

FRANCISCO POZUELO ANTONI

Inspector de Finanzas del Estado

Extracto:

SE comentan los últimos beneficios fiscales en las adquisiciones *mortis causa* de determinados bienes, analizando tanto sus notas comunes como cada supuesto por separado, proponiendo soluciones para los casos no expresamente regulados en la norma.

Se estudia también la posibilidad desde 1 de enero de 1997 de reducir la base imponible de las donaciones de la empresa individual y determinadas participaciones.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Beneficios relativos a las adquisiciones *mortis causa* [art. 20.2 c) LISD en redacción dada por la Ley 14/1996].
 1. Ámbito temporal y objetivo.
 2. El beneficio como elemento de la liquidación.
 3. Beneficio relativo a la empresa individual.
 4. Beneficio relativo a las participaciones.
 5. Beneficio relativo a la vivienda habitual.
- III. Reducciones en las adquisiciones lucrativas *inter vivos*.
 1. Requisitos que debe cumplir el donante.
 2. Caso particular de donación de bienes comunes.
 3. Requisitos que debe reunir el donatario.
 4. Calificación como exentas de las participaciones donadas.
- IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Mediante el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, se modificó el artículo 20 de la Ley 29/1987 del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (en adelante, LISD), incorporando beneficios fiscales en favor de la adquisición *mortis causa* de la empresa individual, de las participaciones en determinadas entidades y de la vivienda habitual.

La Ley 14/1996 de Cesión de Tributos del Estado a las Comunidades Autónomas y de Medidas Fiscales Complementarias da nueva redacción a ese artículo 20 sin incorporar, en este punto, ninguna novedad significativa.

Finalmente, este mismo precepto se volvió a modificar mediante la Ley 13/1996, de Medidas Fiscales para introducir un nuevo beneficio en favor de las adquisiciones lucrativas *inter vivos* de la empresa individual y de determinadas participaciones.

De este sucinto cuadro normativo, la primera observación que surge es la anécdota de que una ley anterior en numeración (la Ley 13) modifique a otra posterior (la Ley 14). Habiéndose publicado ambas normas en el mismo Boletín Oficial del Estado (núm. 315 correspondiente al 31 de diciembre) no parece que exista ninguna consecuencia relevante más allá de aplicar una suerte de «propiedad conmutativa» en la aplicación de las mismas. Pero lo que sí constituye este hecho es un ejemplo de lo que el aluvión normativo de fin de año y las enmiendas parlamentarias de última hora pueden provocar en el sistema tributario.

Para el análisis de las modificaciones en este impuesto se separan las relativas al concepto «Sucesiones» de las relativas al concepto «Donaciones».

II. BENEFICIOS RELATIVOS A LAS ADQUISICIONES *MORTIS CAUSA* [ART. 20.2 C) LISD EN REDACCIÓN DADA POR LA LEY 14/1996]

1. **Ámbito temporal y objetivo.**

Conforme a la fecha de publicación y entrada en vigor del Real Decreto-Ley 7/1996, este beneficio fiscal se aplica a las adquisiciones *mortis causa* devengadas desde el 9 de junio de 1996.

Por adquisición *mortis causa*, y a estos efectos, no sólo hay que entender la que se deriva de la institución de heredero, sino que hay que incluir también las adquisiciones derivadas de cualquier título sucesorio: legados, sustituciones, fiducias, donaciones *mortis causa*, pactos sucesorios, etc. y, como norma general, con independencia del concreto derecho que la adquisición confiera. Es decir, que del beneficio gozarán tanto quien adquiera la propiedad plena del bien como, por ejemplo, la nuda propiedad o el usufructo.

Los bienes beneficiados por la norma son la empresa individual, las participaciones que estén exentas conforme al artículo 4.Octavo, punto 2 de la Ley 19/1991, del Impuesto sobre el Patrimonio y la vivienda habitual.

2. **El beneficio como elemento de la liquidación.**

Técnicamente el beneficio se ha arbitrado como una reducción de la base imponible en el porcentaje del 95 por 100 sobre el valor del bien favorecido.

Tal catalogación supone las siguientes implicaciones:

a) Al tratarse de una reducción de la base es uno de los elementos de la liquidación sobre el cual (párrafo segundo del art. 13.Tres Ley 14/1996) las Comunidades Autónomas pueden legislar. No obstante, el ejercicio de tal competencia normativa se ve fuertemente limitado, al precisar la norma que las reducciones del Estado deben mantenerse «en condiciones análogas a las establecidas por éste».

b) Sobre los tres tipos de bienes cabe la comprobación de valores prevista en el artículo 18 LISD: el hecho imponible se entiende realizado, no hay una exención (1) que impida su nacimiento, es preciso cuantificar la base imponible y, por tanto, puede procederse a la valoración de los bie-

(1) Si el beneficio se hubiera articulado como una exención (figura extraña en el Impuesto sobre Sucesiones actual) no hubiera sido posible la valoración pues tales bienes no se incluirían en base imponible.

nes y derechos del caudal hereditario. Siendo la comprobación de valores una facultad de la Administración («la Administración podrá comprobar...» dice el art. 18 LISD), es fácil prever que razones de eficiencia puedan desaconsejar la apertura de los delicados y complicados procedimientos de valoración de unos bienes que van a reportar un mínimo ingreso fiscal.

c) Es preciso que en la base imponible esté incluido el valor de la empresa, las participaciones o la vivienda habitual: en los casos en que en los cinco años anteriores al fallecimiento se hubiese donado por el causante alguno de estos bienes a quien luego va a ser heredero, la LISD (art. 30) prevé que tal donación se acumule a la sucesión. Ahora bien, conforme a la modificación introducida en ese artículo por la Ley 14/1996, la acumulación de donaciones no supone la integración de éstas en la base imponible de la sucesión. Desde 1 de enero de 1997 (2) la acumulación se traduce en la aplicación a la base imponible de la sucesión del tipo impositivo que corresponda a una magnitud en la que se suman los valores de los bienes donados en los cinco años anteriores y los del caudal relicto. Por tanto, en los supuestos de acumulación de este tipo de bienes a la herencia no procederá la aplicación de la reducción.

d) La compatibilidad del beneficio con las reducciones por parentesco es total hasta hacer la base liquidable igual a cero. Cuestión distinta -y se analizará al comentar la adquisición de la empresa individual- es su compatibilidad con los beneficios fiscales que la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias estableció en su momento para la adquisición de una «empresa» agraria.

e) La inserción de este beneficio fiscal en el sistema liquidatorio diseñado por la LISD plantea alguna de las dudas más importantes respecto de la nueva legislación.

e.1) El esquema liquidatorio de la LISD. El artículo 27 LISD y el 56 de su Reglamento recogen el denominado principio de igualdad (3) en la partición. En virtud de este principio, y ante las sucesivas fases por las que discurre una sucesión desde el momento del fallecimiento del causante hasta la efectiva e individualizada adquisición por cada causahabiente, se liquida el impuesto conforme a los valores que a cada adquirente le correspondieran según la ley sucesoria aplicable (testamento, pacto, o normas *ab intestato*) «cualquiera que sean las particiones y adjudicaciones que los interesados hagan».

(2) Hasta esa fecha la acumulación se liquidaba incorporando los bienes donados a la base imponible de la sucesión y deduciendo en cuota la cantidad obtenida de aplicar el tipo medio de la liquidación sucesoria al valor comprobado en su día por las donaciones. Matemáticamente el resultado es el mismo, con la diferencia que ahora no está prevista la devolución de ingresos por las donaciones anteriores. El cambio se ha realizado en función de las modificaciones en los puntos de conexión y en las competencias de gestión introducidas por la Ley de Cesión de Tributos.

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

Por tanto, la división de la comunidad hereditaria surgida con la aceptación de la herencia y mediante la que los interesados se adjudican todos los bienes, no es relevante para el gravamen de la adquisición sucesoria. Y ello sin perjuicio de los excesos de adjudicación que un reparto de los bienes distinto al derivado de la normativa civil pudiera provocar. Consecuencia inmediata de este principio es que «los aumentos que en la comprobación de valores resulten se prorratearán entre los distintos adquirentes o herederos» (art. 56.1 *in fine* RISD). Adicionalmente el apartado 2 de ese artículo 56 dispone que «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».

La finalidad de este principio parece clara: por simplicidad en el procedimiento de gestión y en protección del gravamen diferenciado que el parentesco y el patrimonio preexistente imponen, hay que liquidar en función de las cuotas de valor que las normas reguladoras de la sucesión atribuyan a cada adquirente. Ello provoca **tres consecuencias fundamentales**:

- La atención preferente a la fase de llamamiento hereditario en detrimento de las concretas y particulares adjudicaciones futuras.
- La consideración fiscal de un caudal hereditario común con la excepción legal de las atribuciones directamente efectuadas por el testador.
- La imputación a tal caudal, antes de su adjudicación fiscal a cada causahabiente, de las variaciones de la carga tributaria producidas por la comprobación de valores o por la concurrencia de supuestos de no sujeción o de exención.

e.2) Compatibilidad de las reducciones de la base imponible con tal sistema de liquidación.

La reducción del 95 por 100 se atribuye a determinados contribuyentes y en relación a determinados bienes. Esta doble vinculación, subjetiva y objetiva, dificulta incardinar la nueva figura en un procedimiento liquidatorio diseñado por la prescindencia e irrelevancia de la partición hecha por los interesados: ¿debe reconocerse el beneficio sólo en aquella adquisición hecha por quien cumpla todos los requisitos? ¿Debe atenderse a la regla general de aplicar por igual el beneficio a todos los interesados? ¿Es posible conciliar la reducción con las tres consecuencias del principio de igualdad antes expuestas?:

- La posibilidad de aplicar la reducción a todos los interesados, con independencia del requisito de parentesco, debe ser rechazada. Entiendo que en este caso el **prorrateo de los beneficios fiscales** en virtud del **principio general de igualdad** [la tercera consecuencia del apartado e.1) anterior] debe excepcionarse por las siguientes razones:

- Ese prorrateo lo incluye expresamente la LISD para la comprobación de valores, los supuestos de no sujeción o las exenciones. Una interpretación literal del precepto permitiría excluir de ese reparto indiscriminado a las reducciones de la base imponible.
 - Puede prescindirse de la concreta adjudicación de un bien que goza de beneficio fiscal cuando tal desgravación excluya en su definición cualquier requisito subjetivo. Pero cuando una ley instituye la ventaja fiscal sobre un determinado grado de parentesco, es obvio que debe desplazarse la ficción del principio de igualdad.
 - Los beneficios que el artículo 56 RISD contempla son supuestos de no sujeción y de exención. Al margen de lo infrecuente que es su concurrencia, debe repararse en que son ayudas que corresponden a una fase de liquidación (determinación del hecho imponible gravable) previa a la cuantificación de la base imponible. Es decir, el discurrir teórico de la liquidación de este impuesto se iniciaría con la fijación del caudal hereditario fiscal. La conversión de tal magnitud en la base imponible comprobada resultará (art. 22 y ss. RISD) de la aplicación de una serie de adiciones, de la comprobación de valores y del cálculo de valor neto -considerando las cargas, deudas y gastos deducibles- de la participación individual de cada causahabiente en el caudal hereditario. A todas estas operaciones de liquidación les resulta aplicable la ficción de igualdad. Pero procedimentalmente, una vez que se ha determinado la base imponible se está ante un concepto diferenciado y autónomo para cada interesado. En consecuencia, resuelta la base imponible a la luz de esa ficción, el resto de elementos de la liquidación (reducciones por parentesco, reducciones especiales, coeficientes en función del patrimonio preexistente o la deducción por doble imposición internacional), deben aplicarse contando con las condiciones subjetivas de cada adquirente.
- En el otro extremo, el atribuir el beneficio fiscal de modo íntegro y exclusivo a quien verdaderamente va a adquirir los bienes privilegiados puede conculcar las otras dos consecuencias que se proponían del principio de igualdad. En efecto, 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 le corresponda en virtud de su título hereditario.

1

Ejemplo:

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 la 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.

La solución propuesta ilustra sobre la aplicación del sistema liquidatorio y da sentido a la precisión de la norma cuando refiere el beneficio a los casos en que «en la base imponible... estuviese incluido el valor de ... »

Los perversos efectos que este principio puede provocar -por no aplicarse siempre la reducción del 95% sobre el valor total de los bienes- pueden paliarse a través de determinadas instituciones sucesorias, de Derecho común o regional, o mediante la adjudicación expresa de los bienes por parte del testador. De este modo, la partición no la hacen los interesados y sí sería relevante en el ámbito tributario.

f) La magnitud sobre la que aplicar el porcentaje del 95 por 100 no la indica claramente la norma. Textualmente dice 95 por 100 «del mencionado valor». Resultando claro que ese valor debe ser el comprobado (y no el meramente declarado) y que ese valor debe formar parte de la base imponible del sujeto pasivo en cuestión, ¿se refiere la norma al valor comprobado de la empresa incluido en base imponible o a la porción de base imponible que resulta de ese valor comprobado? Con otras palabras, ¿las cargas, deudas o gastos deducibles minoran también la magnitud sobre la que aplicar el 95 por 100?

2

Ejemplo:

Sea, por simplicidad, un único heredero de una sucesión exclusivamente formada por una vivienda. Tal bien se valora en 2.000 u.m. y existen cargas deducibles por importe de 200, deudas deducibles de 100 y gastos deducibles de 100.

La base imponible de la adquisición, al margen ajuar doméstico y otras cuestiones, será de 1.600 (2.000 – 200 – 100 – 100). La reducción del 95 por 100, ¿se aplica sobre 2.000 que es el valor de la vivienda incluido en base imponible? ¿Se aplica sobre 1.600 que es -*ex art. 9 a) LISD*- el valor neto de la adquisición individual por la vivienda?:

.../...

.../...

1. A favor de aplicar el porcentaje sobre el valor total de 2.000 jugaría la acepción común o usual del término «valor» y el que no se fije el porcentaje «sobre la base imponible de la adquisición».
2. A favor de aplicar el porcentaje sobre el valor neto puede argüirse lo siguiente:
 - Cuando la norma condiciona el beneficio a que el valor del bien esté incluido en base imponible, debe entenderse en el sentido de aplicarlo, siempre y cuando esté incluido, y, además, en la medida en que ese valor esté incorporado en base imponible.
 - En la fase liquidatoria de cálculo de la base liquidable, el concepto de «valor» de un bien sólo puede referirse a su valor neto (el que define el art. 9 LISD). Y no se trata de distinguir donde la ley no lo hace sino de decidir entre dos acepciones de una misma palabra. Y en esa decisión debe primar la acepción técnica y la interpretación sistemática que, en atención al procedimiento liquidatorio, se propone.
 - Es cierto que la norma podría haber precisado la aplicación del porcentaje «sobre la base imponible de la adquisición» como hace la Ley 19/1995 antes citada. Pero debe repararse en que la norma que beneficia las transmisiones sucesorias de negocios agrícolas es también aplicable a transmisiones *inter vivos* y a transmisiones onerosas, con lo que no es una referencia especialmente válida por su amplio y variado ámbito. Además no sería correcto referir el 95 por 100 a la base imponible de la adquisición de un bien concreto por cuanto, en puridad, base imponible es la que corresponde al incremento patrimonial total que cada causahabiente experimente. En todo caso, habría que referirlo a la porción de base imponible que corresponda a ese valor. Y, precisamente, la redacción elegida por el legislador está más cercana 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 tanto, y a estos efectos, el «valor» de la vivienda en este ejemplo debería ser 1.600.

Por otro lado, y al margen de precisiones que se abordarán al analizar cada supuesto concreto de reducción, debe señalarse que, aunque no se considerara al valor neto como magnitud sobre la que aplicar el 95 por 100, debería hacerse el distingo siguiente entre cargas, deudas o gastos deducibles:

- Las cargas, en la medida en que deben estar (art. 12 LISD) directamente establecidas sobre el bien para ser deducibles, deberían considerarse siempre como menor valor del mismo.

- Las deudas, salvo el caso concreto de deudas de la empresa, no están en este impuesto vinculadas a un bien concreto. De la deducibilidad de las deudas, por aplicación del principio de igualdad, se benefician todos los causahabientes. A la hora de considerarse en el valor neto de la adquisición, debería hacerse de manera proporcional a la parte de valor «bruto» de adquisición que cada bien concreto represente sobre el total.
- Idéntico criterio debería seguirse para el cómputo de los gastos deducibles.

g) La reducción del 95 por 100 no se considera a los efectos de calcular el ajuar doméstico que, conforme al artículo 15 LISD, forma parte de la masa hereditaria y se cuantifica en relación al caudal relicto pero no en función de la base liquidable de cada adquisición.

3. Beneficio relativo a la empresa individual.

a) *Requisitos subjetivos.*

La reducción beneficia a «los cónyuges, descendientes o adoptados de la persona fallecida».

La alusión a los «cónyuges» de la persona fallecida -y en tanto la normativa civil no prevea la posibilidad de la poligamia ni el criterio de algún Tribunal siga avanzando en la equiparación fiscal de las uniones de hecho al matrimonio civil- habrá que entenderla exclusivamente referida a quien fuera cónyuge del causante en el momento del devengo del impuesto pero no a quien lo fue y no lo sea en tal momento.

b) *Requisito objetivo: concepto de empresa.*

El de empresa es uno de los conceptos de más difícil precisión en el ámbito tributario. Y no sólo por las discrepantes opiniones sobre qué sea jurídica o económicamente una empresa, sino, especialmente, por los sutiles matices que el concepto puede presentar en los distintos impuestos.

Iniciando el análisis con una delimitación negativa hay que afirmar que, a diferencia de la reducción sobre las participaciones, el beneficio sobre la empresa no se construye expresamente en el Impuesto sobre Sucesiones en referencia a la exención de que gozan en el Impuesto sobre el Patrimonio los bienes y derechos de una persona física afectos a una actividad empresarial. Y entre otras implicaciones, debe ya subrayarse el matiz de que el beneficio se confiere en un impuesto a la «empresa» individual y en el otro a los bienes y derechos afectos.

Desde una perspectiva económica, por empresa puede entenderse la organización de trabajo y capital para la consecución de un lucro. Esta noción ha tenido indudable influencia tanto en el Derecho Mercantil como en el ordenamiento tributario que viene definiendo la actividad empresarial o profesional (pero no estrictamente el concepto de «empresa») como la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios (4).

Desde una perspectiva jurídico-mercantil, y siguiendo al profesor URÍA (5), la visión económica u «organicista» de la empresa está siendo claramente superada. Esta visión -que incluiría en el concepto de empresa tanto la actividad del empresario y los trabajadores como los bienes empleados- se desplaza en favor de identificar la empresa con la actividad empresarial. De este modo, se disociaría la actividad del empresario (que constituiría estrictamente el concepto de empresa) del conjunto de bienes y servicios afectos a tal actividad (que suelen calificarse de establecimiento mercantil, industria o negocio). Pero esta precisión doctrinal sobre el concepto jurídico de empresa de poco sirve en este momento, por cuanto, en el gravamen sucesorio, el concepto de empresa debe referirse a un conjunto de bienes o derechos y no al ejercicio de una actividad.

En efecto, siendo la valoración económica de la empresa -rectamente entendida como actividad personal- una cuantificación del «capital humano», y no siendo tal concepto materia imponible del gravamen sucesorio, su traslación al Derecho Tributario debe hacerse con las debidas adaptaciones. Conciliando la materia imponible que fundamenta el impuesto con las perspectivas contable, económica y jurídico-mercantil, debería concluirse que al referirse a «empresa», se está haciendo alusión a lo que antes denominábamos negocio, entendido como la manifestación patrimonial gravada del concepto estricto de empresa. Y es en esta precisión donde encuentro la justificación de la reducción: el impuesto nunca ha gravado un hecho totalmente ajeno a su propio fundamento como es la sucesión en el ejercicio de la actividad (6). Pero el legislador de 1996 ha querido, adicionalmente, disminuir la carga tributaria relativa a la sucesión en la propiedad de unos bienes necesarios para la continuación de la actividad, haciendo plenamente efectivo el deseo de no penalizar tal continuación.

c) Concepto de empresa individual.

La norma beneficia a las empresas «individuales». La precisión no es superflua por cuanto debe considerarse en la solución de cuestiones de enorme trascendencia práctica. En concreto, dos: la relación del beneficio fiscal con el régimen económico matrimonial del causante y la extensión del mismo a las entidades sin personalidad jurídica.

(4) Esta definición es la del artículo 5 de la Ley 37/1992 del IVA. El artículo 40 de la Ley 18/1991 del IRPF proporciona otra prácticamente idéntica.

(5) En su obra general *Derecho Mercantil*. Ed. Marcial Pons.

(6) El gravamen del mero ejercicio de la actividad corresponde al IAE (art. 79 y ss. Ley 39/1988).

La tributación de las empresas desarrolladas por entidades sin personalidad jurídica, y fundamentalmente la de las comunidades de bienes, se razonará al abordar la reducción relativa a las participaciones por entender que es en ese concepto en el que deben incluirse y no en el epígrafe de empresa individual.

Por lo que respecta al régimen matrimonial (7) la dificultad de aplicación del beneficio surge en el caso -común por otra parte- de titularidad consorcial del negocio y ejercicio exclusivo del cónyuge sobreviviente. Esta misma cuestión se plantea en el Impuesto sobre el Patrimonio para determinar el alcance de la exención relativa a este tipo de bienes. La solución que su ley reguladora proporciona es la de atribuir la exención exclusivamente al cónyuge empresario. ¿Debe llegarse, a pesar del silencio de la norma, a la misma solución en el Impuesto sobre Sucesiones entendiendo que si es el cónyuge no empresario el que primero fallece no ha lugar a la reducción? Entiendo que ésa debe ser la solución:

- La distinción entre bienes consorciales o privativos y entre cónyuges empresarios y no empresarios no es fruto de retorcidas interpretaciones fiscalistas sino que tiene el respaldo positivo del artículo 6 y siguientes del Código de Comercio. Tal norma diseña sobre tales distinciones el régimen de responsabilidad en caso de matrimonio.
- En el ámbito fiscal, tanto el IRPF como el Impuesto sobre el Patrimonio necesitan de estas distinciones para atribuir los rendimientos empresariales al cónyuge que efectúe la actividad y para reconocer la exención a quien sea titular y protagonista de la actividad empresarial. Un mínimo interés por la coherencia y sistemática entre los tributos de la imposición directa debería llevar a negar la reducción en el Impuesto sobre Sucesiones al fallecer el cónyuge no empresario (y que fiscalmente no obtiene rentas de tal naturaleza *ex art. 43 Ley 18/1991 del IRPF*) pero titular en parte de los bienes afectos (y por tanto sin derecho a la exención del art. 4. Octavo, Uno de la Ley 19/1991, del Impuesto sobre el Patrimonio).

Es cierto que el artículo 6.Dos de la Ley 18/1991 considera afecto a la actividad a cualquier bien, con independencia de su titularidad común, pero tanto el artículo 43.Tres Ley 18/1991 -que regula la «cesión» de bienes entre cónyuges para el desarrollo de una actividad empresarial- como más claramente la exención del Impuesto sobre el Patrimonio, limitan sus efectos al estricto ámbito de rendimientos empresariales del IRPF.

- Desde una perspectiva jurídica, la imprescindible vinculación del «negocio» a una actividad empresarial lleva a la misma conclusión: no hay empresa en la parte de bienes de que sea titular una persona que no desarrolla actividad empresarial.

(7) Parece fuera de toda duda que la expresión «individual» no significa negar de modo absoluto y en todo caso la reducción a la empresa consorcial. Sí que es cierto que en el caso de los bienes comunes se pierde parte de los benéficos efectos de la reducción pero no tiene ningún sentido el interpretar la expresión individual como opuesta a consorcial.

d) Actividad que debe desarrollar la empresa.

La exención del artículo 4. Octavo del Impuesto sobre el Patrimonio beneficia a los bienes y derechos afectos a una actividad empresarial. En el IRPF (art. 40. Uno Ley 18/1991) el concepto de actividad empresarial se contrapone al de actividad profesional trasladando al Impuesto sobre Sucesiones la duda de si la reducción en beneficio de la «empresa» debe limitarse al patrimonio afecto a una actividad empresarial.

A pesar de la identificación que la similitud fonética parece sugerir entre empresa y actividad empresarial, entiendo que la reducción puede aplicarse a cualquier tipo de actividad que suponga la ordenación por cuenta propia de los factores de capital y/o trabajo con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. Y, entre otras razones, por las siguientes:

- El paralelismo con el Impuesto sobre el Patrimonio, que niega la exención a la actividad profesional, no parece ir más allá de una cómoda y meramente mimética interpretación de la expresión «empresa». Además, si la norma del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones hubiera pretendido tomar como presupuestos de hecho los requisitos de la exención de patrimonio, lo hubiera hecho expresamente como hace con la reducción en favor de las participaciones.
- No sólo no existe remisión, sino que los presupuestos de hecho son distintos. En la LISD el beneficio se diseña en función del concepto de empresa sin limitación objetiva por el tipo de actividad. En el Impuesto sobre el Patrimonio, la norma se circunscribe a bienes y derechos afectos a un tipo concreto de actividad: la empresarial.
- El concepto de empresa, tal y como se ha perfilado anteriormente, abarca sin dificultades a la actividad profesional.
- El artículo 39 de la LISD (modificado y ampliado por Ley 22/1993 y posteriormente por Ley 42/1994) recogía un supuesto especial de aplazamiento en beneficio de la transmisión de la empresa individual. De manera expresa extendía al beneficio a la «... herencia, legado o donación de una empresa individual que ejerza una actividad industrial, comercial, artesanal, agrícola o profesional». Las posteriores modificaciones (coetáneas con las relativas al Impuesto sobre el Patrimonio) amplían el supuesto a otro tipo de transmisiones pero dejan sin modificar el relativo a la empresa.

Este precepto proporciona un doble argumento: de un lado, muestra el concepto amplio que de empresa interesa al Impuesto sobre Sucesiones y, de otro, expresa la independencia con la exención del Impuesto sobre el Patrimonio, pues, acogiendo desde el 1 de enero de 1994 la norma de sucesiones sobre aplazamiento el supuesto de las participaciones, no consideró preciso el legislador modificar el relativo a la empresa para adaptarlo al Impuesto sobre el Patrimonio.

e) *Requisito de permanencia.*

El artículo 20 LISD impone a los adquirentes la obligación de 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». Caso de incumplir el plazo, la norma establece el pago de «la parte del impuesto que se hubiese dejado de ingresar como consecuencia de la reducción practicada y los intereses de demora».

El apartado 6 del artículo 20, añadido por Ley 13/1996, precisa (por remisión a las adquisiciones *mortis causa* de lo previsto para las *inter vivos*) que el adquirente «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».

¿Qué significa «mantener una adquisición»? ¿Qué se está obligado a mantener?:

e.1) Mantener una adquisición debería interpretarse en el sentido de conservar durante el plazo de 10 años el derecho que por vía sucesoria se recibió. De este modo, la ampliación del contenido de tal derecho -y significativamente la conversión por cualquier título de un derecho real limitado en plena propiedad- respetaría tanto la letra como el espíritu de la norma.

e.2) Más importante, y de más difícil precisión, es determinar sobre qué bien se mantenga la adquisición. La dificultad surge por la clara vocación cambista de la empresa: no tiene ningún sentido exigir el mantenimiento del mismo patrimonio empresarial recibido en el caso, por ejemplo, de una farmacia donde el mayor valor material (al margen el fondo de comercio no adquirido onerosamente que no luce en balance por aplicación de las Normas de Valoración del Plan General Contable) es el activo circulante, las existencias.

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

- Lo decisivo debe ser el mantenimiento de la actividad empresarial que realizara el causante. Va de suyo que la enajenación de las mercaderías adquiridas *mortis causa* no puede enervar la procedencia de la reducción. Centrar el objeto del «mantenimiento» en la actividad desarrollada casi perfectamente con el concepto estricto de empresa, con la más que presumible voluntad del legislador y con la propia dicción de la norma.
- Los procedimientos y métodos de valoración, tanto en el ámbito puramente mercantil como en el específicamente fiscal, suelen prescindir de los cálculos basados exclusivamente en los llamados métodos simples de valoración (métodos de valor nominal, contable, activo neto real, sustancial, etc.). Son más correctos, y por tanto de preferente aplicación, tanto el método de valoración en función del rendimiento como los denominados métodos com-

puestos basados en el *good will* o fondo de comercio. Esa preferencia por la expectativa de beneficios o por la contemplación de los valores inmateriales inherentes a una empresa lo que pone de manifiesto es la real importancia de la actividad concreta desarrollada por el empresario. Si lo frecuente es que esa valoración por encima del valor contable de la empresa se incluya en base imponible, habría que concluir, desde este punto de vista, que el valor inmaterial causante de esa sobrevaloración debe ser también objeto de mantenimiento por parte del adquirente.

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

- En principio, y como consecuencia inmediata de lo anterior, la actividad a mantener debe ser la misma que desarrollara el causante. Esta precisión adicional ni supone una excesiva dificultad en el cumplimiento de los requisitos ni es extraña en el ordenamiento tributario -recuérdese que está exigida expresamente por el art. 7.1.º c) de la Ley 37/1992 del IVA para entender no sujeta la transmisión *mortis causa* del negocio-. Si, como entiendo, el legislador ha querido privilegiar una suerte de «subrogación» personal en el ejercicio de la actividad, debe entenderse implícito en el sentido teleológico de la norma el requerir esa identidad de actividad.

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

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

e.3) La ya reseñada creación por la Ley 13/1996 del apartado 6 del artículo 20 es perfectamente compatible con la interpretación que se acaba de exponer.

Su aplicación a las adquisiciones *mortis causa* es por remisión desde la normativa de las adquisiciones *inter vivos*. Y en ésta no sólo se exige [letra c) del apartado 6 del art. 20] mantener lo adquirido sino que se añade la prohibición de actos dispositivos precedida de un elocuente «asimismo», suficientemente revelador del carácter acumulativo y no disyuntivo de ambos requisitos.

El sentido que debe darse a esta limitación de actos dispositivos y operaciones societarias es el de completar el requisito del mantenimiento de la actividad con la prohibición de dos clases de operaciones que puedan minorar sustancialmente el valor adquirido. Que sea una minoración sustancial frente a una no sustancial reproduce todas las dificultades que las normas cautelares de cierre suelen presentar en el ámbito fiscal: si la «sustancia» de la actividad empresarial como conducta humana se entiende salvaguardada -como ya se ha argumentado- por el mantenimiento de la actividad, habría que ubicar esta distinta «sustancialidad» en la prohibición de una disminución cuantitativa del inmovilizado material o inmaterial de la empresa que tuviera cierta (¿quizás un 50%?) significación sobre el recibido lucrativamente.

f) Aplicación del beneficio en el procedimiento de liquidación: cálculo del porcentaje.

Ya quedó dicho que el porcentaje debe aplicarse sobre el valor neto de la adquisición del bien. En el caso concreto de la empresa, las deudas vinculadas a la actividad se tomarán normalmente en el proceso de valoración de la misma. Por ello, su minoración respecto del valor «bruto» del activo parece fuera de toda duda.

g) Relación con la reducción de la Ley 19/1995 en favor de la transmisión de empresas agrícolas.

El artículo 9 de la Ley 19/1995 de Modernización de las Explotaciones Agrarias reconoce una reducción de base imponible del 95 por 100 (100% si continúa en la explotación el cónyuge superviviente) en favor de la transmisión del pleno dominio de una explotación agraria en su totalidad. La identidad en el fundamento del beneficio plantea la eventual concurrencia de las reducciones en un mismo supuesto de hecho. Y en tal caso, ¿son las dos simultáneamente aplicables?, ¿prima una sobre la otra?

Una mínima dosis de razonabilidad en la aplicación de las normas debería negar la compatibilidad de dos beneficios que se presentan como caso especial el uno y caso general el otro. No obstante, hay que reconocer que fuera de esa razonabilidad y de la sistemática de liquidación, si esta reducción especial de los agricultores es un porcentaje sobre la base imponible y si se comparte la tesis -antes expuesta a efectos puramente dialécticos e ilustrativos pero no compartida- de que el porcentaje del 95 por 100 se aplica sobre el valor «bruto» del bien con independencia de sus efectos sobre la base imponible que correspondería a esa adquisición, no parece haber mejores argumentos para negar su compatibilidad.

De considerarse como beneficios optativos parece también claro que sería la decisión del propio sujeto pasivo la que determinaría cuál de ellos resultaba finalmente aplicable.

4. Beneficio relativo a las participaciones.

a) Requisitos subjetivos.

El cónyuge, descendientes y adoptados tienen derecho a la reducción del 95 por 100 por la adquisición *mortis causa* de «participaciones en entidades a las que sea de aplicación la exención regulada en el punto dos del apartado octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio».

b) Delimitación del bien objeto de la reducción.

La exención de ese artículo 4 exige la concurrencia de determinados requisitos que afectan tanto al tipo de actividad que debe desarrollar la entidad en la que se participe, como al grado de control y a la labor que el sujeto pasivo desarrolle en la misma. Estos requisitos, a los efectos que ahora interesan, pueden agruparse en unos requisitos de carácter «estático» (participación que el sujeto pasivo tenga en la entidad) y en otros con una dimensión temporal (actividad desarrollada por la entidad y remuneración por funciones de dirección superior al 50% de la totalidad de los rendimientos del trabajo, empresariales y profesionales del sujeto pasivo).

Dos grandes cuestiones plantea la delimitación objetiva de este beneficio:

- a) En primer lugar debe precisarse el momento y forma en que debe determinarse la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio. ¿Hay que calibrar esa exención en el último devengo de dicho impuesto, en el momento del fallecimiento del causante o a 31 de diciembre del año del fallecimiento?

La solución más práctica, por la que podría optar la hipotética norma de desarrollo reglamentario, sería el referirse al último devengo del impuesto (entendiendo que, a pesar del carácter instantáneo del tributo, la exención «permanece» de un devengo a otro durante el transcurso del año natural en cuestión). No obstante, la general aceptación de que es el momento del devengo de cada tributo al que hay que referir sus requisitos y condiciones, implica que las participaciones transmitidas deben estar exentas en la fecha del fallecimiento. De ser así, y debería serlo, la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio seguiría los siguientes parámetros:

- El impuesto se devenga a 31 de diciembre de cada ejercicio no suponiendo el fallecimiento del contribuyente la existencia de un período impositivo distinto. Lógicamente, exigir en la fecha de fallecimiento la exención en sus estrictos términos conduciría al absurdo de que, no estando devengado el Impuesto del Patrimonio, no habría exención que aplicar. Es preciso, por tanto, hacer una calificación ficticia o teórica de la exención con referencia a tal fecha.

- En esa calificación, el cumplimiento del requisito de participar en la entidad en un 15 ó 20 por 100 (según se compute exclusivamente el porcentaje del sujeto pasivo o se incluya también el del resto del grupo familiar) debe darse en la fecha del fallecimiento.
 - El cumplimiento de un determinado nivel de rentas procedentes de la entidad participada debería referirse al período impositivo que en el IRPF exista desde el 1 de enero del año del fallecimiento hasta la fecha del óbito.
- b) La otra gran cuestión que plantea la reducción es el precisar quién debe cumplir los requisitos de la exención. ¿El causante o también los herederos?

De manera clara el causante. Y en tal sentido se ha pronunciado la Dirección General de Tributos en Consulta de fecha 26 de septiembre de 1996.

Menos claro está el decidir si los adquirentes deben tener derecho a la exención:

- La citada Consulta -plantada al hilo de un problema de eficacia temporal de la norma- afirma que los requisitos de la exención debe reunirlos el causante. Posiblemente haya que concluir que, por omisión, está permitiendo que el adquirente no deba cumplir esa exención. Pero debe dejarse constancia de que no niega expresamente -y por tanto nada razona sobre este extremo- que los deba cumplir también el adquirente.
- Desde una sutil diferenciación entre el requisito de tener derecho a la exención en el momento del fallecimiento -y que, efectivamente, sólo sería exigible al fallecido- y el requisito de mantener durante 10 años lo adquirido, ese pronunciamiento administrativo debería ser matizado.

Es cierto que la facilidad con que se puede acceder a la exención del Impuesto sobre el Patrimonio disminuye los casos problemáticos pero, al margen de la necesidad de una exacta delimitación de la norma, hay un caso frecuente tanto en las regiones de Derecho común como en las de Derecho Civil propio que se ve afectado por esta precisión. En concreto hay que pensar en la situación en que queda el cónyuge superviviente con un derecho de usufructo sobre parte o la totalidad (como es el caso en Aragón) del caudal hereditario. Si ese usufructo se extiende sobre las participaciones, no gozaría de exención en patrimonio por cuanto tal beneficio se reserva (art. 4.2 R.D. 2481/1994) al nudo propietario.

c) Requisito de permanencia.

El requisito temporal que se exige para las participaciones es el mismo que se exige para la empresa: mantenimiento de lo adquirido durante 10 años y prohibición de determinados actos dispositivos y operaciones societarias.

1. Mantenimiento de lo adquirido.

El fundamento ya se ha presentado: la norma quiere beneficiar la continuación de una determinada labor empresarial sea a través de la explotación directa, sea a través de una forma societaria. Sólo desde esa perspectiva es comprensible y asumible este requisito de permanencia porque lo que se trata de beneficiar no es un determinado capital sino la prolongación de la situación que el fallecido ocupaba.

A mayor abundamiento, debe recordarse que si la justificación del Impuesto sobre el Patrimonio es el gravamen complementario del capital, la exención de las participaciones (exponente paradigmático de tal materia imponible) sólo puede justificarse si se vincula indisolublemente a una determinada intervención personal del sujeto pasivo en la entidad. De otro modo perdería la exención cualquier justificación como excepción a los principios constitucionales de generalidad y de capacidad contributiva. Y si todo ello es así, debería entenderse implícito en la naturaleza del beneficio fiscal el que los adquirentes, durante el plazo de 10 años, tuvieran derecho a la exención del Impuesto sobre el Patrimonio.

¿Entra esa conclusión en contradicción con la exigencia al causante del cumplimiento de la exención? Desde luego esta cuestión debería resolverse mediante la oportuna precisión legal o mediante un muy deseable desarrollo reglamentario. En tanto tal deseo se haga realidad, del tenor literal (8) de la norma no se desprende que el adquirente deba cumplir los requisitos de la exención, pero es más que defendible que va en su espíritu y en la exigencia del «mantenimiento de lo adquirido» (que no es otra cosa que participaciones con derecho a la exención) el que así sea.

2. Prohibición de realizar «actos de disposición y operaciones societarias que, directa o indirectamente, puedan dar lugar a una minoración sustancial del valor de la adquisición».

Esta prohibición se contiene en la letra c) del apartado 6 de artículo 20, referido a donaciones pero aplicable por expresa remisión a las adquisiciones *mortis causa*.

Es una norma aplicable tanto a las participaciones como a la empresa individual por lo que la precisión de sus términos no resulta sencilla. ¿Los actos de disposición son aplicables a la adquisición de la empresa y las operaciones societarias lo son a la de las participaciones? ¿Se usan como expresiones equivalentes o plantean limitaciones distintas? ¿Cuándo se da una minoración sustancial del valor de la adquisición?

(8) Sin embargo la norma que beneficia las donaciones de estas participaciones sí que exige expresamente el mantenimiento de la exención. Los argumentos que esa diferente redacción legal pueda proporcionar también son contradictorios.

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

Otra interpretación, que llenara de contenido este requisito, sería considerar prohibido cualquier acto de disposición y cualquier operación societaria que supusieran un vaciamiento patrimonial de la entidad participada. Ejemplos de este tipo de operaciones podrían ser: ventas de activos por precios inferiores a su valor real, reparto de dividendos sobre las reservas acumuladas, ampliaciones de capital con renuncia de los derechos de suscripción, determinadas reducciones de capital o escisiones, etc. En todo este tipo de operaciones (tendientes a disminuir el valor teórico de las participaciones recibidas) no se merma el título jurídico por el que se adquirieron las participaciones pero sí se minorra sustancialmente su valor. Por eso mismo deberían entenderse como conculcadoras del espíritu de la norma.

Esa elusión de la norma, con todo, no es fácilmente reprimible por su propio tenor literal que señala que: «... **el donatario** no podrá realizar actos de disposición y operaciones societarias ... ». Y, lógicamente, las operaciones societarias no las realiza el partícipe sino que, la inmensa mayoría, son decididas por la Junta General y realizadas por la propia entidad. La represión de tal tipo de conductas, si es que tal persecución se considera procedente, deberá realizarse a través de los procedimientos generales que el ordenamiento jurídico, y especialmente el tributario, recogen (9).

5. Beneficio relativo a la vivienda habitual.

Posiblemente la reducción relativa a la vivienda habitual sea la de más forzado encaje en la extraordinaria y urgente necesidad que debe predicarse de toda medida contenida en un Real Decreto-Ley. También es significativa su soledad entre toda la batería de medidas de marcado carácter económico que contiene ese Decreto Ley. Pero, sin duda, 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.

(9) La concreta medida a aplicar dependerá de cada caso. Lo más frecuente será el empleo del artículo 24 de la Ley General Tributaria por apreciarse fraude de ley. La experiencia enseña que esto es tanto como decir que no hay medida rápida y adecuada para tales conductas.

a) Requisitos subjetivos.

De la reducción del 95 por 100 del valor de la vivienda se benefician el cónyuge, ascendientes y descendientes del fallecido y los colaterales mayores de 65 años que hubiesen convivido con el causante durante los dos años anteriores al fallecimiento. El requisito de convivencia es predicable exclusivamente de los colaterales.

b) Concepto de vivienda habitual.

El concepto de vivienda habitual no está definido en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Por ello, la remisión al artículo 34 del Reglamento del IRPF parece obligada (10) por ser éste el único impuesto que contiene una definición fiscal de tal expresión.

Tal precepto 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.

El problema central que presenta la remisión al concepto del IRPF es que este tributo se sirve de un requisito temporal -residencia durante el plazo continuado de, al menos, tres años salvo que concurren circunstancias que exijan necesariamente el cambio- de difícil adecuación a un tributo de devengo instantáneo como el de Sucesiones. Situaciones problemáticas pueden ser el fallecimiento del causante antes del transcurso de esos tres años (en cuyo caso la voluntad de hacer habitual la residencia en tal vivienda debería bastar para tener derecho a la reducción) o la no permanencia continuada en el momento del fallecimiento en la que fue, a efectos de IRPF y en años anteriores, vivienda habitual (en cuyo caso no debería proceder la reducción por no ser tal vivienda la habitual en el devengo del impuesto).

c) Reducción a la que se tiene derecho.

La reducción es del 95 por 100 del valor de la vivienda incluido en la base imponible de cada causahabiente con el límite de 20.000.000 de pesetas de reducción por cada contribuyente.

En esta reducción se plantea el problema ya mencionado de la incidencia de las cargas o deudas sobre los bienes con derecho al beneficio fiscal. El caso frecuente podría ser el de adquirir una vivienda sobre la que existe un derecho real de hipoteca.

(10) La remisión al concepto civil de domicilio parece más lejana y, en cualquier caso, más imprecisa que la fiscal por su no tipificación.

3

Ejemplo:

Si se adquiere *mortis causa* una vivienda con derecho a la reducción con un valor comprobado de 25.000.000 asumiendo una deuda de 2.000.000 garantizada con una hipoteca sobre tal vivienda, ¿a qué reducción se tiene derecho?

La existencia de una hipoteca sobre un bien adquirido no supone, por sí misma, ninguna deducción fiscal ya que las hipotecas no se consideran cargas que supongan una minoración del valor real del bien (art. 12 de la ley).

Ahora bien, la deuda que la hipoteca está garantizando sí que (art. 13) puede ser deducida pero, precisamente, en concepto de deuda y no de carga.

Suponiendo que hay un único heredero, el valor neto de la adquisición de la vivienda y, por tanto, la base imponible será de 23.000.000 de pesetas. Conforme a lo ya razonado la reducción del 95 por 100 debería girarse sobre 23.000.000 y no sobre los 25.000.000. Como la reducción sería de 21.850.000 (superior a los 20.000.000 que se permite por sujeto pasivo), la que definitivamente puede deducirse será de 20.000.000.

d) Requisito de permanencia.

La vivienda se debe mantener durante el plazo de 10 años. Lo que la norma no precisa es si, también para el adquirente, la vivienda debe ser la habitual. Pero el silencio normativo no puede identificarse automáticamente con una respuesta negativa.

Retomando y adaptando una idea ya expuesta anteriormente, habría que concluir en que, efectivamente, también para el adquirente esa vivienda debe convertirse en habitual. La justificación de tal conclusión la proporcionan el sentido y finalidad del precepto:

- No puede aceptarse que la reducción sea una especie de mínimo exento por el hecho de obtener un incremento lucrativo patrimonial materializado en la vivienda habitual del causante, prescindiendo del destino que a esa vivienda se le vaya a dar.

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

- El valor social, política y jurídicamente protegible (11), que intuitivamente se reconoce en la vivienda habitual, tiene su lógica traslación fiscal en beneficios para su titularidad (más bien escasos en nuestro ordenamiento) o para su adquisición (deducción en base imponible y en cuota en el IRPF, exención por la transmisión de la vivienda habitual cuando se va a adquirir otra, etc.). Pero, desde este enfoque a la vez extrajurídico y constitucional, carece de fundamento otorgar beneficios fiscales a quien va a convertir la vivienda habitual de su familiar fallecido, por ejemplo, en un local de negocios.
- Cuando la norma exige mantener lo adquirido durante 10 años, el objeto de ese mantenimiento debería ser la vivienda habitual que es, estrictamente, lo adquirido. Obsérvese que la norma habla de «mantener» lo adquirido. Y una de dos, o se realiza sobre esa locución normativa el socorrido reproche de imprecisión jurídica (12) o se transforma en una exigencia de «conservar» en parecidas circunstancias el uso y destino que sobre esa vivienda existiera.
- La exigencia de convivencia a los parientes colaterales para acceder a esta reducción sólo es comprensible desde la intención del legislador de beneficiarlos si van a continuar habitando la vivienda que ya constituía su morada. ¿Qué sentido tiene exigir la convivencia si, por ejemplo, ese colateral abandona tal hogar y la destina a alquiler? Francamente, parece que no tendría ningún sentido.

La hipotética aceptación de esta matización plantea el problema adicional de su superposición con el requisito del mantenimiento durante 10 años. ¿Debe constituir la vivienda adquirida la morada habitual durante esos 10 años? Tampoco parece que sea ésa la intención del legislador. Una interpretación conjunta y sistemática del límite de los 10 años con el período de 3 años, que la legislación del IRPF exige para considerar habitual una vivienda, llevaría a entender lograda la reducción cuando habiendo sido vivienda habitual durante 3 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 7 años más aunque no tuviera el carácter de habitual.

III. REDUCCIONES EN LAS ADQUISICIONES LUCRATIVAS *INTER VIVOS*

Mediante la Ley 13/1996 se introduce un apartado sexto en el artículo 20 de la ley del impuesto para beneficiar las adquisiciones lucrativas de la empresa individual y de las participaciones exentas en el Impuesto sobre el Patrimonio.

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

(12) Realmente la obligación de «mantener» tiene más sentido si recae sobre el poseedor del bien que sobre el propietario y se adapta mejor a exigencias de carácter fáctico (mantener en buenas condiciones de uso, por ejemplo) que no a cuestiones jurídicas.

La norma aplica la reducción a las transmisiones lucrativas *inter vivos* sin limitarla exclusivamente al contrato de donaciones. Con una mayor precisión, podría haberse hecho referencia a las adquisiciones y no las transmisiones que no son, en puridad, hecho imponible del impuesto. Más allá de tal puntualización, no parece haber mayor problema del que pudiera surgir de determinadas operaciones sujetas al tributo por suponer, por asimilación legal, una adquisición lucrativa siendo que jurídicamente no existe una transmisión. Ejemplo de ello podrían ser las renunciaciones de derechos.

La norma, de manera análoga a lo que hace respecto de las adquisiciones *mortis causa*, establece una serie de requisitos a cumplir. Su inmediata comprensión se ve impedida por el hecho de que se regulan de manera conjunta sin diferenciar entre los aplicables a la empresa y los aplicables a las participaciones. Pero lo cierto es que la propia naturaleza de alguno de los requisitos sugiere claramente su sola aplicación a uno de ambos tipos de bienes.

1. Requisitos que debe cumplir el donante.

De modo expreso la ley contiene dos requisitos de carácter acumulativo:

- El donante ha de tener como mínimo 65 años o encontrarse en situación de incapacidad permanente, en grado de absoluta o gran invalidez.
- Si viniera ejerciendo funciones de dirección debe dejar de ejercerlas y de percibir remuneraciones por tales funciones desde el momento de la transmisión. El propio tenor de este segundo requisito implica su aplicación exclusiva al caso de la donación de participaciones y no al de empresa. Y ello, por cuanto, al margen de emplear expresiones idénticas a las del artículo 4.º Octavo de la Ley 19/1991, la donación de la empresa debe suponer necesariamente el cese en cualquier función (y no sólo la estricta de dirección) por parte del donante.

Por otro lado, el empleo del condicional en este requisito («si viniera ejerciendo ...»), resulta del nuevo régimen de la exención del Impuesto sobre el Patrimonio, que permite su disfrute aun no realizando tal tipo de funciones (la exención se reconoce en favor de una determinada persona siendo suficiente que en el grupo familiar que a estos efectos se determina haya otra que ejerza funciones de dirección).

Finalmente, el precepto precisa que «a estos efectos, no se entenderá comprendida entre las funciones de dirección la mera pertenencia al Consejo de Administración de la sociedad». Esta precisión debe comentarse al hilo de lo que dispone la normativa del Impuesto sobre el Patrimonio. En este tributo la exención exige el desarrollo efectivo de funciones de dirección que el Real Decreto 2481/1994 objetiva en determinados cargos o nombramientos, y entre ellos, el de Consejero. El entendimiento de este requisito en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones debe

hacerse comprendiendo que lo que la norma trata de favorecer es el supuesto de la persona de 65 años que es Consejero de una entidad y que pretende cesar en el ejercicio de sus funciones de dirección pero no de su condición de Consejero. Para tal caso, la norma no niega la reducción por entender que la «mera» pertenencia al Consejo (sin efectivas funciones de dirección) no conculca el espíritu de la norma.

Un tercer requisito debe entenderse implícito en el fundamento de la reducción. Conforme ya se ha argumentado anteriormente, no puede existir una empresa cuando no hay actividad por parte del transmitente. Por tanto, sólo si quien transmite venía ejerciendo una actividad se tendrá derecho a la reducción.

El concepto de empresa, de nuevo, no habría que limitarlo al desarrollo de una actividad empresarial sino que debe entenderse comprensivo de los bienes y derechos afectos a cualquier tipo de actividad.

2. Caso particular de donación de bienes comunes.

La exigencia de determinados requisitos en el donante plantea la duda de si, en el caso de bienes comunes a ambos cónyuges, deben cumplir los requisitos los dos transmitentes.

Desde una perspectiva civilista será la normativa aplicable en cada región de España la que deba dar una solución. En donde sea aplicable el Código Civil como Derecho común la respuesta parece clara: en la donación de bienes comunes debe apreciarse la concurrencia de dos donantes. Esta conclusión -que sería igualmente aplicable a todos aquellos supuestos en los que, por norma regional o pacto matrimonial, exista una suerte de mano común para la disposición de los bienes integrantes del acervo consorcial- se justifica por el artículo 1.378 del Código Civil que sanciona con nulidad a todos «los actos a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges». Por lo tanto, la donación sólo será eficaz si actúan los dos cónyuges. Y si es precisa esa actuación conjunta, habrá que concluir que «donante» en estos supuestos no hay uno sino dos. Y a los dos les serán exigibles los requisitos fiscales comentados.

Fiscalmente, el artículo 38 del reglamento del impuesto considera que en la donación de bienes comunes existe una sola donación. Tal precepto no desvirtúa el razonamiento anterior por cuanto:

- El propio artículo limita su aplicación a la «donación por ambos cónyuges de bienes o derechos comunes ... ». Con lo que se deja suficientemente claro que, al margen de otras consideraciones, en esa donación hay dos donantes.
- El precepto existe para evitar la elusión de la progresividad del impuesto mediante la consideración de dos donaciones pero no permite concluir que la consideración fiscal de una sola donación suponga un solo donante.

- Además, en la liquidación del impuesto, cuando es precisa la referencia a los elementos subjetivos del contrato, hay que atender a la realidad jurídica de dos transmitentes con independencia de que se considere una sola donación (así arts. 44.5 y 60.4 del reglamento para aplicar el grado de parentesco o para acumular la donación).

3. Requisitos que debe reunir el donatario.

La letra c) del artículo 20.6 contiene tres requisitos a cumplir por el donatario. Como ya se ha dicho, la primera dificultad es atribuir cada requisito a la adquisición de la empresa y/o a las participaciones. Los requisitos son los siguientes:

- Debe mantenerlo adquirido durante los 10 años siguientes a la fecha de la escritura pública de donación.

Este requisito debe aplicarse a los dos tipos de bienes. Para su análisis, bastará con la remisión a lo ya comentado sobre las adquisiciones *mortis causa*.

Lo que sí merece un comentario propio es el inicio del cómputo de los 10 años. El plazo empieza a correr, no desde el devengo del impuesto, sino desde la escritura pública de donación. Sorprende esta precisión por cuanto sólo en el caso de la donación de bienes inmuebles (art. 633 del CC) es precisa la escritura pública como requisito de validez del contrato. ¿Se trata de un desliz del legislador o está ordenando implícitamente el uso de tal tipo de documento para gozar del beneficio fiscal?

En principio no tiene ningún sentido imponer el empleo de documento público para acceder a un beneficio fiscal cuando la legislación civil no lo considera necesario. Cuestión distinta es que, para favorecer el control durante esos 10 años sobre los bienes adquiridos, se exija la escritura.

Pero ni siquiera ese argumento en atención a un mejor control parece suficiente. Sí que se logra un mejor seguimiento de esos bienes si existe escritura pública. Pero también hay que considerar que el carácter no inscribible de la mayor parte de los bienes beneficiados por la reducción, la necesidad de liquidar sobre el 5 por 100 no beneficiado y, finalmente, el valor probatorio que cabe atribuir a los documentos privados (art. 48.2 del reglamento), son razones que pueden hacer decaer la obligatoriedad de la escritura pública por el mejor control que teóricamente pudiera suponer.

- Debe tener derecho a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio durante idéntico plazo.

Este requisito se debe exigir exclusivamente para el caso de las participaciones, pues sólo para este tipo de bienes exige la norma el que gocen de exención en el otro impuesto. La exigencia, en coherencia con lo que se ha ido razonando a lo largo de estos comentarios,

es perfectamente lógica. Más aún, al margen de la claridad y del robustecimiento de la seguridad jurídica, lo cierto es que ni siquiera debería exigirlo expresamente por entenderlo implícito tanto en el sentido de la reducción como en la exigencia de «mantener lo adquirido».

Por tanto, ¿por qué exigir, en el concepto de adquisición *inter vivos*, de manera expresa el mantenimiento de la exención y no en el de adquisición *mortis causa*? ¿La inclusión expresa en esta norma para donaciones, redactada por la Ley 13/1996, y no para el concepto sucesorio, en la redacción del Real Decreto-Ley 7/1996 y Ley 14/1996, debe entenderse como indicadora de que, efectivamente, se exige para las donaciones y no para las sucesiones? Y si la respuesta correcta es la afirmativa, ¿qué distinto fundamento o circunstancia puede justificar ese distinto tratamiento? ¿Entraría o excedería del ámbito de la potestad reglamentaria el que una futura norma recogiera, de modo expreso y como desarrollo reglamentario, esa obligación también para el adquirente por título sucesorio?

La cuestión todavía admite algún enredo adicional si se repara en el segundo párrafo de la letra c) del artículo 20.6 que señala que «Dicha obligación también resultará de aplicación en los casos de adquisiciones *mortis causa* ... » ¿Se está refiriendo exclusivamente a la prohibición de actos dispositivos? ¿o se está refiriendo, de manera más global, a toda la letra c) como aglutinadora de una única obligación genérica de mantener lo adquirido?

Demasiadas preguntas y demasiadas dudas para sólo dos párrafos en la ley.

- *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.* Sobre este requisito ya se ha profundizado en otro apartado de estos comentarios. Interesa ahora simplemente recordar la ambigüedad con que se plantea, el buen fundamento que lo informa, lo insuficiente que puede resultar para todos aquellos supuestos en los que esos actos de disposición u operaciones societarias no los realice el donatario (o el causahabiente cuando tal sea el caso) sino la propia entidad implicada.

4. Calificación como exentas de las participaciones donadas.

La reducción en el caso de las participaciones se predica de las que estén exentas en el Impuesto sobre el Patrimonio. Lo que la norma no precisa es en qué momento debe medirse esa exención.

Conforme se analizó en las adquisiciones *mortis causa* -y a falta de mayor precisión normativa- la exención debe cumplirse en el momento del devengo del impuesto que grava la donación. Y tal fecha, presenta el problema de que la realización de una donación no supone, naturalmente, ni el devengo del Impuesto sobre el Patrimonio ni el del IRPF. Suponiendo un legislador coherente y racional, habrá que arbitrar una técnica mediante la que se supla el hecho de que sólo estando devengado el Impuesto sobre el Patrimonio pueda apreciarse con todo rigor la exención de las participaciones.

En tanto tal solución llega, puede plantearse la siguiente:

- El requisito de porcentaje de participación en la entidad (lo cumpla el donante o cualquier miembro de su grupo familiar) debería exigirse en el momento justamente anterior al de la donación.
- El doble requisito de desarrollar labores de dirección en la entidad y percibir por ello una remuneración (lo cumpla el donante o cualquier miembro del grupo familiar), tiene una dimensión temporal que impide su medición en el momento de la donación.

4

Ejemplo:

En una donación de acciones realizada el 2 de febrero de 1997, ¿cuándo debe cumplirse el requisito de realizar labores de dirección remuneradas en el porcentaje que exige la Ley 19/1991? ¿El 2 de febrero? ¿A 31 de diciembre de 1996 y por ese año? ¿A 31 de diciembre de 1997 y por ese año? ¿Por el período 1 de enero a 1 de febrero de 1997?:

- La dimensión temporal del requisito descarta la sola consideración de un único día aunque sea el del devengo de la donación.
- Tampoco sirve la solución de considerar el período que vaya de 1 de enero hasta 1 de febrero como anteriormente se proponía para el gravamen sucesorio. La razón es que la donación de un bien no supone la apertura de un período impositivo «fraccionado» en el IRPF. Y en tal caso, no sólo resultaría forzado, sino también complicado, el cálculo de los rendimientos fiscales teóricos que corresponderían a ese simulacro de período impositivo.
- El remitir la medición de esos requisitos al ejercicio fiscal en que se produzca la donación (1997 en nuestro ejemplo), tampoco tiene un sólido fundamento en la medida en que, si era el donante quien ejercía las labores remuneradas de dirección, la Ley 13/1996 le obliga a cesar en tal ejercicio.
- Finalmente, parece preferible remitir esos requisitos al período impositivo correspondiente al último devengo del IRPF por cuanto la exención en patrimonio exige comparar las remuneraciones percibidas con los rendimientos empresariales, profesionales y del trabajo personal. Y, en el ámbito fiscal, tales conceptos (13) sólo existen cuando el IRPF se entiende devengado.

(13) Obsérvese que el artículo 4 de la Ley 19/1991 no compara los «ingresos» empresariales o profesionales o de trabajo. Utiliza como comparación los «rendimientos». Eso supone, implícitamente, un cálculo referido a la acepción fiscal del término.

IV. CONCLUSIONES

Previamente al resumen de las ideas que se han ido desgranando a lo largo de estos comentarios, parece oportuno una reflexión general sobre el sentido, la forma y la regulación de estos beneficios fiscales.

Todos los impuestos, además de las críticas y dudas que su concreta aplicación comporta, están expuestos a la constante revisión desde perspectivas más generales, rayanas en los campos de la Hacienda Pública, la Economía General y la Política.

El Impuesto sobre Sucesiones es uno de los impuestos que mayores críticas concita. El tomar como presupuesto de hecho una circunstancia tan ingrata como el fallecimiento de una persona, la carga tributaria que comporta cuando ha podido no haber enriquecimiento fuera del estricto ámbito familiar, la siempre subjetiva comprobación de valores, la complicación en la liquidación del impuesto, la dificultad para reunir la información necesaria para cumplir todas las obligaciones fiscales o la comparación con otras regiones españolas donde el gravamen sucesorio es nulo en determinados casos, son razones que pueden justificar la impopularidad de este tributo. Si además se vislumbra una cierta tendencia del legislador -que arranca en el año 1987 con la modificación de tarifas y reducciones de la base y llega hasta la Ley 14/1996- a reducir la carga tributaria por este concepto, es fácil constatar una indefinible sensación de desmantelamiento del impuesto.

Pero todo este tipo de razonamientos y «sensaciones», no dejan de ser opciones sin mayor relieve que, el constituir, en su caso, punto de referencia para propuestas de *lege ferenda*. Es decir, no pueden influir en la interpretación de las normas hasta el punto de resolver cualquier mínima duda en favor del no gravamen por este impuesto. La norma debe ser interpretada en la creencia de una duración prolongada del impuesto. Tomando un símil contable, podría decirse que la norma, como los estados contables, debe interpretarse a la luz del principio de «empresa en funcionamiento». Es decir, sin considerar ni la hipotética tendencia doctrinal hacia su desaparición ni la real tendencia legislativa hacia sustanciales recortes en su recaudación.

Por tanto, todo este tipo de circunstancias, y sin incurrir en la viciosa práctica que refleja el aforismo *in dubio pro fisco*, no deberían ser consideradas en la interpretación (14) de las normas.

Esta reflexión permite enlazar con una idea que ya ha aparecido anteriormente. En concreto, con el gran número de dudas y lagunas que las normas analizadas presentan.

Este defecto, del que difícilmente está exenta alguna norma y, especialmente las fiscales, puede ser consecuencia del origen y forma de manifestación de estas normas: el Real Decreto-Ley 7/1996 y la Ley 13/1996, de Medidas Fiscales.

(14) Cuestión distinta es que alguna de esas circunstancias puedan ser reflejo del espíritu o finalidad de algún beneficio fiscal. En tal caso, sí serían relevantes como elemento de interpretación.

Es inherente a los Decretos-Ley la extraordinaria y urgente necesidad, y sin entrar en si tal concepto jurídico indeterminado se daba en este caso, lo cierto es que puede casar mal tal tipo de norma con medidas fiscales que deben «encajarse» en un impuesto con un sistema de liquidación tan delicado como el de Sucesiones. Por su parte, la reducción para las donaciones, no aparecía en el proyecto de Ley de Medidas Fiscales, con lo que una inclusión parlamentaria de última hora también podría ser causa de dificultad en su interpretación sistemática en relación al resto del impuesto.

Dando por supuesta la legalidad, legitimidad, corrección y oportunidad tanto de tal tipo de beneficios como de las fuentes normativas donde se plasman, lo que también parece evidente es que precisan de un desarrollo reglamentario que despeje las dudas que en su aplicación puedan surgir. Pero, aunque la ausencia de tal desarrollo dificulte la comprensión de la norma, ésta debe ser aplicada y debe dar una solución real a los casos que en el día a día se presenten. Tal ha sido el intento de estos comentarios, que pueden resumirse de la siguiente manera:

- Los beneficios en favor de la empresa individual y de determinadas participaciones se conceden en el Impuesto sobre el Patrimonio y en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones tanto en las transmisiones *inter vivos* como en las *mortis causa*. A pesar de su mismo fundamento, cada beneficio tiene características propias según el concepto impositivo que se contemple.
- La reducción en favor de la vivienda habitual se concede exclusivamente para las adquisiciones *mortis causa*.
- Es común a todos los beneficios analizados la exigencia de un requisito de permanencia. Por las distintas razones expuestas, hay que entender este requisito temporal, no sólo desde una estricta y expresa dimensión «cuantitativa» (10 años), sino también, en referencia a su vertiente «cualitativa», implícita tanto en este específico requisito como en el fundamento mismo de la reducción. De este modo, el adquirente de una empresa debe continuar la actividad, el de las participaciones debe mantener la exención y el de la vivienda debe convertirla en su morada habitual.
- Tanto en las sucesiones como en las donaciones, la tributación de la transmisión de la empresa individual debe contemplar la titularidad civil de tal bien por cuanto una titularidad común a ambos cónyuges reduce a la mitad el beneficio fiscal.
- A diferencia de lo que ocurre en el Impuesto sobre el Patrimonio, el desarrollo de una actividad no empresarial (por ejemplo la actividad profesional) no impide el acceso al beneficio fiscal.
- La «medición» de la exención de las participaciones en el devengo de la sucesión o la donación, a falta de una mayor precisión normativa, exige aplicar a los distintos requisitos de aquélla, momentos temporales distintos en razón de su también distinta naturaleza.
- Buena parte de las conclusiones anteriores, basadas en interpretaciones sobre lo que la letra de la norma no expresa, no dejan de ser opiniones sobre unas cuestiones que parecen claramente necesitadas de un completo desarrollo reglamentario.