie entre ésta y aquéllas no exceda de cuatro años.
3. A estos efectos se entenderá por totalidad de los bienes y derechos acumulados, los procedentes de donaciones y demás transmisiones *inter vivos* equiparables anteriores y los que son objeto de la transmisión actual».

¹¹¹ AGUSTÍN TORRES, C., Ob. cit., p. 97.

¹¹² POZUELO ANTONI, F., Ob. cit., p. 65.

Desde esta perspectiva tendríamos la siguiente solución:

3

Ejemplo:

El Sr. «A» dona a su hijo «B» su empresa valorada en 10.000.000 de ptas. el 24 de octubre de 1998.

«A» fallece el 12 de diciembre de 2000, instituyendo como único heredero a su hijo «B» y dejando la vivienda habitual valorada en 20.000.000 de ptas. y una cuenta corriente con un saldo de 9.000.000 de ptas.

Por la liquidación de la donación (suponiendo que se daban los requisitos para aplicar la reducción a 24 de octubre de 1998) se aplicaría la reducción del 95 por 100 de manera que: $10.000.000 \times 95\% = 9.500.000$; luego a una base liquidable de 500.000 al 7,65% resultaría una cuota de 38.250 ptas.

Por la sucesión (se aplica la reducción por vivienda habitual y prescindimos del ajuar): $20.000.000 + 9.000.000 + 10.000.000$ (correspondiente a la acumulación, pero sin aplicar la reducción a que tuvo derecho en su momento según la interpretación anterior) = 39.000.000.

Reducción por vivienda habitual : $20.000.000 \times 95\% = 19.000.000$.

Base liquidable obtenida : $39.000.000 - 19.000.000 - \text{reducción por parentesco}$.

Al resultado anterior le calcularíamos el tipo medio efectivo de gravamen y posteriormente lo aplicaríamos sobre el conjunto de bienes y derechos transmitidos en la sucesión: $20.000.000 + 9.000.000 - 19.000.000 = 10.000.000$.

Entendemos que con esta interpretación no se consigue el fin que precisamente persiguen las medidas fiscales que analizamos, que no es otro que la protección de la pequeña y mediana empresa. Desde una interpretación finalista, que en definitiva es la que debe primar al aplicar dichas medidas, creemos que si en las donaciones que ahora son acumulables, como en el ejemplo anterior, era de aplicación la reducción porque concurrían los requisitos para ello, debe mantenerse la misma y por tanto acumular a efectos del cálculo del tipo medio efectivo de gravamen, la base liquidable de la donación. Con esta solución se salva por un lado la progresividad del impuesto, que es para lo que se creó el artículo 30 (ya que si no se hubiese donado y formara parte de la sucesión la empresa gozaría de reducción), y por otro, la finalidad de las reducciones, que es en definitiva de lo que se trata, interpretación defendida por TORRES CONEJO y REPISO LÓPEZ ¹¹³, por lo que en el ejemplo antes propuesto habría que acumular 500.000, y no 10.000.000 a efectos del cálculo del tipo medio efectivo de gravamen.

¹¹³ TORRES CONEJO, C. y REPISO LÓPEZ, F., *Ob. cit.*, p. 64.

6.3. Transmisión de las explotaciones agrícolas.

La protección de las explotaciones agrícolas no es una novedad en nuestro Ordenamiento Jurídico. La importancia que ha tenido y tiene la agricultura en España no es un dato novedoso, y más aún en la Comunidad Autónoma de Andalucía, donde adquiere especial relevancia.

En la actualidad es la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, la que establece una serie de beneficios a las mismas. Como recuerda la Exposición de Motivos, en el nuevo contexto de mercados, mucho más abierto, la agricultura ha de enfrentarse a un nuevo proceso de adaptación, siendo el objetivo de la norma corregir los desequilibrios y las deficiencias estructurales que condicionan la competitividad de las explotaciones agrarias, de modo que la agricultura española pueda afrontar la creciente liberalización de mercados.

Con anterioridad a la Ley 19/1995, fue la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, del Estatuto de la Explotación Familiar y de los Agricultores Jóvenes, la que establecía beneficios a las explotaciones agrícolas, siendo derogada por aquella. No obstante, nos podemos remontar más atrás en el tiempo para encontrar beneficios fiscales a la transmisión de las explotaciones agrícolas, como el Decreto-Ley 8/1966, de 3 de octubre y la Orden de 17 de diciembre de 1966 que desarrollaba al anterior.

Volviendo a la Ley 19/1995, que es la vigente en la actualidad, ésta prevé los beneficios fiscales en su Capítulo II (arts. 8 al 15). Para el caso de transmisión por cualquier título oneroso o lucrativo, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, de una explotación agraria en su integridad, la bonificación sería del 90 por 100 de la base imponible o del 100 por 100 en caso de continuar con la explotación el cónyuge superviviente. En el caso de que la transmisión se realice para completar bajo una sola linde la superficie suficiente como para construir una explotación prioritaria, lo que se establece es la exención de la transmisión. Además, y para el caso de transmisión parcial de explotaciones agrarias, se aplica una reducción del 75 por 100 en la base imponible de las transmisiones.

Pero en todos los casos no hay que olvidar que los beneficios giran en torno a que las explotaciones agrarias tengan la consideración o adquieran la consideración de prioritarias, además de establecer el requisito de no transmitir lo adquirido en un plazo de cinco años.

En el artículo 20 de la mencionada Ley 19/1995, bajo el epígrafe de «beneficios especiales», se incrementan los porcentajes de reducción para el supuesto de agricultores jóvenes o asalariados agrarios, distinguiendo dos supuestos:

- a) Para el caso de primera instalación en una explotación prioritaria, ya sea la transmisión o adquisición por título oneroso o lucrativo, *inter vivos* o *mortis causa*, del pleno dominio o del usufructo; y,
- b) Para el supuesto de la transmisión o adquisición realizada durante los cinco años siguientes a su primera instalación.

En cada caso las reducciones establecidas en los artículos 9 y 11 (90% y 75% respectivamente) se incrementarán en 10 puntos porcentuales. Por lo que para agricultores jóvenes o asalariados agrarios que se encuentren en el caso a) la reducción alcanza el 100 por 100 del valor de las explotaciones agrarias.

Además se establece la exención del gravamen de Actos Jurídicos Documentados para las primeras copias de escrituras públicas que documenten la constitución, modificación o cancelación de préstamos hipotecarios sujetos al IVA cuando se concedan a agricultores jóvenes o asalariados agrarios para facilitar su primera instalación en una explotación prioritaria.

Una vez analizados someramente los beneficios de la Ley 19/1995, la cuestión que surge a continuación no es otra que la posible compatibilidad de aquéllos con la reducción que establece el artículo 20 de la LIS, habida cuenta de la inclusión de las explotaciones agrarias en el presupuesto de hecho del mencionado artículo (ya se exploten las mismas a través de una entidad, o bien como una actividad económica de forma personal). Entendemos que el interesado deberá optar por una u otra reducción, y no ya sólo atendiendo al mayor o menor beneficio al que se opta, sino también teniendo en cuenta cuáles de los requisitos exigidos por la ley se cumplen por aquél.

En este sentido se manifiesta la DGT en la Resolución 2/1999: «Las reducciones previstas en la Ley 29/1987 son claramente incompatibles con las establecidas en la Ley 19/1995 de Modernización de las Explotaciones Agrarias; estas últimas son más específicas y se aplican en supuestos más concretos. Por otra parte, coinciden algunos hechos impositivos que determinarían, la aplicación de dos reducciones para un mismo supuesto de hecho. Ello significa que se aplicarán unas u otras, según la opción de los interesados, de manera que un mismo bien no dé lugar a dos reducciones».

6.4. Desdoblamiento del derecho de propiedad (usufructo y nuda propiedad).

Cuando la desmembración del dominio tenga lugar como consecuencia de una **transmisión mortis causa**, dado que tanto el nudo propietario como el usufructuario tan sólo han de mantener el valor de lo adquirido por un período de diez años, sin que se exija que gocen de exención en el Impuesto sobre el Patrimonio por ese lapso de tiempo, la bonificación podrá aplicarse tanto a uno como a otro. Aunque no existía duda al respecto, se incluyó por la Ley 66/1997 la frase «o de derechos de usufructo sobre los mismos» en el artículo 20.2.c). Puede interpretarse esta inclusión tanto en el sentido de considerar que hace referencia a los derechos de usufructo que van a surgir *ex novo* como consecuencia de la transmisión *mortis causa* (no hacía falta la inclusión, pues ya se aplicaba la reducción sobre los mismos sin esa referencia legal), como en el que hace referencia a los derechos de usufructo que transmite el causante, y de los que fuera titular sobre empresas, negocios profesionales o participaciones en entidades. Ahora bien, los únicos derechos de usufructo que puede transmitir una persona a su muerte son los de carácter temporal y no los vitalicios, ya que estos últimos se extinguen a su muerte y no tiene lugar la transmisión de los mismos. La única explicación que se me ocurre, para que se haya incluido la expresión «o de derechos de usufructo sobre los mismos» y que dicha inclusión tenga un significado real, habida cuenta de lo señalado hasta ahora, es

que se refiera a los derechos de usufructo de caŕcter temporal ¹¹⁴ de los que fuera titular el causante y que fueran transmisibles, y que recayeran sobre participaciones en entidades. Y ello, ¿por qú?, pues simplemente porque para poder aplicar la reducci3n es necesaria la previa exenci3n en el Impuesto sobre el Patrimonio pero, como expusimos antes, la exenci3n en el IP en caso de desmembraci3n del dominio le corresponde, en las participaciones en entidades, al nudo propietario y no al usufructuario. Si bien ́sta es una interpretaci3n un tanto arriesgada, por lo que podŕa decirse que introducir esa salvedad en la Ley s3lo ha producido un elemento ḿs de distorsi3n. En este mismo sentido se ha manifestado Ernest DE AGUIAR ¹¹⁵ cuando dice que la referencia que hace la Ley hay que entenderla dirigida «a los usufructos temporales no vinculados al causante, que hasta el 1 de enero de 1998 no teńan derecho a la bonificaci3n (en el caso de participaciones en entidades), por no tenerlo a la exenci3n en el Impuesto sobre el Patrimonio. Aunque tambi3n puede suceder que sea simplemente el reflejo de una confusi3n: haber pensado que la adquisici3n de un usufructo, consecuencia del desmembramiento de la propiedad de un bien transmitido por causa de muerte, no teńa derecho a la bonificaci3n en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones».

Por otro lado, el importe de la reducci3n a que tendŕa derecho cada uno, entendemos que debe ser el que corresponda al nudo propietario y usufructuario en relaci3n con los porcentajes que representen sus derechos sobre el valor total del bien. Esto es muy importante dado el mecanismo establecido por el art́culo 51 ¹¹⁶ del Real Decreto 1629/1991, al liquidar los derechos de nuda propiedad y usufructo.

¹¹⁴ BENÍTEZ DE LUGO Y GUILLÉN, F. en su obra *El Impuesto sobre las Sucesiones y sobre las Donaciones*, Editorial Comares, Granada, 1992, apunta en la ṕgina 373: «[...] como señaala Castán, hay las siguientes excepciones al caŕcter personal y vitalicio del usufructo: [...] b) Cuando se constituye por un ńmero determinado de ańos. ¿Y qú ocurre si el usufructuario fallece antes de cumplirse el plazo? NAVARRO AMANDI y SÁNCHEZ ROMÁN afirman la extinci3n del usufructo; MANRESA, la pervivencia del mismo, y SCAEVOLA, VALVERDE y CASTÁN adoptan una posici3n ecl3tica afirmando la pervivencia del usufructo si en el t́tulo de constituci3n aś se pact3 expresamente. Es ́ste el criterio mantenido por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 1 de octubre de 1919, al entender que el usufructo es un derecho eminentemente personal por su naturaleza, extingible por la muerte del usufructuario, a no ser que por excepci3n el t́tulo constitutivo autorice su transmisi3n a ulteriores personas». Asimismo, PEÑA ALONSO, J.L. en su obra *Las adquisiciones por herencia y donaci3n sujetas al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, Marcial Pons, Ediciones Juŕdicas, Madrid, 1992, indica en la ṕgina 50: «[...] la intransmisibilidad derivaŕa del t́tulo constitutivo o de lo pactado posteriormente por las partes».

¹¹⁵ DE AGUIAR, E., Ob. cit., p. 151.

¹¹⁶ «Art́culo 51.1. Al adquirirse los derechos de usufructo, uso y habitaci3n se giraŕa una liquidaci3n sobre la base del valor de estos derechos, con aplicaci3n, en su caso, de la reducci3n que corresponda al adquirente seǵn lo dispuesto en el art. 42 de este reglamento. 2. Al adquirente de la nuda propiedad se le giraŕa una liquidaci3n teniendo en cuenta el valor correspondiente a aqúella, minorado, en su caso, por el importe de la reducci3n a que tenga derecho el nudo propietario por su parentesco con el causante, seǵn las reglas del citado art. 42 y con aplicaci3n del tipo medio efectivo de gravamen correspondiente al valor íntegro de los bienes. A estos efectos, el tipo medio efectivo de gravamen se calculará dividiendo la cuota tributaria correspondiente a una base liquidable te3rica, para cuya determinaci3n se haya tomado en cuenta el valor íntegro de los bienes, por esta misma base y multiplicando el cociente por 100, expresando el resultado con inclusi3n de hasta dos decimales. Sin perjuicio de la liquidaci3n anterior, al extinguirse el usufructo, el primer nudo propietario viene obligado a pagar por este concepto sobre la base del valor atribuido al mismo en su constituci3n, minorado, en su caso, en el resto de la reducci3n a que se refiere el art. 42 de este reglamento, cuando la misma no se hubiese agotado en la liquidaci3n practicada por la adquisici3n de la nuda propiedad, y con aplicaci3n del mismo tipo efectivo de gravamen a que se refiere el ṕrrafo anterior [...]».

4

Ejemplo:

El sr. «A» fallece el 30 de enero de 2001, dejando un cortijo que heredó de sus padres, valorado por la Administración en 50.000.000 de ptas. No hay deudas ni gastos que deducir. Deja viuda, de 60 años de edad, y un hijo (obviaremos el ajuar doméstico).

El usufructo, de conformidad con el artículo 26.a) de la LISD, se cuantifica en el 29 por 100.

Se tiene derecho a disfrutar de la reducción del artículo 20.2.c), al concurrir todos los requisitos exigidos por la normativa: $50.000.000 \times 95\% = 47.500.000$.

El nudo propietario y la usufructuaria tienen un porcentaje sobre el importe de la reducción del 71 por 100 y del 29 por 100 respectivamente. Por lo que al hijo le correspondería un importe de reducción de $47.500.000 \times 71\% = 33.725.000$, y a la viuda le corresponderían $47.500.000 \times 29\% = 13.775.000$.

La distribución de la herencia sería: a la viuda un 29 por 100 de 50.000.000, lo que hace un total de 14.500.000; por lo que respecta al hijo, de conformidad con el artículo 51.2 del Real Decreto 1629/1991, habría que distinguir: **una base real** (valor de la herencia menos el usufructo de la viuda) $50.000.000 - 14.500.000 = 35.500.000$; y **una base teórica** (para el cálculo del tipo medio efectivo de gravamen, constituida por el valor íntegro de los bienes) 50.000.000.

¿Cuál es el importe de la reducción a que tiene derecho cada uno?

- 1) La viuda: $13.775.000$ (por la empresa familiar) + $2.655.000$ (reducción por parentesco en el año 2001) = $16.430.000$.
- 2) El hijo: $33.725.000 + 2.655.000 = 36.380.000$.

Las liquidaciones a practicar serían las siguientes:

A la viuda $14.500.000 - 16.430.000 =$ daría una base liquidable negativa.

Al hijo habría que distinguir:

- 1) Base imponible teórica: $50.000.000 - 36.380.000 = 13.620.000$.
- 2) Base imponible real: $35.500.000 - 36.380.000 =$ base liquidable negativa.

Por lo que no habría de satisfacerse nada, hasta que se produzca la consolidación de la propiedad cuando falleciera la viuda. En ese momento habrá de pagarse por los 13.620.000.

Como se desprende del ejemplo expuesto, al calcular la base imponible teórica no debe aplicarse la reducción de la empresa en su totalidad (47.500.000), sino que se aplica el porcentaje que corresponde al nudo propietario (33.725.000). Lo contrario supondría que aplicaríamos una reducción por un total de 61.275.000 (13.775.000 a que tiene derecho el usufructuario, más 47.500.000 del nudo propietario por el valor total de la reducción), es decir, aplicaríamos un importe de reducción superior al valor del bien que origina el derecho a dicha reducción. No obstante, TORRES CONEJO y REPISO LÓPEZ ¹¹⁷ consideran que «la reducción al nudo propietario se aplicará sobre el valor de la nuda propiedad de los bienes que la originen, para el cálculo del tipo medio efectivo de gravamen aplicable a la base liquidable del nudo propietario se tiene en cuenta la reducción que correspondiese a la transmisión del pleno dominio, cuando se consolide ésta se aplicará a la base imponible de la consolidación la reducción practicada sobre el usufructo de los bienes siempre que el nudo propietario mantuviese el derecho a la bonificación». Consideramos que a las bases teóricas no se podrá deducir el valor de la reducción correspondiente al valor total del bien, sino sólo la parte proporcional que corresponda al nudo propietario, ya que si no, como hemos dicho anteriormente, aplicaríamos un importe total de reducción superior al valor del bien que origina dicho derecho, lo que no nos parece lógico, así como que en el momento de la consolidación ya no se producen los requisitos exigidos por la normativa para poder aplicar la reducción. En este mismo sentido se manifiesta AGUSTÍN TORRES ¹¹⁸.

Distinto es que, tal y como hemos expuesto en el ejemplo anterior, la reducción a que puede tener derecho el nudo propietario no pudiera ser efectivamente aplicada por insuficiencia de base imponible. Así, la base imponible en la consolidación sería 14.500.000 menos el resto de reducción que no fue aplicado por insuficiencia de base imponible en el momento en que se desmembró el dominio, que en el ejemplo anterior supone un importe de 880.000, lo que da lugar a una base liquidable de 13.620.000. En este caso, por tanto, se traslada el resto no imputado en la liquidación inicial a la liquidación procedente por la consolidación del dominio tal y como establece el artículo 51.2 del Real Decreto 1629/1991. En este mismo sentido se ha manifestado la Resolución 2/1999, señalando que «si la reducción a que puedan tener derecho los nudos propietarios, como sujetos pasivos, no pudiera ser efectivamente aplicada por insuficiencia de base imponible, será posible trasladar el resto no imputado a la liquidación procedente por la consolidación del dominio, en aplicación de lo que se establece en el artículo 51.2 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones».

Una vez analizada esta cuestión en las transmisiones *mortis causa*, nos centraremos en las **transmisiones lucrativas *inter vivos***. El requisito de mantenimiento durante diez años de lo adquirido es distinto en este caso, ya que se requiere que se goce de la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio por parte del adquirente durante ese período. Si se trata de participaciones en entidades, de conformidad con el artículo 4.2 del Real Decreto 1704/1999, «sólo tendrá derecho a la exención en el IP el nudo propietario», por lo que tan sólo el adquirente de la nuda propiedad podrá gozar del beneficio si reúne el resto de requisitos. Así, en consulta de 10 de marzo de 1999, se contesta que la donación de la nuda propiedad de las acciones en principio podría gozar de la reducción del 95 por 100 prevista en el artículo 20.2.6, ya que uno de los requisitos exigidos a los donatarios es que tengan derecho a la exención en el IP y la normativa reguladora de dicho impuesto sólo concede la exención a los nudos propietarios.

¹¹⁷ TORRES CONEJO, C. y REPISO LÓPEZ, F., Ob. cit., p. 54.

¹¹⁸ AGUSTÍN TORRES, C., Ob. cit., p. 95.

Si por el contrario se trata de una empresa o negocio profesional lo que se adquiere, se aplicará la exención a quien ejerza la actividad de forma habitual, personal y directa y reúna el resto de requisitos, ya sea nudo propietario o usufructuario, aunque parece más lógico que se den esos requisitos en el usufructuario.

7. ESPECIALIDADES MÁS SIGNIFICATIVAS EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Como apuntamos en la introducción, la mayoría de Comunidades Autónomas sí asumieron el nuevo régimen de cesión de tributos del Estado, si bien han sido sólo unas cuantas las que han ejercitado las posibilidades que les ofrecía la nueva normativa (Islas Baleares, Comunidad Valenciana, Cataluña, Castilla y León, Madrid y Aragón). Nos referiremos someramente a las especialidades que han establecido dichas Comunidades Autónomas en torno a las reducciones que hemos analizado. Algunas reducciones establecidas por las CC.AA. tienen como finalidad reducir la carga fiscal de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Artístico de la CC.AA. correspondiente (Aragón, Comunidad Valenciana), pero en la actualidad ya existe una reducción de este tipo con carácter estatal, si bien cuando se establecieron en dichas comunidades no se incluían en el artículo 20.2.c) de la LISD (como comentamos anteriormente se introdujo en dicho art. por Ley 55/1999, de 29 de diciembre). Otras reducciones son tan similares que por no reiterar no las señalamos.

En primer lugar, las Islas Baleares han ampliado la reducción hasta el 100 por 100 en la transmisión de la vivienda habitual del causante, si bien el resto de exigencias son similares a las analizadas. Asimismo, se establecen reducciones del 95 por 100 para los terrenos ubicados en áreas de suelo rústico protegido y para los terrenos ubicados en áreas de interés agrario para las transmisiones *mortis causa*.

La Comunidad de Castilla y León ha previsto una reducción a favor del cónyuge, descendientes o adoptados, ascendientes o adoptantes y colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado, incompatible con la recogida en el artículo 20.2.c) de la LISD, para las explotaciones agrarias o de derechos de usufructo sobre las mismas, por un importe del 99 por 100 siempre y cuando el causante sea agricultor profesional, la explotación agraria se encuentre en Castilla y León y el adquirente mantenga durante diez años la adquisición. Asimismo prevé la reducción del 99 por 100 a empresas, negocios profesionales o participaciones en entidades que tengan su domicilio en Castilla y León, en términos análogos a la normativa estatal, y siendo además incompatible con la recogida en el artículo 20.2.c) de la LISD.

La Comunidad de Valencia ¹¹⁹ establece una reducción por empresa individual agrícola del 95 por 100 cuando ésta no haya constituido durante los cuatro años anteriores al fallecimiento del causante su principal fuente de renta, aunque sí exige que el causante hubiera ejercido la actividad de forma habitual, personal y directa durante dicho período de tiempo, así como que se mantenga la adquisición los cinco años siguientes al fallecimiento.

¹¹⁹ La DGT de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo de la Generalitat Valenciana ha aprobado la Resolución de 25 de mayo de 2001 (DOGV núm. 4.010, de 30 de mayo de 2001) con el fin de garantizar una mejor comprensión de las reducciones autonómicas y de su coordinación con las estatales.

Asimismo, se establece una reducción para la transmisión de empresas individuales y negocios profesionales que se explotaran por el causante de forma personal, habitual y directa y que constituyeran su mayor fuente de renta, siempre que se mantenga su actividad por el adquirente durante un período de diez años, salvo que éste falleciera a su vez dentro de dicho período. Presenta tres diferencias fundamentales en su ámbito subjetivo de aplicación en relación con la establecida en el artículo 20.2.c de la Ley 29/1987:

- a) La reducción autonómica valenciana es aplicable sin exigencia del requisito de parentesco (recordemos que en la reducción estatal se aplica a favor de los cónyuges, descendientes y adoptados y, en el caso de que no existan éstos, a favor de los ascendientes, adoptantes y colaterales hasta el tercer grado);
- b) La aplicación de la reducción autonómica valenciana exige expresamente que los bienes del causante deben mantenerse «en actividad» por los adquirentes, si bien no se exige expresamente la identidad de dicha actividad con la del causante (recordemos que en la reducción estatal no se establece claramente este punto, si bien, posteriormente, de acuerdo con la doctrina y las consultas administrativas se ha interpretado que es necesario continuar con una actividad aunque sea distinta a la desplegada por el causante, pero, ya decimos, esta apreciación ha sido más confusa a nivel estatal); y,
- c) Si en la reducción estatal la mayor fuente de renta se entiende como aquella que proporciona un importe superior al 50 por 100 del total de todos sus rendimientos, en la reducción autonómica dicho importe se determina, exclusivamente, atendiendo a dos procedencias: actividades económicas y trabajo personal.

Todo esto hace que la reducción tenga un carácter complementario y no análogo a la del Estado.

También se ha establecido por la Comunidad Valenciana una reducción para la transmisión de participaciones en entidades que, como en el caso anteriormente analizado, tiene carácter complementario de la estatal. Así:

- a) La reducción autonómica se aplica exclusivamente a favor de los cónyuges, descendientes y adoptados (la reducción estatal se aplica además para el caso de que no existan los anteriores, a favor de los ascendientes, adoptantes y colaterales hasta el tercer grado);
- b) El porcentaje de participación del causante individualmente ha de ser al menos de un 5 por 100 (en la reducción estatal este porcentaje es del 15%);
- c) El porcentaje de más 50 por 100 relativo a la remuneración por funciones directivas va referido sólo a actividades empresariales, y exclusivamente respecto del causante (en la reducción estatal el porcentaje del 50 por 100 se analiza sumando el conjunto de actividades económicas y del trabajo personal, y además, puede concurrir en el causante o en alguna persona del grupo familiar en los casos de participación conjunta); y,

- d) Respecto a las entidades cuyas participaciones pueden ser objeto de esta reducción autonómica, ésta excluye expresamente a aquellas que tengan por actividad la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario, entendiéndose por tales las que más de la mitad de su patrimonio esté constituido por valores, aun cuando no estén incluidas en el régimen de transparencia fiscal por aplicación del artículo 75 de la LIS (no hay una referencia al art. 4.8.Dos de la LIP que a su vez se remite al art. 75 de la LIS como ocurre en la reducción estatal, por lo que surgiría el problema de que no cabría aplicar la reducción autonómica a las participaciones en entidades que a su vez participan en otras, lo que ya analizamos como «cartera de control», pero al ser aquella complementaria a la reducción estatal, esta última mantiene plena vigencia sobre los casos no incluidos en la reducción autonómica valenciana).

En la Comunidad de Cataluña existen varias particularidades. En el caso de transmisión de la empresa individual o actividad profesional no se requiere que sea de aplicación la exención del artículo 4.8.Uno de la LIP, y además reduce la no transmisión de lo adquirido a siete años. Respecto a las participaciones en entidades, la participación del causante en el capital de la entidad debe ser al menos del 5 por 100 cuando sea computado de forma individual (la normativa estatal exige el 15%), además de reducir también el plazo de no transmitir lo adquirido a siete años. Asimismo, se establece una reducción del 95 por 100 para las fincas rústicas de dedicación forestal, que deben disponer de un plan técnico de gestión y mejora forestal (el mantenimiento en este caso se exige que sea de cinco años a partir de la muerte del causante). Por último, señalamos que en Cataluña los miembros de las uniones estables (parejas de hecho) regulados por la Ley 10/1998 tienen, respecto de las adquisiciones *mortis causa* de uno de los convivientes en la herencia del otro, la asimilación a los cónyuges a los efectos de las reducciones estudiadas.

BIBLIOGRAFÍA

El autor, además de la bibliografía referenciada expresamente en las notas a pie de página, ha consultado:

- FERNÁNDEZ GIMENO, J. P., *Problemas de la transmisión de la empresa familiar*, Tirant lo Blanch/Universidad de Valencia, 1999.
- JOCHEN-ALBIEZ DORMÁN, K., *Negocios atributivos post mortem*, Cedecs editorial, Barcelona, 1988.
- LETE ACHIRICA, C., «La noción de empresa familiar y sus implicaciones fiscales», en *Quincena fiscal*, n.º 9, mayo de 1999.