

LA PROBLEMÁTICA DE LA TRANSICIÓN GENERACIONAL DE LAS EMPRESAS FAMILIARES ¹

Mercedes Navarro Egea
Profesora titular de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Murcia

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Incidencia de la Ley de supresión del gravamen del IP en la planificación del traspaso generacional. 3. Adquisición hereditaria de empresas y participaciones societarias en el art. 20.2.c) de la Ley del ISD. 3.1. Requisitos importados del IP en caso de sucesión de la empresa individual. 3.2. Requisitos importados del IP para la adquisición de participaciones societarias. 4. Donación de empresas y participaciones societarias en el art. 20.6 de la Ley del ISD. 4.1. Requisitos exigidos al donante. 4.2. Requisitos exigidos al donatario. 5. A modo de conclusión.

1. Introducción

El traspaso generacional de la empresa, como es sabido, es objeto de un trato de favor en las normas del ISD que se ha visto potenciado con las medidas adoptadas por algunas Comunidades Autónomas, entre las cuales se encuentra la Región de Murcia.

Sin entrar en el elenco de los beneficios fiscales autonómicos, el objeto de este estudio versa sobre las dos modalidades de reducciones comprendidas en el art. 20 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en atención a que el relevo generacional tenga lugar mediante adquisición hereditaria o donación.

El interés por su estudio queda justificado, entre otras razones, por los problemas que plantea la subordinación de estas técnicas desgravatorias al cumplimiento de los requisitos que dan derecho a la exención del art. 4. Octavo de la Ley del Impuesto sobre Patrimonio, incorporando así las deficiencias técnicas y de equidad de que adolece esta última. Defectos que se proyectan igualmente sobre las medidas autonómicas que toman como base la redacción dada por la norma estatal. Estas circunstancias generan disfunciones, discriminaciones e inseguridad en perjuicio de quienes han de planificar la sucesión, a la vez que dificultan la actividad de los órganos de la Administración para la correcta aplicación de los beneficios fiscales.

2. Incidencia de la Ley de supresión del gravamen del IP en la planificación del traspaso generacional

La Ley 4/2008, de 23 de diciembre, por la que se suprime el gravamen de Impuesto sobre el Patrimonio, introduce una bonificación del 100 % de la cuota que anula de forma inmediata la carga tributaria de los sujetos pasivos y, adicionalmente, elimina la obligación de declarar. Esta nueva situación admite, entre sus posibles lecturas, una valoración positiva desde el punto de vista de los patrimonios empresariales.

¹ Conferencia impartida en las V Jornadas Tributarias de la Región de Murcia, celebradas los días 30 y 31 de marzo de 2009.

Si bien es cierto que la empresa, en sus diversos formatos jurídicos (empresa individual, sociedad, etc.), ha disfrutado de un régimen de exención en dicho impuesto, la actual supresión pone fin a las distorsiones que, en detrimento de elementales exigencias de justicia tributaria, se han puesto de manifiesto como resultado de la aplicación, en sus estrictos términos, de los requisitos establecidos por el art. 4. Octavo de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio. Piénsese que, por ejemplo, de haberse mantenido el gravamen en la coyuntura económica actual, aquellos empresarios individuales que están experimentando fuertes caídas en los rendimientos de su actividad podrían haberse encontrado con la pérdida del beneficio fiscal y, concurriendo los bienes afectos a la empresa con otros del patrimonio personal, con la tributación efectiva por este impuesto.

Es probable que este dato no estuviera presente en el momento en el que se anunció la supresión del IP como una de las primeras medidas para reactivar la economía (si se recuerda, junto con el cheque de los 400 euros).

Abundando en las razones que han impulsado el singular letargo del IP, es claro que en esta decisión de política fiscal ha pesado la pérdida de relevancia del tributo en términos recaudatorios como consecuencia de una planificación fiscal orientada a organizar grandes patrimonios bajo formas societarias que –aparentemente- desarrollan actividades económicas, dando lugar a estructuras de grupo a cuya cabeza se sitúa la denominada “sociedad *holding* familiar”, y cuyas participaciones en el capital devienen exentas de tributación por el patrimonio neto de sus socios (personas físicas unidas por vínculos de parentesco).

Estos patrones de conducta persiguen, en un primer momento, el aliciente que supone el no gravamen en IP y, a largo plazo, el acceso a los incentivos previstos en el ISD para atenuar la carga tributaria inherente al traspaso generacional. Y, en este sentido, la aplicación concatenada de los beneficios fiscales ha dado lugar a que la consolidación de los requisitos de la exención en IP opere como una garantía para la consecución de los segundos.

Ahora bien, la supresión del gravamen del IP introduce un nuevo factor que puede modificar algunas de estas estrategias, pues el objetivo ahora es más concreto y tardío: se limita a optimizar el ahorro fiscal en el momento del traspaso generacional, esto es, procurando que la decisión empresarial pueda ajustarse a las exigencias que permitirán aplicar las reducciones de la base imponible del ISD previstas en la Ley estatal -y, en su caso, las autonómicas-. No obstante, el cambio en los objetivos perseguidos con esta estrategia no impide la necesidad de dar cumplimiento a los requisitos de la norma de exención en el IP, esto es, del llamado “impuesto fantasma”, toda vez que siguen siendo la llave de los beneficios fiscales en el ISD.

Conseguida la minoración de la carga fiscal asociada al relevo generacional, se abre la posibilidad de diseñar otras líneas de actuación encaminadas a la conservación y crecimiento de la empresa, donde los sucesores podrán encontrar una menor tributación a través de las ventajas fiscales asociadas a determinadas operaciones de reestructuración empresarial.

En este contexto, conviene señalar que la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, además de la supresión del gravamen del IP, ha incorporado otras medidas fiscales que resultan

de gran interés para la planificación fiscal en este ámbito de la organización de patrimonios empresariales en manos de grupos familiares, pues la realización de operaciones de reestructuración (fusiones, etc.) no serán sometidas a gravamen por los conceptos impositivos comprendidos en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, ITPAJD).

En efecto, en este cuerpo legal se introducen novedades importantes en la estructura del mencionado impuesto para su adecuada adaptación a la Directiva 2008/7/CE del Consejo, de 12 de febrero, relativa a los impuestos que gravan la concentración de capitales. Entre otras cuestiones, se da nueva redacción al art. 19 del Texto Refundido de la Ley del ITPAJD, considerando como operaciones no sujetas “*las operaciones de reestructuración*”, entendiéndose por tales el art. 21 “*las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de valores definidas en el artículo 83, apartados 1, 2, 3 y 5, y el artículo 94 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades,...*”. Y, para evitar que esta medida pueda activar el gravamen por las otras modalidades del ITPAJD, se modifica la redacción del art. 45 del Texto Refundido para declarar la exención de estas operaciones “*en cuanto al gravamen por las modalidades de transmisiones patrimoniales onerosas o de actos jurídicos documentados*”.

Y, en todo caso, tales operaciones podrán optar por la aplicación del régimen especial previsto en el cap. VIII del tít. VII del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, para las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canjes de valores, con el objeto de diferir las eventuales ganancias patrimoniales que se deriven de la transmisión del patrimonio, en la medida en que tales operaciones obedezcan a motivos económicos válidos. Sobre este extremo, cabe decir que la DGT (consulta V0123-08, de 22 de enero de 2008) ha considerado que se pueden reputar económicamente válidos la finalidad de involucrar a los hijos en la actividad, que la empresa no se extinga tras el fallecimiento, etc.

3. Adquisición hereditaria de empresas y participaciones societarias en el art. 20.2.c) de la Ley del ISD

El art. 20.2.c) de la Ley 29/1987 prevé la posibilidad de que los herederos reduzcan la base imponible del ISD en el 95 % del valor de la empresa del causante o, en su caso, de las participaciones de éste en el capital de la sociedad que desarrolla la actividad económica. A tal efecto, dispone lo siguiente:

“En los casos en los que en la base imponible de una adquisición mortis causa que corresponda a los cónyuges, descendientes o adoptados de la persona fallecida, estuviese incluido el valor de una empresa individual, de un negocio profesional o participaciones en entidades, a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, o el valor de derechos de usufructo sobre los mismos, o de derechos económicos derivados de la extinción de dicho usufructo, siempre que con motivo del fallecimiento se consolidara el pleno dominio en el cónyuge, descendientes o adoptados, o percibieran éstos los derechos debidos a la finalización del usufructo en forma de participaciones en la empresa, negocio o entidad afectada, para obtener

la base liquidable se aplicará en la imponible, con independencia de las reducciones que procedan de acuerdo con arreglo a los apartados anteriores, otra del 95 % del mencionado valor, siempre que la adquisición se mantenga, durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciera el adquirente dentro de ese plazo.

En los supuestos del párrafo anterior, cuando no existan descendientes o adoptados, la reducción 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 supérstite tendrá derecho a la reducción del 95 %. (...)

Con arreglo a esta redacción, son tres las condiciones de las que depende la aplicación del beneficio fiscal:

- a) Que a la empresa o negocio profesional y, en su caso, las participaciones en el capital de la sociedad les sea de aplicación la exención prevista en el IP.
- b) Que la adquisición se materialice en determinados familiares.
- c) Que la adquisición se mantenga por un plazo mínimo de diez años.

Si bien el centro de atención de este estudio recae en el desglose de los requisitos que se han de dar en el momento de la adquisición por el efecto de la llamada realizada a la exención del IP, conviene hacer algunas observaciones de interés práctico respecto de las condiciones referidas en las letras b) y c) de nuestra enumeración.

Por lo que hace a la **relación de parentesco de los herederos**, el trato de favor está pensado para la sucesión de padres a hijos y, en este sentido, se entiende la prioridad en relación con los descendientes y adoptados; de manera que, a falta de éstos, la reducción será de aplicación a otros familiares (ascendientes o adoptantes y colaterales hasta el tercer grado). Por supuesto, sin que se cuestione la práctica del beneficio fiscal en relación con el cónyuge, incluso en caso de separación legal por cuanto no se ha roto el vínculo matrimonial (Consulta DGT n.º V2264-06, 16 de noviembre de 2006).

Aún no existiendo duda sobre la aplicación de la reducción por razón del parentesco, el precepto resulta incierto en cuanto a la distribución de la cuantía de la reducción (95 % del valor de la empresa) entre los herederos. Cuestión resuelta por la doctrina administrativa al considerar que, con arreglo al principio de igualdad presente en la liquidación del IS, habrá que proceder a su prorrateo entre los herederos salvo que el testador hubiera designado al sucesor. Y, a efectos de su cuantificación, la reducción tomará como base el valor neto de cargas, gravámenes, así como de las deudas y gastos personales en la proporción correspondiente.

En lo que se refiere al **requisito de permanencia o mantenimiento de la adquisición**, la redacción del precepto resulta algo imprecisa, aunque la Ley del ISD en el apartado 6 del art. 20 –a propósito de la donación de empresas y participaciones societarias- disponga que el adjudicatario “*no podrá realizar actos de disposición y operaciones societarias que, directa o indirectamente, puedan dar lugar a una minoración sustancial de la adquisición*”.

Una interpretación estricta de la norma puede llevar a pensar que la realización de actos de disposición u operaciones societarias que supongan una transmisión de la empresa conllevará la pérdida del beneficio fiscal con la consiguiente regularización de la situación tributaria mediante una declaración complementaria (ingresando lo que se hubiera dejado de ingresar por el efecto de la reducción y los intereses de demora). Tal consideración del requisito de permanencia resulta desproporcionada si de lo que se trata, en definitiva, es de preservar la actividad económica; y, a tal efecto, no será extraño que en aras de esa conservación de la empresa o negocio sea necesario acometer cambios en su forma jurídica o estructura organizativa para que resulte más eficiente y competitiva en el mercado.

La Administración tributaria ha optado por una interpretación flexible de la letra de la Ley. La DGT, en las respuestas dadas a las consultas de los contribuyentes, insiste en que lo decisivo es acreditar el mantenimiento del valor, o expresado en otros términos, que tales actuaciones no redunden en una “minoración sustancial” de dicho valor. Expresión que no deja de ser incierta, y que, a falta de una definición legal, la DGT ha declarado que ha de ser entendida con arreglo a su sentido usual, mediante una apreciación referida a las circunstancias del caso concreto (consulta V2465-07). Con arreglo a este criterio, se ha admitido la reducción de capital de una sociedad mediante devolución de capital a sus socios en la medida en que no se disminuya el valor teórico declarado como valor de adquisición (consulta nº V2312-08); y también se entiende cumplido el requisito cuando se materialice dicho valor de forma inmediata en elementos patrimoniales (consulta nº V1357-08, de 2 de julio de 2008).

Esta posición interpretativa permite que los herederos puedan ordenar el ejercicio de la actividad económica sin que al adquirente venga obligado al ejercicio personal, habitual y directo de la misma; y, misma, hace factible no sólo el arrendamiento del negocio, sino la transmisión del mismo u otro tipo de estrategias de crecimiento que, por ejemplo, impliquen la aportación de la empresa individual a una sociedad mercantil o, teniendo ya tal formato, decisiones sobre su estructura organizativa como la fusión, escisión, aportaciones de activos o canjes de valores.

Tras las consideraciones expuestas y retomando el análisis de la primera de las condiciones apuntadas, es decir, que a **la empresa o negocio profesional y, en su caso, las participaciones en el capital de la sociedad les sea de aplicación la exención prevista en el IP**, es obvio que la improvisación en la supresión del IP ha impedido una reforma más reposada, en la que, por ejemplo, se hubiera considerado la oportunidad de desvincular la reducción fiscal objeto de análisis de la aplicación de la exención del IP, eliminando así las distorsiones y discriminaciones que se producen en la práctica por la difícil coordinación entre ambos beneficios fiscales.

Puesto que la norma de reenvío del ISD mantiene viva la exención del IP, resulta de interés exponer los requisitos que habrán de darse en el momento del fallecimiento del titular de la empresa, negocio o participaciones en el capital de la sociedad que desarrolla la actividad empresarial. A tal efecto, conviene hacer tres aclaraciones:

- Tales exigencias han de concurrir en el momento en que se produce el devengo del ISD. Tal como aclara la DGT en la Resolución 2/1999, de 23 de marzo, no

se exige que el 31 de diciembre anterior se tuviera o no derecho a la exención, sino que lo relevante es si se cumplen todos los requisitos para poder acceder a la misma en la fecha de fallecimiento (devengo del ISD). En esta línea, el TEAC, en Resolución de 15 de febrero de 2006, declara que es “irrelevante la exención o no en el impuesto sobre el Patrimonio devengado a 31 de diciembre anterior a la fecha de fallecimiento” (FJ 5º).

- El reenvío al IP permite identificar dos modalidades de reducción asimétricas en atención a la forma jurídica en la que se articula la actividad económica: adquisición hereditaria de empresa individual y adquisición hereditaria de participaciones societarias.
- No basta con la remisión a la letra del art. 4. Octavo de la Ley 19/1991, reguladora del IP, sino que es necesaria su integración con las normas del IRPF en los términos desarrollados reglamentariamente por el Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre. Este doble reenvío plantea problemas en su proyección al ámbito de la reducción en el ISD, algunos de los cuales han quedado resueltos en la Resolución 2/1999, de 23 de marzo, de la DGT, 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.

3.1. Requisitos importados del IP en caso de adquisición de empresa o negocio individual

La llamada a los requisitos contenidos en la exención regulada en la Ley del IP conlleva que, si el objeto de la adquisición *mortis causa* es una empresa o negocio individual, los herederos que pretendan aplicar la reducción fiscal en sus liquidaciones de ISD tendrán que acreditar lo siguiente:

- 1) La transmisión de bienes y derechos necesarios para el desarrollo de la actividad.
- 2) Que la actividad empresarial o profesional ha sido desarrollada de forma habitual, personal y directa por el causante.
- 3) Que la actividad ha constituido la principal fuente de renta del causante, sin que se computen las remuneraciones de las funciones de dirección o de las participaciones en el capital en entidades que se encuentren igualmente exentas.

Como se puede intuir, el cumplimiento de estas exigencias requiere una interpretación conjunta con las normas del IRPF. En primer lugar, para concretar **los bienes que forman parte del patrimonio empresarial** habrá que tomar los conceptos fiscales de actividad económica y de elementos afectos a la misma dados en el ámbito del citado impuesto sobre la renta:

- Son actividades económicas, con arreglo al art. 27 de la Ley de IRPF (Ley 35/2006, de 28 de noviembre), las empresariales y profesionales, incluida la de arrendamiento de inmuebles en la medida en que exista una organización mínima,

esto es, un local exclusivamente destinado a la gestión y una persona contratada a jornada completa.

- Son elementos patrimoniales afectos, de conformidad con el art. 29 de la Ley del IRPF, los inmuebles en los que se desarrolla la actividad, los destinados a servicios económicos y socioculturales de sus miembros y cualesquiera que sean necesarios para la obtención de los rendimientos. A tales efectos, resulta indiferente que sean de titularidad exclusiva del causante, o bien compartida con su cónyuge.
- En ningún caso, se consideran afectos los activos representativos de la participación en fondos propios de entidades (acciones, etc.) y de la cesión de capitales a terceros (cuentas bancarias, etc.). Tampoco los destinados exclusivamente al uso personal del sujeto pasivo, ni según el Real Decreto los destinados a *“cualquiera de los integrantes del grupo de parentesco a que se refiere el artículo 5 del presente Real Decreto o a 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”*.

También encuentra sentido en las normas del IRPF la exigencia de que el titular del patrimonio afecto desarrolle **el ejercicio habitual, personal y directo de la actividad económica**. Requisito que no resulta cuestionado por el hecho de que dicho ejercicio se desarrolle por medio de un representante legal (piénsese en el caso de un menor o discapacitado). Más polémica ha planteado el disfrute del beneficio fiscal en caso de que el titular de la actividad perciba una pensión por jubilación, incapacidad absoluta o gran invalidez, por entender que tales situaciones son incompatibles con el ejercicio habitual, personal y directo de la actividad. No obstante, parece abrirse camino la idea de que la condición del pensionista no impide el ejercicio de las actuaciones propias de la dirección de la actividad económica, y reconocida su compatibilidad en el orden laboral, también ha de prevalecer tal consideración a efectos del disfrute de la exención en el IP y, por consiguiente, de la reducción en el ISD. En este sentido, para un supuesto en el que el causante se encontraba en una situación de incapacidad absoluta, el TEAC, en Resolución de 15 de diciembre de 2005, argumenta lo siguiente: “el ejercicio de una actividad empresarial, supone tal como indica la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la ordenación de medios humanos y materiales con la intención de intervenir en la producción de bienes y servicios. Por tanto, puede limitarse a una función de dirección sin que lleve aparejado un trabajo físico, no implicando la minusvalía física, que es la que padecía la causante, un impedimento para su realización”. Dice el Tribunal que “alcanzar otra conclusión supone tanto como impedir en la práctica la aplicación del beneficio, salvo que el causante sea un empresario que muera joven lo que no parece compatible con la norma, que intenta primar la transmisión de una empresa o negocio en funcionamiento”.

En último término, habrá que acudir al resultado de la autoliquidación por el IRPF para determinar que los rendimientos de la actividad económica –o, en su caso, del conjunto de actividades de esta naturaleza- constituyen **la principal fuente de renta** del causante, es decir, que representan al menos el 50 % de la base imponible declarada por el causante (sobre la suma de rendimientos, ganancias patrimoniales e imputaciones de renta), de la que sólo cabría excluir los rendimientos derivados de las participaciones societarias amparadas en la otra modalidad de exención. En este caso se plantea la duda

sobre la base imponible que ha de servir de referencia en caso de que el fallecimiento del empresario tenga lugar con posterioridad al devengo del IP (31 de diciembre). La incertidumbre se ha resuelto entendiendo que, dado que la fecha de fallecimiento determina la terminación del período impositivo del IRPF, será la base imponible de esta última autoliquidación la que habrán de tomar los herederos para valorar la procedencia de la reducción en el ISD.

Teniendo en cuenta tales consideraciones, la práctica ha puesto de manifiesto que no todas las empresas o negocios empresariales podrán disfrutar del beneficio fiscal desvirtuándose la finalidad que en origen persigue esta medida de favor y que, como es sabido, no es otra que atenuar la carga fiscal en el momento del traspaso generacional asegurando la continuidad de la actividad económica en manos de los familiares del fallecido. Ejemplo de las paradojas que se producen como consecuencia de los reenvíos a las normas del IP e IRPF vienen dados por las dificultades para acceder al trato de favor cuando el empresario o profesional se encuentra jubilado o en situación de incapacidad permanente al tiempo de su muerte; o bien si, como consecuencia de la coyuntura económica, los rendimientos de la actividad son inferiores a la pensión o necesita realizar una ganancia patrimonial.

Los requisitos reseñados en estas páginas para la práctica de la reducción del 95 % del valor de la empresa sobre el total de la base imponible serán igualmente exigibles para el caso de que la actividad económica se desarrolle a través de una comunidad de bienes, sociedad sin personalidad jurídica o sociedad civil. Con arreglo a la interpretación dada por la DGT en la Resolución 2/1999, de 23 de marzo, parece fuera de dudas que, sobre la base del régimen de atribución de rentas, será preciso cada uno de los comuneros cumpla de forma individualizada el ejercicio de la actividad económica de forma habitual, personal y directa, además de las restantes exigencias de las que depende la exención del IP. Resulta clarificadora la contestación de la DGT a la consulta nº V2239-08, de 26 de noviembre de 2008, en la que insiste en la apreciación individual de los requisitos para acceder a la reducción del ISD y, asimismo, admite que “el hecho de la participación de los comuneros en la toma de decisiones, en la gestión cotidiana de la Comunidad de Bienes, constituiría una manifestación de esa forma de ejercicio a que nos venimos refiriendo”.

3.2. Requisitos importados del IP en la transmisión de participaciones societarias

Cuando el objeto de la adquisición viene representado por la titularidad, la nuda propiedad y derecho de usufructo vitalicio sobre participaciones en el capital de entidades mercantiles, la llamada a los requisitos previstos en la norma de exención del IP, supone que los herederos habrán de acreditar a la fecha de fallecimiento del causante lo siguiente:

- 1) Que la participación en el capital es, al menos, del 5 % si se computa de forma individual, o del 20 % para el caso de que se compute conjuntamente con el cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, afinidad o adopción.
- 2) Que el causante ha venido ejerciendo funciones de dirección en la entidad, percibiendo por ello una remuneración que representa más del 50 % de la

totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y del trabajo personal. Circunstancia que, en caso de que la participación sea conjunta, puede darse en cualquiera de los miembros del grupo familiar.

- 3) Que la entidad no tiene por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario.

El simple enunciado de estas exigencias permite advertir la mejor condición de las actividades económicas organizadas bajo formas societarias frente a las empresas y negocios de carácter individual y, asimismo, la amplitud del trato de favor, más allá del entorno pymes que inspira estas medidas, a cualquier entramado societario de carácter familiar -en esta línea, se entiende que la norma haga referencia a cualquier participación que cotice o no en mercados organizados-. No obstante, resulta difícil encontrar una razón que justifique en términos de justicia tributaria la asimetría en la configuración de los requisitos a tener en cuenta dependiendo de la forma jurídica en que se realice la actividad económica (individual o societaria).

En primer lugar, se ha de subrayar la flexibilidad con la que trata **el grado de vinculación efectiva con el ejercicio de la actividad económica** que se exige al causante si se compara con lo ya dicho para los empresarios individuales. En concreto, en participaciones de grupo familiar bastará acreditar que uno de sus miembros desarrolla funciones directivas remuneradas en el seno de la sociedad. Esta posibilidad permite que la sucesión de la empresa se pueda planificar con antelación, es decir, integrando a los descendientes en la gestión y dirección de la sociedad mediante una relación estatutaria o laboral con una participación mínima en la titularidad de la entidad.

En la norma reglamentaria que desarrolla la exención del IP, se enumeran a título de ejemplo los cargos que integran estas funciones de dirección, haciendo mención a los de Presidente, Director General, Gerente, Administrador, Directores de Departamento, Consejeros y miembros del Consejo de Administración u órgano de administración equivalente. En cualquier caso, no basta con la prueba del contrato o nombramiento que permita acreditar el cargo, lo significativo es recabar la prueba de la efectiva intervención en las decisiones de la empresa y, asimismo, de la remuneración en una cantidad tal que supere el 50 % del total de los rendimientos empresariales, profesionales y del trabajo personal.

A efectos de la determinación del porcentaje, se han de tener en cuenta las reglas siguientes:

- Si se participa en el capital de diversas entidades, el cómputo de porcentaje se determinará de forma separada.
- No se incluirán los rendimientos derivados de las funciones de dirección en las otras entidades que se encuentren exentas.
- No se incluirán los rendimientos derivados de actividades económicas que se encuentren exentas.

En este caso, se ha de reparar en que el período impositivo del IRPF sobre el que habrá de determinar los rendimientos también puede variar en atención a que las funciones directivas sean desarrolladas por el causante u otro miembro del grupo de parentesco. Tratándose del primero, el porcentaje de la remuneración habrá de concretarse a partir del período comprendido entre el primer día del año y la fecha de fallecimiento. En otro caso, habrá que tomar el período impositivo anterior al devengo del ISD.

Ahora bien, se ha de advertir que, si no existe una mínima cautela por parte de los interesados al planificar el relevo generacional, puede ocurrir que la jubilación del titular de la participación individual o del miembro del grupo de parentesco que realiza las funciones directivas durante el ejercicio, la incorporación de un nuevo miembro en los últimos meses del período impositivo, una aportación de las participaciones a una nueva sociedad *holding* que suponga el desempeño de las funciones directivas en esta nueva sociedad, una remuneración en sociedades filiales que supere las retribuciones percibidas en la sociedad matriz, etc., provoquen una disminución de la retribución y, por consiguiente, la pérdida de la reducción fiscal en la adquisición hereditaria.

Dejando a un lado estas consideraciones de carácter subjetivo, interesa profundizar en el desarrollo que la norma realiza en relación con **la actividad principal de la entidad mercantil**. En este caso, se trata de garantizar que tras el formato societario existe actividad económica real; para ello, es sabido que la norma de exención del IP ha hecho suyos los criterios que albergara el art. 75 la Ley 43/1995 del Impuesto sobre Sociedades (art. 61 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo) en el derogado régimen de sociedades patrimoniales.

La apreciación del cumplimiento de este requisito constituye, sin lugar a dudas, uno de los aspectos más complicados a la hora de determinar la procedencia de la aplicación de la reducción fiscal en el ISD. El tenor de la norma resulta extremadamente oscuro.

En un primer momento, la Ley del IP nos dice que cabe entender que una sociedad gestiona un patrimonio inmobiliario o mobiliario, cuando concurren, durante más de 90 días del ejercicio social, cualquiera de las condiciones siguientes:

- Más de la mitad de su activo está constituido por valores.
- Más de la mitad de su activo está constituido por inmuebles.

Parece claro que si esta situación excede del marco temporal mencionado, la sociedad deviene patrimonial y, por consiguiente, no puede disfrutar del trato de favor en el ISD. Tampoco plantea problemas la integración de los conceptos fiscales dados en el IRPF para “actividad económica” y “elementos patrimoniales afectos”, ni la necesidad de la llevanza de la contabilidad a efectos de poder deducir el valor del activo.

Ahora bien, el problema en la configuración del beneficio fiscal reside en la complejidad de las reglas que se introducen a efectos del cómputo de la parte del activo, excluyendo, entre otros, los valores que otorgan, al menos, el 5 % de los derechos de voto y se posean con la finalidad de dirigir y gestionar una participación, siempre que a estos efectos, se disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales y la entidad participada no gestione un patrimonio mobiliario o inmobiliario.

Con arreglo a esta excepción, queda amparada en el ámbito de la reducción fiscal en ISD la denominada “sociedad *holding* familiar”, en la medida en que cabe entender que ésta realiza actividad económica cuando concurren los siguientes requisitos:

- Que posee valores que otorgan más del 5 % de los derechos de voto.
- Que dirige y gestiona las participaciones (lo que implica simplemente el ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes de socio).
- Que dispone de una organización mínima de medios materiales y personales.
- Que las entidades participadas desarrollen una actividad económica, o lo que es lo mismo, no gestionan un patrimonio mobiliario o inmobiliario.

Asimismo se excluyen en el cómputo de activo y, por tanto, no impiden el acceso al beneficio fiscal las inversiones en valores o elementos no afectos que la sociedad pudiera realizar con los beneficios no distribuidos. En este caso, será necesario que se den las siguientes condiciones:

- Que el precio de adquisición no supere el importe de los beneficios no distribuidos obtenidos por la entidad.
- Que dichos beneficios provengan de la realización de actividades económicas o, por asimilación, de los dividendos procedentes de valores a que se refiere el apartado anterior (sociedad *holding*) siempre que procedan, al menos en el 90 %, de la realización de actividades económicas por las sociedades participadas.
- Que la inversión no supere el importe de los beneficios obtenidos en el propio año más los últimos 10 años.

A pesar de la mayor benevolencia que se deduce en el trato fiscal dado a las participaciones, se ha de subrayar que en esta modalidad de empresas la exención prevista en el texto legal del IP tiene un efecto parcial, pues el no gravamen se circunscribe “*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, minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma, y el valor del patrimonio neto de la entidad, aplicándose estas mismas reglas en la valoración de las participaciones de entidades participadas para determinar el valor de la entidad tenedora*”. Ahora bien, el Real Decreto 1704/1999 que desarrolla la exención permite considerar como bienes afectos a los activos representativos de la participación en fondos propios de entidades o de la cesión de capitales a terceros –si se recuerda, excluidos como tales para los empresarios individuales y profesionales-.

De conformidad con este mandato, acreditado el cumplimiento de los requisitos que permiten extender el trato de favor a los titulares de las participaciones, habrá que acometer el proceso complejo de determinar en qué porcentaje se las exonera de tributación. Esta fase requiere la valoración de todos los elementos patrimoniales de las sociedades para entonces aplicar la regla de proporcionalidad para fijar el porcentaje de

afectación. Un arduo trabajo en el caso de que grupos de sociedades, pues habrá que extender tal proceder a todas las entidades subordinadas revisando el valor de todas las participaciones hasta llegar a la sociedad *holding*.

Esta medida, que encuentra su razón de ser en el intento de evitar que la exención pueda ser utilizada para ocultar elementos patrimoniales ajenos a la actividad económica, no constituye un requisito del que dependa la exención por lo que no incidirá en el momento de determinar el valor de las participaciones sobre las que se podrá practicar la reducción del 95 % en la base imponible del ISD. La cuestión no deja de ser polémica. Como se desprende de la Resolución 2/1999 de la DGT, la magnitud sobre la que se aplica la reducción fiscal será el mismo valor que se ha integrado en la base imponible, es decir, el valor neto de cargas y gravámenes, así como la proporción de las deudas y gastos generales que integren el caudal relicto. Sin embargo, este órgano consultivo en respuesta a consultas recientes considera que el criterio de proporcionalidad se encuentra implícito en la norma (Consulta nº V0177-09, 30 de enero de 2009).

4. Donación de empresas y participaciones societarias en el art. 20.6 de la Ley del ISD

El art. 20.6 de la Ley 29/1987 contempla la reducción del 95 % del valor de la empresa, negocio individual o participaciones societarias en la base imponible derivada de la donación de empresa en los términos siguientes:

“En los casos de transmisión de participaciones inter vivos, en favor del cónyuge, descendientes o adoptados, de una empresa individual, un negocio profesional o de participaciones en entidades del donante a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, se aplicará una reducción en la base imponible para determinar la liquidable del 95 % del valor de adquisición, siempre que concurren las condiciones siguientes:

- a) Que el donante tuviese sesenta y cinco o más años o se encontrase en situación de incapacidad permanente, en grado de absoluta o gran invalidez.*
- b) Que, si el donante viniera ejerciendo funciones de dirección, dejara de ejercer y de percibir remuneraciones por el ejercicio de dichas funciones desde el momento de la transmisión. A estos efectos, no se entenderá comprendida entre las funciones de dirección la mera pertenencia al Consejo de Administración de la sociedad.*
- c) En cuanto al donatario, deberá mantener lo adquirido y tener derecho a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio durante los diez años siguientes a la fecha de la escritura pública de donación, salvo que falleciera dentro de este plazo.*

Asimismo, el donatario no podrá realizar actos de disposición y operaciones societarias que, directa o indirectamente, puedan dar lugar a una minoración sustancial del valor de la adquisición. Dicha obligación también resultará de aplicación en los casos de adquisiciones mortis causa a que se refiere la letra c) del apartado 2 de este artículo.

En el caso de no cumplirse los requisitos a que se refiere el presente apartado, deberá pagarse la parte del impuesto que se hubiere dejado de ingresar como consecuencia de la reducción practicada y los intereses de demora”.

A tenor de lo dispuesto por el mandato, la configuración del beneficio fiscal para la donación de empresas, negocios y participaciones se estructura sobre tres requisitos:

- a) Que a la empresa o negocio profesional y, en su caso, las participaciones en el capital de la sociedad les sea de aplicación la exención prevista en el IP.
- b) Que la adquisición se materialice en determinados familiares.
- c) Que la adquisición se mantenga por un plazo mínimo de diez años.

Esta estructura presenta un evidente paralelismo en relación con la ya analizada para las adquisiciones hereditarias, si bien se ha de subrayar la mayor rigidez de las condiciones que se exigen de forma adicional para el donante y donatario en cada uno de los tres requisitos.

Sin perjuicio de su análisis a continuación, a modo de síntesis, cabe advertir que sobre los requisitos del IP se adicionan otros específicos referidos al donante (edad o situación de incapacidad y desvinculación de las funciones directivas remuneradas), el círculo de los beneficiarios se reduce al cónyuge, descendientes y adoptados, y, en cuanto al mantenimiento de la adquisición por el plazo de diez años, se exige que durante dicho lapso temporal el donatario tenga derecho a la exención en el IP.

Estas singularidades dejan entrever la finalidad de proteger el traspaso generacional de la empresa sea efectivo (edad del donante, cese funciones directivas remuneradas, etc.) y de padres a hijos. Sin embargo, el defecto se encuentra en la falta de coordinación de estas exigencias con las que se derivan del reenvío, antes y después de la transmisión, a la exención del impuesto patrimonial.

4.1. Requisitos exigidos al donante.

Sin necesidad de incurrir en reiteraciones innecesarias en cuanto a la remisión a los requisitos de los que depende la exención en el IP en atención a la forma individual o societaria de la empresa, lo cierto es que su integración en el marco de la reducción fiscal por donación de empresas ha de entenderse referida al día en que tenga lugar la transmisión lucrativa (fecha del devengo del ISD) y respecto del donante.

En este punto, la particularidad viene dada por el necesario ajuste que se ha de realizar para conciliar el diferente devengo entre el IP e ISD. La cuestión aparece resuelta en la Resolución 2/1999 de la DGT en relación con el período impositivo del IRPF que se ha de tomar como referencia para determinar que el nivel de los rendimientos obtenidos por el donante que habrá de situarse en el ejercicio anterior a la fecha de la donación toda vez que en los supuestos de donación no se interrumpe el período impositivo. No obstante, resulta de interés la posición de este centro consultivo en la consulta nº V2027-08, de 4 de noviembre de 2008, en los términos siguientes:

- Que aunque la Resolución de 1999 no se refiere expresamente a esta cuestión respecto de las transmisiones *mortis causa*, se ha de aplicar el criterio establecido en el epígrafe 1.3 de la misma, de modo que “dado que las reducciones se aplican a la fecha de 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”.
- Que, a diferencia de la adquisición hereditaria de participaciones, en los supuestos de donación “el porcentaje familiar de control [...] ha de concurrir en el período impositivo anterior a aquel en que se produzca”. Cabe pensar que, en realidad, lo que habrá de referirse al ejercicio anterior será el porcentaje de renta.

Más problemática se plantea la interpretación de la norma cuando se trata de coordinar estos requisitos con los que adicionalmente establece este art. 20 en relación con el donante:

- Que tenga sesenta y cinco o más años o se encuentre en situación de incapacidad permanente, en grado de absoluta o gran invalidez.
- Que, si viniera ejerciendo funciones de dirección, deje de ejercerlas y de percibir remuneraciones por el ejercicio de dichas funciones desde el momento de la transmisión.

Piénsese que si el día de la realización de la donación se deben dar los requisitos que dan derecho a la exención en IP, la aplicación de la reducción queda circunscrita a las operaciones de transmisión de participaciones societarias de grupo en las que las funciones directivas remuneradas vengan acreditadas por uno de los parientes del donante. En otro caso, ¿cómo se puede dar cumplimiento, al mismo tiempo, del ejercicio habitual, personal y directo de la empresa individual -o el desempeño de funciones directivas remuneradas- y tener la condición de jubilado o encontrarse en situación de incapacidad?

Tampoco se corresponde con la realidad empresarial el tenor del segundo requisito, pues si, en efecto, en el donante recae el cumplimiento del ejercicio de las funciones directivas remuneradas, resulta desproporcionado pensar en que se exija una desvinculación absoluta de la empresa. Y, en este sentido, se entiende que la norma añadida que “*A estos efectos, no se entenderá comprendida entre las funciones de dirección la mera pertenencia al Consejo de Administración de la sociedad*”. En esta lógica, se admite por parte de la DGT la posibilidad de que se puedan percibir dietas por asistencia al Consejo (consulta nº V0127-06, de 31 de enero de 2006).

La cuestión resulta controvertida en la práctica, pues la DGT ha venido considerando que el percibo de la pensión de jubilación una vez alcanzados los 65 años o el supuesto de incapacidad absoluta resultan incompatibles con el ejercicio de la actividad que lleva inherente la retribución (entre otras, consulta nº V0820-06, de 26 de abril de 2004). Sin embargo, como se ha visto ya en estas páginas, el TEAC ha declarado que la incapacidad absoluta no es óbice para admitir el ejercicio habitual y directo de la actividad que puede limitarse a una función de dirección sin que lleve aparejado trabajo físico (Resolución de 15 de diciembre de 2005). En definitiva, se trata de una cuestión de prueba como así se deduce de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 10 de junio de 2006, en la que se reconoce el ejercicio efectivo de una actividad agrícola sobre la base de diversa documentación: declaraciones trimestrales de IVA, nóminas del empleado, etc.

Por lo que se refiere a las participaciones en comunidades de bienes y sociedades civiles también en este caso darán derecho a reducción los comuneros que cumplan los requisitos que dan lugar a la exención del IP en su modalidad de empresas individuales (consulta DGT nº V0044-08, de 10 de enero de 2008).

La dificultad para ordenar la concurrencia de todas estas exigencias resulta especialmente llamativa en el caso de los bienes afectos a la empresa que tengan la consideración de gananciales. La cuestión ha sido tratada por la Resolución 2/1999 de la DGT, entendiéndose que habrá una sola donación y que bastará con que uno de los cónyuges haya alcanzado la edad de 65 años o se encuentre en situación de incapacidad y, en todo caso, ambos habrán de cesar en el ejercicio de las funciones directivas al tiempo de la transmisión lucrativa. Ahora bien, los requisitos referidos a la exención en IP habrán de concurrir en el cónyuge que ejerce la actividad.

4.2. Requisitos del donatario

El ámbito de los beneficiarios de la reducción fiscal se reduce en el caso de las transmisiones *inter vivos* al cónyuge, descendientes y adoptados.

Además del parentesco, el disfrute de la reducción queda supeditado a que el donatario mantenga la adquisición durante el plazo de diez años y, asimismo, a que tenga derecho a la exención en el IP durante el referido plazo.

Una interpretación acorde con el tenor literal del precepto lleva a pensar que, en las condiciones actuales de supresión del gravamen del IP, resulta inviable la aplicación del beneficio fiscal en ISD debido a la imposibilidad de practicar la exención en el impuesto patrimonial durante los diez años siguientes a la donación. En estas condiciones, parece razonable entender que lo significativo es que en el donatario concurren los requisitos exigidos al empresario individual o al titular de las participaciones en la norma de exención del art. 4. Octavo de la Ley del IP, siendo irrelevante que aproveche o no el derecho a la misma.

En cualquier caso, el acceso y consolidación del beneficio fiscal es ciertamente difícil, sobre todo en el caso de empresas individuales, pues implica el ejercicio habitual, personal y directo de la actividad y que las rentas percibidas constituyan la principal fuente de renta durante los diez años contados de fecha a fecha. Dificultad que

se extrema en la hipótesis de que se constituya una comunidad de bienes sobre la empresa adquirida, el acceso a la exención en el IP “exigirá, para cada comunero, que ejerza la actividad de forma habitual, personal y directa, además de cumplir los restantes requisitos” (consulta DGT nº V2194-08, de 8 de noviembre de 2008). No serán extraños los casos en que sólo uno de los comuneros vaya a desarrollar la actividad en los términos exigidos, y, en tales circunstancias, podrá practicar la reducción por el valor de adquisición que proporcionalmente le corresponda (consulta nº V0448-04, de 21 de diciembre de 2004).

El cumplimiento de esta exigencia limita, a su vez, las decisiones que pueda adoptar el donatario en relación con el destino del patrimonio empresarial adquirido. Por ejemplo, no se podrá plantear la venta de la empresa en la que su valor se materializa en dinero porque, aunque se conserve el valor de la adquisición, se pierde el derecho a la exención en IP. Esta doble carga que se impone al donatario por una década puede resultar menos gravosa si se acometen operaciones societarias como la aportación de la empresa individual a una sociedad conservando las participaciones individuales o de grupo. No obstante, será necesario adoptar las suficientes cautelas toda vez que, como se ha visto, el problema no es tanto conservar el valor de la adquisición cuanto la eventual pérdida de alguno de los requisitos que dan derecho a la exención en el impuesto patrimonial. En efecto, incluso una vez transformada la adquisición en participaciones societarias o siendo éstas el objeto de la adquisición, la posterior transmisión de participaciones y su reinversión en otras, los canjes de valores en operaciones de reestructuración, etc., pueden alterar el porcentaje de participación en el capital de la nueva entidad o cualquier otro cambio en las condiciones de las que depende la exención, acarreado la improcedencia de reducción y la consiguiente obligación de presentación de declaración complementaria e ingreso del importe de la reducción más los intereses de demora. Sin olvidar, por supuesto, la realización de una ganancia patrimonial en el IRPF con arreglo al régimen de diferimiento del gravamen previsto en el art. 33.3.c) de la Ley del IRPF, con las consecuencias siguientes (consulta DGT nº V0859-08, de 24 de abril de 2008):

- El donante tributará por la ganancia patrimonial generada con ocasión de la donación mediante la correspondiente declaración complementaria por el IRPF del ejercicio en el que tuvo lugar la transmisión.
- El donatario tendrá que tributar por la ganancia o pérdida patrimonial generada con ocasión de la transmisión de la empresa o participaciones donadas, tomando como valor de adquisición el valor a efectos del ISD y como fecha de adquisición la de la donación.

5. A modo de conclusión

Las consideraciones expuestas ponen de manifiesto el indeseable grado de inseguridad jurídica y la falta de equidad que se deriva de la aplicación de la actual redacción de las reducciones fiscales previstas en el art. 20 de la Ley 29/1987 para el traspaso generacional de las empresas.

Los requisitos exigidos no sólo resultan gravosos en su cumplimiento por parte de los adjudicatarios de las empresas, sino que tampoco guardan relación con la realidad empresarial que justifica un trato de favor. A todo ello, se suma la singular situación de

la Ley del Impuesto sobre Patrimonio que, como se ha visto, elimina el gravamen efectivo para corregir el acusado déficit de justicia tributaria que ha desarrollado este impuesto en sus sucesivas modificaciones. Y siendo las exenciones previstas para las empresas individuales y societarias las protagonistas de tales disfunciones, son precisamente estas normas las que prolongan sus efectos sobre la esfera de los beneficios fiscales del ISD tanto en su diseño estatal como en los desarrollos normativos autonómicos.

Razones suficientes para concluir esta intervención reivindicando una reforma de las reducciones previstas en el texto legal del ISD que, en efecto, sirva para atenuar la carga tributaria que incide en el momento del traspaso generacional de las empresas.
