Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

LA POLIÉDRICA REALIDAD DE LA EMPRESA FAMILIAR: DEL FRUSTRADO ENFOQUE HOLÍSTICO A LA «SUSTANTIVACIÓN» DE LA LEY TRIBUTARIA

Jordi De Juan Casadevall
Profesor de Derecho Financiero y Tributario
Universidad Internacional de Cataluña
Abogado del Estado (Exc.)
Socio de Crowe Legal y Tributario BCN, S.L.P.

Recibido: Enero, 2021
Aceptado: Marzo, 2021

https://dx.doi.org/10.47092/CT.21.3.2

RESUMEN

El autor intenta aislar un concepto interdisciplinar de Empresa Familiar, válido y útil para los distintos segmentos del ordenamiento jurídico que confluyen en su regulación. Para ello, parte de la identificación del objeto de estudio como una realidad compleja, en la que convergen el Derecho Mercantil, el Derecho Tributario y el Derecho Civil, y en el que existen también espacios de autorregulación a través del Protocolo Familiar. Constata que no existe un concepto jurídico preciso de Familia, ni de Empresa y, por tanto, tampoco de Empresa Familiar. Repasa el frustrado enfoque global del *soft law* comunitario y su deficiente absorción por nuestro Derecho interno, para concluir que el único concepto legal de Empresa Familiar es el acuñado por el Derecho Tributario que, desborda su naturaleza adjetiva fiscal, para esbozar un concepto sustantivo. Sobre la base de ese concepto jurídico-tributario, y de su imprescindible adaptación a la pauta interpretativa de la Unión Europea, puede diseñarse no sólo su privativo régimen fiscal, sino también un auténtico estatuto jurídico de la Empresa Familiar que aborde su compleja problemática.

Palabras clave: empresa familiar, protocolo familiar, régimen fiscal de la empresa familiar, estatuto jurídico de la empresa familiar.

THE POLYHEDRIC REALITY OF THE FAMILY BUSINESS: FROM THE FRUSTRATED HOLISTIC APPROACH TO THE «SUBSTANTIVATION» OF THE TAX LAW

Jordi De Juan Casadevall

ABSTRACT

The author tries to isolate an interdisciplinary concept of Family Business, valid and useful for the different segments of the legal system that converge in its regulation. For this, it starts from the identification of the object of study as a complex reality, in which Commercial Law, Tax Law and Civil Law converge, and in which there are also spaces for self-regulation through the Family Constitution. It confirms that there is no precise legal concept of Family, nor of Business and, therefore, neither of Family Business. It reviews the frustrated global approach of European soft law and its deficient absorption by our domestic law, to conclude that the only legal concept of Family Business is the one coined by Tax Law that, overflows its legal adjective nature, to outline a substantive concept. Based on this legal-tax concept, and its essential adaptation to the recommendations of the European Union, not only its exclusive tax regime can be designed, but also an authentic legal status of the Family Business.

Keywords: family business, family constitution, family business tax regime, legal status of the family business.

SUMARIO

1. La Empresa Familiar como objeto de estudio: una realidad compleja y poliédrica. 2. La preocupación por la Empresa Familiar en la Unión Europea. 3. Aproximación al concepto legal de Empresa Familiar: el "fantasma del Derecho". 4. El concepto jurídico-tributario de Empresa Familiar. 5. Recapitulación: una propuesta de definición legal desde la "sustantivación" de la ley tributaria. Bibliografía.

1. LA EMPRESA FAMILIAR COMO OBJETO DE ESTUDIO: UNA REALIDAD COMPLEJA Y POLIÉDRICA

La empresa familiar constituye una realidad económica poliédrica, que demanda un análisis necesariamente multidisciplinar, susceptible de diversos y complementarios enfoques de investigación y académicos, orientados siempre a profundizar en la creación de empresas, la difusión de la cultura de la emprendeduría, o la organización óptima de las estructuras de gobierno corporativo familiar. La autonomía dogmática de las Ciencias Jurídicas, con su característico enfoque epistemológico, no autoriza a desconectarla de la realidad social y económica sobre la que opera, ni tampoco a emancipar una concreta disciplina jurídica de las demás que aparecen inextricablemente asociadas a la Empresa Familiar. Por tanto, existe una doble premisa metodológica que condiciona sobremanera el estudio e investigación sobre la Empresa Familiar. En primer lugar, la íntima relación existente entre la realidad económica subyacente y su régimen jurídico. La Empresa Familiar es, de una forma apriorística, Empresa, es decir, un ente organizado que, mediante la adecuada utilización de recursos humanos y materiales, está destinado a la producción y distribución de bienes y servicios para el mercado con ánimo de lucro. Por tanto, un ente que apela a una organización empresarial óptima en la que las Ciencias de la Dirección y Administración de Empresas tienen mucho que decir, por lo que nuestro ámbito de estudio exige diálogo interactivo con otras disciplinas académicas. Además, la Empresa se califica como Familiar, es decir, alude a un vínculo de parentesco de sus miembros que, con carácter intergeneracional, conforman una comunidad de existencia o comparten un mismo proyecto vital. De ahí la singularidad de la Empresa Familiar, como centro en el que convergen dinámicas de distinta naturaleza, que obedecen a una lógica propia, a veces contrapuesta, lo que confiere una especial relevancia a los aspectos organizativos. Una buena técnica organizativa de la Empresa Familiar pasa por separar, y al mismo tiempo vincular, la dinámica familiar y la dinámica empresarial. Una buena estructura de gobierno corporativo familiar requiere observar la distinción de los tres círculos de Davis y Taguri (1) –círculos tangentes, y a veces secantes–, a saber: Propiedad, Familia y Gestión.

(1) Davis, J. y Taguri, R. (1989): "The influence of live stage on father-son work relationships in family companies", *Family Business Review*, Vol II, n.º 1: 47 y ss.

La segunda premisa metodológica, más estrictamente jurídica, y que es la que propiamente nos interesa ahora, aunque sin desconocer por ello que operamos sobre una realidad económico-organizativa determinada, es el diseño e implementación del régimen jurídico adecuado para la Empresa Familiar, sobre todo en los dos momentos claves de su ciclo vital: su constitución, que condiciona su funcionamiento futuro, y su sucesión, que garantiza el relevo generacional. Por la propia singularidad organizativa de la Empresa Familiar, el diseño de su régimen jurídico involucra diferentes segmentos del ordenamiento jurídico como son el Derecho Mercantil, el Derecho Civil (de Familia y de Sucesiones), el Derecho Canónico o el siempre omnipresente Derecho Tributario. Fenómenos tan dispares como la gestión de una crisis conyugal, la planificación sucesoria, la constitución de una sociedad o el cumplimiento de las obligaciones tributarias, tienen incidencia directa sobre la Empresa Familiar. El jurista de Empresa Familiar requiere el conocimiento y manejo de un amplio abanico de instrumentos jurídicos (pactos sucesorios, matrimoniales y de convivencia, estructuras societarias, y prevención de riesgos fiscales).

Desde esta premisa jurídica, el enfoque metodológico debe ser multidisciplinar e involucrar a diferentes segmentos del ordenamiento jurídico, y esencialmente, al Derecho Mercantil, Derecho Civil y Derecho Tributario. Desde una perspectiva holística, el estudio de la empresa familiar debe coordinar este enfoque jurídico multidisciplinar con el enfoque económico que proporciona las Ciencias de Administración y Dirección de Empresas.

En el núcleo de ese enfoque estrictamente jurídico se asienta, de forma preeminente, el gobierno corporativo y la sucesión de la empresa familiar. La sucesión de la Empresa Familiar constituye, sin duda, un momento crítico de su ciclo vital, en el que se ponen a prueba los resortes jurídicos diseñados e implementados hasta el momento, y en el que larvados problemas familiares, una deficiente planificación sucesoria o una excesiva carga tributaria, pueden saldarse con un sonoro fracaso.

La inopinada inmisión de la problemática familiar en la empresa como realidad económica, y la intensa intersección de diversas esferas del ordenamiento jurídico, conducen inexorablemente, y cuando ello es posible, a un espacio de autorregulación para construir una sólida estructura de gobierno corporativo familiar. En la institucionalización de esa estructura de gobierno familiar juega un rol de primer orden el Protocolo Familiar, o *Family Constitution* como se lo conoce en el mundo jurídico anglo-norteamericano, que nace con la vocación de disciplinar las relaciones entre la empresa familiar y la familia empresaria (2).

Queda en el pasivo de la doctrina profundizar en el estudio, desde un enfoque jurídico multidisciplinar, de la problemática compleja de la empresa familiar. Este fabuloso proyecto de investigación multidisciplinar debería pretender, en su conjunto, y como fin

(2) El art 2.1 del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, define el protocolo familiar como «el conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan a una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afecten a la entidad».

último, proponer las reformas legales que contribuyan a fortalecer el estatuto jurídico de la empresa familiar con especial atención al complejo fenómeno sucesorio. Ese fin último de *lege ferenda* puede exigir la flexibilización de los actuales instrumentos de ordenación sucesoria, la adopción de fórmulas negociales foráneas exitosas en otros sistemas jurídicos y descocidas en nuestro Derecho interno (*v. gr. testamentary trust* de los países anglosajones), la conexión entre pactos de gobierno corporativo y pactos sucesorios, o el diseño de un entono fiscal más atractivo y favorable a la sucesión y, por ende, a la pervivencia de la empresa familiar.

Pero el *prius* lógico de esta interesante y compleja investigación jurídica es establecer un concepto jurídico válido y preciso de Empresa Familiar, que sirva de base para un futuro y ambicioso proyecto de construir un estatuto jurídico de la empresa familiar, que aborde su problemática desde una perspectiva holística. Este trabajo pretende ser una modesta contribución doctrinal a esa delimitación conceptual de la Empresa Familiar que, ante la ausencia de una adecuada definición legal sustantiva por el Derecho Civil y Mercantil, aboga por la "sustantivación" del concepto acuñado, a efectos puramente fiscales, por el art. 4.Ocho de la Ley 19/1991, de 6 de junio, reguladora del Impuesto sobre el Patrimonio (LIP).

2. LA PREOCUPACIÓN POR LA EMPRESA FAMILIAR EN LA UNIÓN EUROPEA

La problemática poliédrica de la Empresa Familiar ha concitado, desde hace mucho tiempo, la atención primaria de las instituciones de la Unión Europea. Con algún precedente aislado, y abundando en la confusión entre PYME y Empresa Familiar, la Recomendación 94/1069/CEE de la Comisión Europea, de 7 de diciembre de 1994, sobre transmisión de pequeñas y medianas empresas, marca acaso el momento fundacional de esa preocupación comunitaria. En esta resolución, el Ejecutivo comunitario exhortaba a los Estados miembros a adoptar un marco jurídico, fiscal y administrativo para la planificación sucesoria y la preparación eficaz de la transmisión de la empresa, suministrando al empresario los instrumentos jurídicos adecuados para garantizar la continuidad de las sociedades de personas y de las empresas individuales en caso de fallecimiento del empresario o de uno de los socios.

No es extraño que ese inicial interés comunitario se focalice en la sucesión de la empresa familiar, sin duda el momento más crítico de su ciclo vital, cuando a la densa problemática afectiva, empresarial y económica del relevo intergeneracional, se yuxtapone, –y, en no pocas ocasiones, agravándola–, la problemática inherente a un marco jurídico y fiscal que en nada favorece la pervivencia de esta realidad económica tan relevante para el tejido productivo de la UE. Desde esta perspectiva, la Comisión postulaba la adopción de medidas jurídico-civiles y mercantiles para facilitar la sucesión, como la adopción del principio de continuidad de la sociedad de personas en caso de fallecimiento de uno de los socios, resolver la contradicción entre el contrato de sociedad y las disposiciones testamentarias o donaciones, obviar que las situaciones de indivisión estrangulen la continuidad de la empresa, o impedir que el pago o compensación de derechos sucesorios pongan en peligro esa continuidad del proyecto empresarial. Y en el ámbito jurídico-tributario, amén de defender el principio de neutralidad fiscal allende de las

obligaciones iuscomunitarias ya asumidas en materia de reestructuraciones empresariales, se propone «garantizar la supervivencia de la empresa mediante un trato fiscal adecuado de la sucesión y la donación», con medidas tales como: i) la reducción de la carga fiscal que grava los activos empresariales, siempre que «se prosiga de manera creíble la actividad de la empresa durante un período mínimo» (3); ii) ofrecer la posibilidad de aplazar o "escalonar" –*rectius* fraccionar, en nuestro sistema tributario interno–, la deuda tributaria; iii) posibilitar que en la evaluación fiscal de la empresa se pueda tener en cuenta la evolución del valor de la empresa hasta unos meses después del fallecimiento del empresario; o iv) facilitar fiscalmente la transmisión a terceros, incluidos los asalariados, cuando no sea posible la transmisión en el ámbito familiar.

Algunas de estas medidas fiscales han florecido en los sistemas tributarios domésticos; otras, como la muy interesante reflexión sobre la neutralidad fiscal en la planificación sucesoria, se han fundido en el incandescente magma del *soft law* comunitario. Pero lo cierto es que la irresistible *vis expansiva* del Derecho de la Unión, siquiera sea a través de esa legislación blanda, y de su innegable capacidad de perforación incluso en competencias reservadas a los Estados miembros (4), ha germinado en otras realizaciones concretas en materia de Empresa Familiar. Es el caso de la Recomendación 2014/2210 del Parlamento Europeo, en la que, previo el reconocimiento formal de su peso específico en la economía de la UE, nuevamente se insta a los Estados miembros a que no dificulten la sucesión en la propiedad de las empresas familiares, y mejoren el marco jurídico aplicable para garantizar su continuidad. O, y con un enfoque ya más global, aunque siga apuntando, –y, efectivamente, es así–, que el principal reto específico de la empresa familiar es mejorar el marco normativo y fiscal de la transmisión intergeneracional, podemos citar el Dictamen de la Comité Económico y Social Europeo publicado en el DOUE

(3) Un jarro de agua fría a ese tratamiento fiscal benevolente que preconiza la Comisión Europea, fue la sentencia de 17 de noviembre de 2014 del Tribunal Constitucional Federal alemán, que anuló la exención parcial de hasta el 85% que se aplicaba a la sucesión de la empresa familiar, por entender que entrañaba un trato fiscal discriminatorio respecto del gravamen sucesorio del patrimonio no empresarial. El Tribunal de Karlsrue tan sólo excepcionó de su declaración de inconstitucionalidad, el beneficio fiscal aplicable a la pequeña empresa familiar, cuya justificación objetiva habría que buscar en el mantenimiento de puestos de trabajo. Los partidos políticos representados en el Gobierno de coalición han aplicado el fallo, pero han interpretado que puede mantenerse el generoso beneficio fiscal, ahora expulsado del ordenamiento tributario, para las empresas familiares que no puedan hacer frente al pago del impuesto. Sobre el particular, véase Pérez-Fadón Martínez, J. (2016): "Situación actual y futura de la «empresa familiar»", *Carta Tributaria*, www.laleydigital.com.

(4) Sobre el alcance y funcionalidad del *soft law* comunitario como factor de armonización negativa, véase De Juan Casadevall, J. (2010): *El principio de no discriminación fiscal como instrumento de armonización negativa,* Editorial Aranzadi: 74 y ss. En este estudio monográfico se sostiene que el llamado "derecho blando" constituye una fuente de armonización negativa, que penetra en ámbitos reservados a la competencia de Estados miembros, y que en no pocas ocasiones y siguiendo una indisimulada "técnica de sondeo", pueden preparar una futura intervención normativa, máxime cuando existe, como es el caso, una conexión directa con el funcionamiento del mercado interior. No sería extraño que, como ya sugiriera el propio CESE en su dictamen publicado en el DOUE de 15 de enero de 2016, el proceso de sensibilización comunitaria con la empresa familiar concluyera con la adopción de un marco normativo y fiscal común.

de 15 de enero de 2016, sobre "La empresa familiar en Europa como fuente de un crecimiento renovado y mejores puestos de trabajo". En sus recomendaciones y conclusiones, el CESE llega a proponer, para una ulterior fase, un «un marco o una normativa sobre las empresas familiares», y sugiere, como medidas específicas, no sólo una mejora de la legislación sobre la transmisión intergeneracional, «y en particular desde una perspectiva fiscal», sino también un amplio elenco de medidas que cubren el apoyo a la cultura empresarial familiar, el fomento de su capacidad de innovación, medidas de formación e impulso de la investigación, apoyo a las explotaciones agrícolas familiares, exenciones fiscales para la reinversión de beneficios, o posibilidad legal de ampliar el capital sin conceder derecho de voto. También propone la inclusión de la categoría de empresa familiar en las estadísticas europeas (Eurostat), sin duda porque es consciente de su relevancia para la economía de la UE (5), aunque ello supone tropezar con un obstáculo no menor, que es alcanzar una definición de Empresa Familiar (6). Sin embargo, sí se aventura a proporcionar una pauta conceptual sobre la base de las recomendaciones del Grupo de Expertos de la Comisión (7), en la que deberían incorporarse los siguientes elementos:

> «- la mayoría de los derechos de voto está en posesión de la persona o personas físicas que crearon la empresa, o que haya(n) adquirido su capital social, o en posesión de sus cónyuges, padres, hijos o herederos directos de estos,
>
> - la mayoría de los derechos de voto puede ser directa o indirecta,
>
> - al menos un miembro de la familia o la parentela se dedica a la dirección o administración de la empresa,
>
> - las empresas cotizadas se ajustarán a la definición de "empresa familiar" si la persona que creó o adquirió la empresa (capital social) o sus familiares o sus descendientes poseen más del 25% de los derechos de voto en razón de su participación en el capital social.»

El 21 de octubre de 2015 se tuvo conocimiento de que el Parlamento europeo, con el apoyo del 83% de los europarlamentarios, había emitido un dictamen reclamando, de nuevo, la mejora de la regulación sobre la transmisión de la empresa familiar, con particular referencia a la perspectiva fiscal, para conjurar problemas de liquidez y de competitividad. La resolución subraya la importancia del llamado "capital paciente", y traslada a la Comisión Europea la conveniencia de introducir deducciones fiscales a la reinversión de beneficios y la necesidad de reducir la excesiva dependencia de financiación exógena vía endeudamiento (8).

---

(5) Como reconoce el propio Dictamen, más del 60% de las empresas europeas son empresas familiares, grandes y pequeñas, y emplean entre el 40 y el 50% de los trabajadores.

(6) El precitado *Report on Family Business in Europe* 2014/2210, ya había reconocido que sin una definición de Empresa Familiar no puede llevarse un control estadístico sobre el sector, ni tampoco pueden los rectores de la política económica «identificar mejor las necesidades de la empresa familiar y de la sociedad».

(7) Informe final del Grupo de expertos: *Overview of family-business-relevant issues: research, networks, policy measures and existing studies,* Comisión Europea, noviembre de 2009.

(8) Ciertamente esta es una necesidad singular de la empresa familiar, pero no es, en absoluto, un fenómeno privativo de ella. La moderna tendencia en las economías desarrolladas es la

Y, ya más recientemente, el DOUE de 2 de marzo de 2018, publicaba un nuevo Dictamen del CESE, aprobado en el Pleno de los días 18 y 19 de octubre de 2017, sobre "El potencial de las pequeñas empresas familiares y tradicionales para impulsar el desarrollo y crecimiento económico en las regiones" que aborda, desde un enfoque global, la singularidad de las pequeñas empresas familiares y tradicionales dentro de la ya obsoleta definición de la PYME, y anima a la Comisión a considerar formas de apoyar y fomentar estas empresas, y su papel clave para crear actividades y generar ingresos, en zonas de recursos limitados. Con toda seguridad no será ésta la última realización del siempre frondoso *soft law* comunitario, sino el último eslabón de una creciente sensibilización por la compleja problemática de la Empresa Familiar, que, a nuestro modo de ver, puede incluso concluir con una intervención normativa, cuando los operadores comunitarios adquieran la convicción de que la disparidad legislativa existente, y la ausencia de un marco jurídico y fiscal adecuado para las empresas familiares, puede obstruir el adecuado funcionamiento del mercado interior.

3. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO LEGAL DE EMPRESA FAMILIAR: EL "FANTASMA DEL DERECHO"

Una investigación sistemática rigurosa hallaría en nuestro tupido entramado normativo, más allá de los estrictos linderos que amojonan el Derecho mercantil, otras manifestaciones fenoménicas de la empresa familiar. Pero se tratará siempre de destellos jurídicos aislados, de un mero efecto reflejo de una realidad jurídica compleja, regulada de forma parca, discontinua y fragmentaria, que ni se pretende definir, ni está efectivamente definida en nuestro ordenamiento jurídico. Aun cuando desde una perspectiva intuitiva la noción de empresa familiar es fácilmente aprehensible, presenta una cierta complejidad jurídica encajarla en una definición legal precisa (9). La literatura jurídica,

---

neutralidad fiscal de las fuentes financiación, espoleada a nivel comunitario por la limitación a la deducibilidad del gasto financiero que introduce el art. 4 de la Directiva 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior (ATAD). La alternativa entre financiación endógena, vía aportaciones de capital para muscular la estructura de recursos propios, o exógena, mediante la financiación ajena vía préstamos concedidos por terceros, aunque inicialmente irrelevante para el funcionamiento de la empresa, no es fiscalmente neutra. En la disyuntiva fiscal *debt/equity*, es más atractiva la deducibilidad de la carga financiera asociada a la financiación ajena frente a la no deducibilidad en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades de la retribución del capital. Desde esta perspectiva, el factor fiscal disuade el fortalecimiento de los recursos propios, incentiva el apalancamiento y favorece la financiación exógena de sociedades situadas en jurisdicciones de tributación media/alta. Sobre la solución técnica para conseguir una mayor neutralidad fiscal, y las diferentes alternativas adoptadas en los sistemas tributarios de nuestro entorno, véase el estudio monográfico de De Juan Casadevall, J. (2018): *La Directiva de la Unión Europea contra la elusión fiscal*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona: 29 y ss.

(9) Para la ciencia económica, que opera sobre la realidad empírica y con abstracción de un bagaje jurídico predeterminado, y en la que, en definitiva, no existe la preocupación dogmática por la naturaleza jurídica de las cosas que nos aqueja irremediablemente a los juristas, esa dificultad no ha sido insalvable. Desde una perspectiva descriptiva, los historiadores económicos se han venido refiriendo a tres posibles acepciones del término "empresa familiar": i) en un sentido amplio,

de una forma constante e invariable, viene denunciando la ausencia de un concepto legal de Empresa Familiar, y la dificultad técnica de su delimitación legal (10), hasta el punto de que ha sido calificada como un "fantasma del Derecho" (11). Sin embargo, tampoco han faltado autores que se hayan atrevido a proporcionar una noción descriptiva de los ingredientes que la componen (12), o que, desde una innegable influencia de un enfoque jurídico-tributario (13), o desde un concreto modelo de gran empresa familiar (14), se hayan esforzado en su definición, o que, simplemente, y conscientes de su delicuescente relatividad, hayan abonado una concepción más aséptica de la empresa familiar como «aquella que está bajo el control de una familia» (15).

---

son todas aquellas empresas en las que el control estratégico de las decisiones recae en miembros de la familia, y en las que concurre un interés de que ese control perdure en el tiempo; ii) en un sentido intermedio, que adiciona a lo anterior la participación activa de un miembro de la familia en la ejecución de la política empresarial; y iii) en un sentido restrictivo, que reserva el concepto para aquellas familias en que varias generaciones mantienen el control y la participación activa en la gestión. Véase Galve Gorriz, C. y Salas Fumás, V. (2003): *La empresa familiar en España*, Fundación BBVA, Bilbao, primer capítulo.

(10) Véase los diferentes artículos que se integran en *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Civitas, Madrid, 1995; o las diferentes ponencias de *La Fiscalidad de la Empresa Familiar*, AEDAF, Madrid, 2000. En el mismo sentido, Pérez-Fadón Martínez, J. J. (2012): *La empresa familiar. Fiscalidad, organización y protocolo familiar*, CISS Wolters Kluver, Valencia: 16 y ss. O el interesante y riguroso estudio de Cerdá Albero, F. (2004): "La empresa familiar: una noción relativa", en el colectivo *El buen gobierno de las empresas familiares*, CUATRECASAS Thomson Aranzadi, Pamplona: 67 y ss.

(11) Cayón Galiardo, A. (2000): "La empresa familiar como objeto de protección en nuestro Derecho", dentro del colectivo *La Fiscalidad de la Empresa Familiar*, AEDAF, Madrid: 14.

(12) Cayón Galiardo, *op. cit.*: 14 y ss, sostiene que en la empresa familiar concurren los siguientes elementos: i) que el objeto de la empresa sea una actividad económica; ii) multiplicidad de relaciones entre la empresa y la familia; iii) intencionalidad de continuidad de la empresa; iv) existencia de protocolo familiar, como elemento sintomático pero no esencial; v) pequeño y mediano tamaño de la empresa. A nuestro modo de ver, la vocación de continuidad es consustancial a todo proyecto empresarial, sólo la continuidad intergeneracional es privativa de la empresa familiar. La existencia o no de un protocolo familiar, pese a ser claramente recomendable, es irrelevante a efectos de concluir la existencia de una empresa familiar. Y la identificación de la empresa familiar con una PYME es más que discutible, como veremos más adelante.

(13) En este sentido, se ha dicho que existe empresa familiar «cuando un grupo familiar posee una participación significativa en su capital, que le permite ejercer el control sobre la misma, y participa, con carácter personal, en sus actividades económicas. El carácter familiar imprime a este tipo de empresas una vocación de permanencia gracias al relevo generacional». Véase Martín Fernández, J. (2000): "Las sociedades holding como instrumento de reorganización del patrimonio familiar (I)", dentro del colectivo *La Fiscalidad de la Empresa Familiar*, AEDAF: 46 y ss.

(14) «Gran empresa de cierta dimensión que crean una o varias familias, organizada voluntariamente en forma de una sociedad o de un grupo de sociedades, en forma generalmente de sociedades de capital, y que se transmite en sucesivas generaciones manteniendo unida la organización y valores familiares y la organización y gestión de la empresa, gracias al control estable de todas las sociedades del grupo por la familia o familias». Véase Vicent Chullá, F. (2002): "Organización jurídica de la sociedad familiar", en *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, McGraw Hill, Madrid, Vol. V: 4529 y ss.

(15) Cerdá Albero, F., *op. cit.*: 91

El legislador español también se ha ocupado, y con un pretendido enfoque global, de la problemática de la empresa familiar, aunque con escasas realizaciones normativas, o mejor aún, con la renuncia expresa a definir, en un cuerpo legal, el estatuto jurídico de la empresa familiar. Así lo concluyó el *Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar* (16), aunque en el debate parlamentario se puede rastrear alguna tentativa exitosa de definición, a nuestro juicio, muy completa y plenamente aceptable, que conjuga los tres requisitos exigidos en su estatuto fiscal, enriquecidos desde una complementaria perspectiva mercantil, y comprensiva tanto las sociedades operativas como las sociedades *holding*, muy frecuentes en la estructura corporativa familiar (17).

La insondable dificultad técnica del concepto reside en la conmixtión de dos realidades dispares, económica y jurídico-sociológica, de suyo complejas cuando no antagónicas, como son la Empresa y la Familia. La noción de empresa es esencialmente económica, y puede fácilmente reducirse a una unidad económica, a un conjunto de factores de producción con un propósito unitario de obtención de un beneficio económico. Pero no deja de ser una noción líquida para el Derecho, que se resiste a enfocarla como un vínculo unitario, y que, en su más clásica formulación, la desagrega en una dimensión subjetiva y dinámica (la empresa es la actividad del empresario), una dimensión objetiva y estática (la empresa es un bien inmaterial, superior a los bienes materiales que la integran) y una dimensión interna y personal (como comunidad humana de empresario y trabajadores) (18). En la empresa familiar, ese conjunto heterogéneo de elementos jurídicos, que

(16) Boletín Oficial de las Cortes Generales-Senado VII Legislatura de 23 de noviembre de 2001, constituida en la Comisión de Hacienda del Senado, a raíz de la moción de 19 de septiembre de 2000 del Grupo Parlamentario Popular, que emplazaba a recoger «de manera exhaustiva todas aquellas materias que, en la compleja realidad de las empresas familiares, podrían ser objeto de una regulación jurídica específica». Sin embargo, su acusado déficit normativo se compensó con una miríada de jugosas recomendaciones, dirigidas tanto a las empresas familiares como a las Administraciones Públicas. Entre las primeras, la conveniencia de adoptar formas societarias de organización jurídica y de formalización de un protocolo familiar. Entre las segundas, la optimización de las políticas de comunicación e información para la mejora de la gestión de las empresas familiares, posibilitar la identificación de las sociedades familiares en su denominación social, regulación de mecanismos de arbitraje y mediación en las empresas familiares, reconsiderar el régimen de acciones sin voto, fomentar las vías de financiación, mejorar el régimen de afiliación de los administradores a la Seguridad Social, o posibilitar el acceso al Registro Mercantil de aquellos aspectos del protocolo familiar que afecten a terceros. Esta última recomendación cristalizó en el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares.

(17) Según el Sr. Mir Gamero del Grupo Parlamentario Popular, «se pueden considerar empresas familiares todas las sociedades y empresas individuales que desarrollen sus actividades económicas, industriales y de producción de bienes y servicios, o administren y gestionen participaciones directas o indirectas de sociedades que desarrollen tales actividades, y que están participadas de manera significativa por un grupo familiar que actúa con vocación de continuidad bajo una unidad de decisión y dirección, en las que al menos un miembro del grupo familiar interviene de manera efectiva en la gestión de la empresa, ostentando la capacidad de decisión sobre los aspectos más relevantes que conciernen a la sociedad familiar». Cortes Generales, Diario de Sesiones del Senado, VII Legislatura, año 2000, sesión de Pleno de 26 de septiembre de 2000: 564.

(18) Garrigues, J. (1987): *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I, reimpresión de la 7ª edición, Editorial Temis, Colombia: 171 y ss. Para este autor, «la empresa es ante todo un círculo de activi-

aparece en el tráfico económico revestida de una cierta autonomía jurídica, la dimensión subjetiva y dinámica, e incluso la interna y personal, cobran una especial significación. Es más, puede sostenerse fácilmente que es el elemento subjetivo familiar el que modeliza y singulariza el *genus* empresa al que pertenece.

Tampoco es fácil determinar qué se entiende por familia, institución jurídica sujeta a una notable evolución histórica, singularmente intensa en los últimos años, y teñida de consideraciones de orden ético, religioso, sociológico, biológico-reproductivo, económico o demográfico, en la que el Derecho, e incluso el llamado Derecho de Familia, no es más que su concentrado precipitado normativo. Con relación a la familia se suscitan dos cuestiones fundamentales: i) tipo de relación de convivencia (matrimonial o no, a lo que hoy habría que añadir su carácter homosexual o heterosexual), y a la que se atribuye la fundación de la familia; y ii) la delimitación del perímetro familiar o, lo que es lo mismo, la proximidad del parentesco que conforma una familia.

La concepción tradicional considera el matrimonio, monogámico y heterosexual, como institución constitutiva de la familia. Es la interpretación originaria del *ius connubi,* proclamado constitucionalmente en el art. 32 de la Constitución Española de 1978, y en el art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y del art. 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, del que arrancaría la protección constitucional a la familia que proclama el art. 39.1 de la CE. En relación a la pareja estable no matrimonial, o pareja de hecho, la STC 184/1990, de 15 de noviembre de 1990, que se enfrentó a la constitucionalidad del art. 160 de la Ley General de Seguridad Social que condicionaba la percepción de la pensión de viudedad a la preexistencia de vínculo matrimonial entre el beneficiario de la prestación y el causante, esquivó la espinosa cuestión de si la protección a la familia que proclama el art. 39.1 CE cubre a la familia no matrimonial, aduciendo que matrimonio y convivencia no matrimonial no constituyen realidades equivalentes. Por el contrario, la STC 222/1992, de 11 de diciembre de 1992, sostiene que el art. 39.1 CE no identifica la familia con la que tiene su origen en el matrimonio, por lo que no cabe inferir del precepto constitucional una diferenciación entre la familia matrimonial y la extramatrimonial.

En la diversa legislación autonómica sobre parejas estables, no unidas por vínculo matrimonial, se rehuía inicialmente cualquier referencia a su naturaleza familiar, para admitir, posteriormente, ya sin ambages, su coloración familiar. Es el caso de la Ley catalana 10/98, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, posteriormente derogada y absorbida por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y familia, cuyo art. 231.1 reconoce la heterogeneidad del hecho

---

dades regido por la idea organizadora del empresario actuando sobre un patrimonio y dando lugar a relaciones jurídicas y a otras de puro hecho». Y añade que «para el ordenamiento jurídico la empresa es un simple conjunto heterogéneo de elementos diversos sometidos también a normas heterogéneas, según su naturaleza». Pero al Derecho le interesa no sólo *qué* es la empresa, su compleja naturaleza insusceptible de reducirse a una unidad jurídica, sino también *qué fin* persigue o *qué* función desempeña en el tráfico jurídico. Desde esta perspectiva, no es menos célebre la definición de Uría, que la concibe como «el ejercicio profesional de una actividad económica planificada, con la finalidad de intermediar en el mercado de bienes o servicios».

familiar y la plena asimilación de la convivencia en pareja estable. La misma evolución experimentó la primitiva Ley aragonesa 6/99, de 26 de marzo, al ser absorbida por el vigente Código de Derecho Foral de Aragón, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, que, si bien no formula una tan contundente equiparación jurídica como la ley catalana, sí incluye la regulación de la pareja estable en el Libro Segundo dedicado al Derecho de Familia. Y la inicial renuencia de la Ley valenciana 1/2001, de 6 de abril, también sería corregida por la vigente Ley 5/2012, de 15 de octubre, pendiente de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno con invocación del art. 161.2 CE. Por el contrario, la originaria Ley madrileña 1/2011, de 19 de diciembre, no asimila, ni lo hacía en su redacción originaria, la pareja estable con el vínculo familiar. Por el contrario, La Ley Foral navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, reconoció como "grupo familiar" al que origina una filiación matrimonial o una pareja estable no matrimonial (19). A esa visión amplia del parentesco familiar, inclusiva de las uniones de hecho, se abona también la Ley balear 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables.

Con todo, el cambio más importante que se ha producido en nuestro ordenamiento jurídico se opera con la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código Civil en materia del derecho a contraer matrimonio, en cuya virtud adquiere carta de naturaleza el matrimonio homosexual, y la posible adopción matrimonial por una pareja homosexual. La STC 198/2012, de 6 de noviembre, soslayando el precedente en contra sentado por el ATC 222/94, de 11 de julio (20), abona la compatibilidad del matrimonio homosexual con el *ius connubi* constitucionalizado en el art. 32 CE, apoyándose en el doble razonamiento de la "garantía institucional" (21) y en el respecto al contenido esencial del derecho

(19) Precisamente, algunos autores, inspirándose en esta Ley Foral, han visto en la filiación, sea matrimonial o no, el elemento constitutivo que permite hablar de familia susceptible de la protección constitucional del art. 39.1 CE. La noción de familia no habría de formularse «considerando las relaciones horizontales (las de pareja), sino las relaciones verticales (esto es, cuando hay hijos)». En este sentido, Cerdá Albero, F., *La empresa familiar*…, *op. cit.*: 78 y ss. Sin embargo, no podemos compartir esta tesis, desautorizada por la STC 222/1992, que sostiene que en la protección constitucional de familia «entra también la relación matrimonial del hombre y mujer sin descendencia», así como las familias extramatrimoniales y monoparentales.

(20) En dicho Auto, el Alto Tribunal sostenía, en términos categóricos, que «la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1) que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes (STC 184/1990)».

(21) La teoría de la garantía institucional, como técnica constitucional limitadora del poder legislativo, fue elaborada por Carl Schmitt en su *Teoría de la Constitución* (1928), y en *Derechos de libertad y garantías institucionales en la Constitución del* Reich (1931), y sería absorbida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Según el FD 7º de la sentencia «la categoría garantía institucional, adoptada por nuestra jurisprudencia en la STC 32/1981, de 28 de julio, persigue la protección de determinadas instituciones constitucionalmente reconocidas frente a la acción legislativa que pueda intentar suprimirlas o desnaturalizarlas». Y recordaba que en la STC 37/81 se sostenía «la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y

al matrimonio (art. 53.1 CE), y abre la puerta a la filiación adoptiva por el matrimonio del mismo sexo, que no se reputa contrario a la protección jurídica de la familia y a la protección integral los hijos (art. 39.1 y 2 CE). La extensa y polémica sentencia, acompañada nada menos que de cuatro votos particulares, reitera una vez más que el Tribunal Constitucional no ha elaborado un concepto constitucional de familia, distingue entre matrimonio y familia como dos bienes constitucionales diversos, para negar la vulneración del art. 39.1 CE por el matrimonio del mismo sexo, y deslizar, *obiter dicta*, el término de "familia homoparental" en su FD 5º.

Sin embargo, no sólo no existe un concepto constitucional de familia, de la que la legislación positiva pueda ser su fiel trasunto, sino que tampoco existe una idea clara del grado de parentesco que abraza el perímetro familiar. Es más, su carácter más o menos dilatado, ha metabolizado las sucesivas transformaciones económicas y sociales que han jalonado el tránsito de la familia extensa de la sociedad agraria a la familia nuclear de la era industrial, y que, a buen seguro, convulsionarán el concreto modelo de familia de la contemporánea sociedad digital. Incluso nuestro Derecho de Familia y de Sucesiones parece reflejar ese carácter anfibiológico de las relaciones familiares. Sin ir más lejos, nuestro Código civil se refiere a la familia nuclear, formada por los padres e hijos, cuando habla de "familia", "interés de la familia" o de "circunstancias familiares", para disciplinar las relaciones paternofiliales (art. 152.2 Cc), los regímenes económico-conyugales (arts. 1319, 1320, 1371, 1382,1388 y 1389 Cc en redacción dada por la Ley 15/2015, de 2 de julio), la partición de la herencia indivisa (art. 1056 Cc) o el derecho de uso y habitación (art. 524 Cc). Mientras que la regulación de los derechos legitimarios (art. 807 Cc), la sucesión intestada (art. 1930 y ss. Cc) o la obligación recíproca de alimentos entre parientes (art. 143 Cc), se proyecta sobre la familia en sentido lato, con inclusión de ascendientes, descendientes y colaterales. Pero es en el orden sucesorio de la intestada donde aparece la familia en su sentido más amplio que el art. 954 Cc lleva hasta el colateral de cuarto grado. Y es el Derecho sucesorio el que nos describe la estirpe de la familia-linaje como raíz, tronco y ramas, y nos suministra un instrumental jurídico preciso, que nos permite distinguir entre parentesco consanguíneo, en la línea recta descendente o ascendente, y por afinidad, la línea colateral, los grados parentesco y la forma en que se computan (art. 930 y ss. Cc) (22).

---

lugar». A partir de esta doctrina constitucional, la sentencia aplica una interpretación evolutiva para concluir que el derecho al matrimonio homosexual encajaría también en el art. 32 CE. Por el contrario, en su Voto Particular, el Magistrado Sr. Ollero Tassara, muy crítico con la sentencia, considera que el matrimonio es una institución jurídica milenaria, cuya imagen socialmente recognoscible se vincula a su carácter monogámico y heterosexual, censura la interpretación evolutiva de la Sala y el vaciamiento de los "conceptos" constitucionales y, desde un planteamiento iusfilosófico, rechaza el "uso alternativo" del Derecho y la "falacia naturalista" que confiere "fuerza normativa a los hechos".

(22) De hecho, el orden sucesorio de llamamientos, la vocación hereditaria, en la sucesión intestada, reproduce en nuestro Derecho común la concepción romanista según la cual el cariño familiar primero desciende, luego asciende y, finalmente, se expande. Por ende, la línea recta descendiente excluye la ascendente, en defecto de ésta hereda el cónyuge supérstite, y en su defecto los colaterales. Y los art. 915 y ss. Cc establecen que cada grado representa una generación, la serie de grados forman una línea, en la misma línea aplica el principio de proximidad de grado, explican su cómputo y regulan la sucesión por cabezas o por derecho de representación de las estirpes.

Este árbol familiar hunde sus raíces en la empresa, se robustece en un tronco común y se ramifica. La primitiva sociedad colectiva, como sociedad personalista que no conoce la limitación de responsabilidad de sus socios, no es sino una forma societaria embrionaria de la comunidad hereditaria indivisa que sucede al empresario individual. La sociedad comanditaria, y más aún la comanditaria por acciones, representa ya un injerto capitalista a esa sociedad personalista familiar necesitada de financiación externa. Sólo la necesidad de allegar ingentes recursos económicos para inversiones de gran envergadura, históricamente ajenos a la empresa familiar, garantizando al socio inversor la limitación de responsabilidad, dará lugar al nacimiento de la sociedad anónima como sociedad capitalista por antonomasia. Pero la necesaria adaptación de la gran sociedad capitalista a pequeños proyectos empresariales, familiares algunos de ellos, alumbra la sociedad de responsabilidad limitada, como réplica a pequeña escala de la sociedad anónima o como tipo social híbrido entre la sociedad capitalista y la personalista. Hoy la empresa familiar puede ajustarse a cualquiera de estos tipos societarios, y a medida que su inherente vocación de perdurabilidad asiste impávida al relevo generacional, va diluyéndose el primitivo control del fundador en diferentes ramas familiares y, ya en la tercera generación, la línea recta descendiente da paso a la colateral (23). En este estadio de madurez intergeneracional, podemos plantearnos cuál es el perímetro familiar relevante, el grado de parentesco concernido, para hablar de empresa familiar.

En el plano civil y mercantil, no existe una delimitación del círculo parental constitutivo de empresa familiar, por lo que deberemos recurrir a la legislación tributaria teóricamente adjetiva. El art. 4 Ocho. Dos b) de la Ley 19/91, de 19 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio (LIP), al fijar el porcentaje familiar conjunto de participación determinante de la exención tributaria, se refiere al "cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción" del sujeto pasivo. La referencia al segundo grado parece proyectarse tanto a la línea directa como a la colateral, de tal suerte que, a los efectos de la exención tributaria objetiva contemplada, se computaría la participación de abuelos y nietos (línea directa) y de hermanos y cuñados (colateral consanguínea y por afinidad). La remisión del art. 20.2 c) de la Ley 29/87, de 18 de diciembre, del Impuesto de Sucesiones y Donaciones (LISD) al art. 4.Ocho de la LIP, o mejor dicho, la exigencia del prerrequisito de gozar de la exención tributaria en el IP, supone que el umbral conjunto de participación exigible para gozar de la reducción en base imponible de la adquisición lucrativa *mortis causa*, se obtiene dentro del mismo perímetro familiar. Otra cosa es el derecho subjetivo a la reducción en base del 95% del valor de la empresa transmitida,

(23) Un denso conglomerado de institutos sucesorios se conjuran en la proliferación de participaciones familiares, desde el amplio elenco de legítimas de nuestro Derecho común o de nuestros ordenamientos forales, desde la generosa legítima del Derecho común a la legítima corta del Derecho catalán, a las sustituciones hereditarias, vulgar o fideicomisaria, en sus múltiples y complejas variables, pasando por las reservas hereditarias, los derechos del cónyuge viudo, o el llamamiento por cabezas o por estirpes. Sin olvidar, el obvio efecto jurídico que sobre la empresa familiar tiene la liquidación del régimen económico matrimonial del cónyuge premuerto, especialmente en los de comunidad como la sociedad de gananciales, como operación previa a la determinación del caudal relicto. De ahí la conveniencia de abordar siempre la necesaria planificación matrimonial y sucesoria.

que se restringe a los "cónyuges, descendientes o adoptados" del causante, con exclusión de los colaterales. Ahora bien, en defecto de descendientes o adoptados, «la reducción será de aplicación a las adquisiciones por ascendientes, adoptantes y colaterales, hasta el tercer grado», sin perjuicio de la reducción aplicable, en todo caso, al cónyuge supérstite (art. 20.2 c, primer y segundo párrafo LISD, en redacción dada por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre). Esta ordenación jerárquica del derecho a la reducción fiscal, es plenamente coherente con la configuración de los cuatro grupos de parentesco (24), por ello dicha reducción fiscal en las adquisiciones lucrativas *inter vivos* se contrae exclusivamente a favor del "cónyuge, descendientes o adoptados", sin ulterior precisión.

Con todo, no podemos olvidar que el IP y el ISD constituyen, al amparo del art. 11 b) y d) de la Ley Orgánica 8/80, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), tributos cedibles a las Comunidades Autónomas, y en relación al ISD, el art. 48.1 a segundo párrafo de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por el que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común, confiere potestad tributaria a la Comunidad Autónoma para, respecto de las reducciones de la base imponible, proceder a «la ampliación de las personas que puedan acogerse a la misma». En virtud de la cesión de esa capacidad normativa, las diferentes legislaciones tributarias autonómicas, han ampliado el círculo de beneficiarios de la reducción del 95% del valor de la empresa familiar adquirida *mortis causa*. A título de ejemplo, la Disposición Adicional 2ª de la ya citada Ley balear 18/2001, o el equívoco art. 9 de la también citada Ley madrileña 11/2001 (25), abonan la conclusión de que también la pareja estable puede ser beneficiaria de la reducción fiscal del art. 20.2 c) LISD. Más atrevida, con dudoso título competencial, fue la Ley aragonesa 13/2000, que para gozar de la re-

(24) El diseño de cuatro grupos de parentesco en este impuesto, eminentemente subjetivo y familiar, permite establecer una reducción fiscal adicional aplicable a las adquisiciones lucrativas *mortis causa* (art. 20.1 LISD), y modular, junto con el patrimonio preexistente, el coeficiente multiplicador del art. 22.2 LISD que dota de mayor progresividad al tributo. La regla general es que la reducción fiscal es directamente proporcional a la proximidad del parentesco y la edad del causahabiente, hasta desaparecer totalmente en el Grupo IV aplicable a colaterales de cuarto y ulterior grado y extraños. Por el contrario, el coeficiente multiplicador es inversamente proporcional a la proximidad de grado y al patrimonio preexistente. Por ende, estamos ante un gravamen que penaliza, en términos de progresividad, la inexistencia de parentesco o el parentesco lejano, y considera como tal al colateral de cuarto, último beneficiario de la sucesión *ab intestato* (art. 954 Cc), o los de ulterior grado.

(25) El precepto legal prevé que «los derechos y obligaciones establecidos en la normativa madrileña de Derecho Público para los miembros de parejas que hayan contraído matrimonio, serán de aplicación a miembros de la unión de hecho, en especial en materia presupuestaria, de subvenciones y de tributos propios». Mientras que el art. 2. Uno c) de la Ley 14/2001, de 26 de diciembre, reproduce el art. 20.2 c) LISD. La aplicación conjunta de ambas disposiciones legales conduciría indefectiblemente a extender el beneficio fiscal a las parejas de hecho, si no fuera porque el ISD no es un "tributo propio", sino un tributo cedible *ex* art. 11 d) LOFCA, y efectivamente cedido a la Comunidad Autónoma. La evidente *analogía legis*, proscrita en materia tributaria (art. 14 LGT), tampoco resuelve el problema, por lo que sólo cabe salvarlo entendiendo que estamos ante una asimilación de una reducción fiscal prevista en la normativa tributaria autonómica, de la que la referencia expresa a los tributos propios no es más que una referencia *ad exemplum*. Idéntico problema plantea la restricta alusión a los tributos propios en el art. 9 de la Ley 1/2001.

ducción en la adquisición *mortis causa*, extiende, el perímetro familiar a los colaterales del cuarto grado, violentando la literalidad del art. 4.Ocho. Dos LIP (26).

En la delimitación del perímetro familiar, la ley tributaria adjetiva atiende a la participación conjuntamente poseída, lo que parece introducir la idea de control. Desde esta perspectiva, ciertamente, la empresa familiar es una empresa controlada por un grupo familiar legalmente predeterminado. Otra cosa es que ese umbral participativo sea realmente bajo; el 5% para la participación individual y el 20% dentro del perímetro familiar definido, lo que parece indicativo de que el legislador tributario está pensando en la gran empresa familiar. Si nos sumergimos de nuevo en el Derecho mercantil, para intentar aislar un concepto jurídico-mercantil de control, tampoco alcanzaremos un resultado plenamente satisfactorio, o cuando menos, homologable desde el punto de visto fiscal.

La mejor doctrina mercantilista (27) anuda la idea de control a la noción de "unidad de decisión" que podía colegirse del art. 4 de la ya derogada Ley 24/1988, de 28 de julio, reguladora del Mercado de Valores, que establecía que «se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás, o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto». Y presumía esa unidad de decisión en los supuestos que el art. 42.1 del Código de Comercio obliga a la consolidación contable o «cuando al menos la mitad más uno de los Consejeros de la dominada sean Consejeros o altos directivos de la dominante, o de otra dominada por ésta». Con la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, se depuró este concepto para identificarlo totalmente con los supuestos de consolidación contable, criterio que ha pasado al art. 5 del vigente Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobada por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre (LMV) (28). Y en un sentido similar, se pronuncia el art. 18 LSC. Por consiguiente, y al amparo del art. 42.1 del Código de Comercio, existirá grupo societario a efectos de consolidación contable, cuando una sociedad (dominante) «ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras» (dependientes), que se presumirá cuando:

– Posea la mayoría de los derechos de voto.

– Ostente la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

(26) Nótese que el art. 20.2 c LIS condiciona la reducción fiscal al goce de la exención tributaria del art. 4.Ocho.Dos LIP, y el art. 47 de la Ley 22/2009, al delimitar el alcance de la cesión de competencias normativas en relación al IP, no reconoce a las CC AA competencia normativa para alterar las exenciones tributarias, y no parece que ese exceso normativo tenga suficiente cobertura en el artículo 48.1 a) de la precitada Ley 22/2009, que permite al legislador autonómico, respecto de la reducción del 95%, la «disminución de los requisitos para poder aplicarla». A nuestro modo de ver, esta locución se refiere a una posible modificación a la baja del requisito de permanencia.

(27) Cerdá Albero, F., *La empresa familiar…*, *op. cit.*: 92 y ss.

(28) Este precepto legal, bajo la rúbrica de "Grupos de Sociedades", siguiendo el precedente art. 4 de la LMV en su redacción posterior a la Ley 47/2007, establece que «a los efectos de esta ley, se estará a la definición de grupo de sociedades establecida en el artículo 42 del Código de Comercio».

– Disponga, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de votos.

– Haya designado, con sus votos, a la mayoría de miembros del órganos de administración que haya de formular las cuentas anuales consolidadas, o lo haya hecho en los dos ejercicios inmediatamente anteriores.

Es decir, la ley mercantil sustantiva no atiende al poder económico que supone el porcentaje de participación societaria para configurar una idea de control, sino al poder político decisorio derivado del ejercicio del derecho de voto, y que no necesariamente está indisociablemente vinculado a la participación social detentada. Es más, existen fórmulas legales y estatutarias para modular la ecuación simétrica participación social/ derecho de voto, ora reforzando el derecho de voto, ora mutilando la atribución de este derecho político (29).

Esta idea de dominio político no se compadece con mera exigencia de un reducido umbral participativo en el capital social del art. 4.Ocho.Dos b) LIP que, sin embargo, sí está presente en la imposición corporativa para definir la sociedad dominante en el régimen de consolidación fiscal o en la inclusión del grupo de sociedades dentro del perímetro de vinculación (30). Compartimos la acertada la censura doctrinal a las "carencias y limitaciones" (31) del criterio seguido por la LIP para definir el control de la sociedad familiar, y nos atrevemos a añadir que, de *lege ferenda*, debería explorarse la acomodación de la norma fiscal a la noción de dominio político de nuestra normativa mercantil y contable. Esta opción de política legislativa daría respuesta a la preocupación europea por la capitalización de las empresas familiares mediante la previsión normativa de participaciones sin voto, –y a una más generosa previsión de la *golden share* en nuestro Derecho interno, añadimos–, lo que permitiría a las empresas familiares allegar recursos económicos sin diluir su control político. Una posibilidad acorde con el signo de los tiempos, marcado por una mayor preocupación por la neutralidad fiscal, el fortalecimiento de los recursos propios y la penalización fiscal del endeudamiento externo.

Otra sincopada disonancia del art. 4.Ocho.Dos.b) LIP respecto a la normativa mercantil y contable, es que sólo contempla la participación directa en el capital, como lo corrobora el art. 4.1 del Reglamento del Impuesto sobre el Patrimonio, aprobado por el Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre (RIP), que declara exentas «las participa-

(29) La regla de una acción un voto quiebra en las participaciones y acciones sin voto que, con distinto régimen para la anónima y la limitada, contempla el art. 98 LSC, y tiene como contrapartida un elenco de privilegios como la atribución de un dividendo mínimo preferente, la inmunidad en la reducción del capital social por pérdidas o en la adjudicación de la cuota de liquidación (art. 99 y ss. LSC). Más problemática es la configuración estatutaria de una *golden share*, que confiera a su titular un voto plural, dual o múltiple, y que sólo sería admisible en la sociedad de responsabilidad limitada (art. 188.1 LSC y art. 184.2.1 del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio).

(30) En rigor, el art. 58.2 b) de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS), exige, cumulativamente la participación en el 75% del capital social y la mayoría de derechos de voto, por lo que no basta con esa cualificada participación social. El art. 18.2 *in fine* , en sede operaciones vinculadas, se remite a los supuestos de consolidación contable del art. 42.1 del Código de Comercio.

(31) Cerdá Albero, F., *La empresa familiar…*, *op. cit.*: 93.

ciones en entidades cuya titularidad corresponda directamente al sujeto pasivo», y no parece que, ante el silencio del legislador, nos hallemos ante una anómala excepción reglamentaria *contra legem* (32). Por el contrario, el art. 42.1 del Código de Comercio se refiere al control directo o indirecto de las participadas. De nuevo, y en el plano de *lege ferenda*, parecería oportuna la depuración técnica de la norma fiscal buscando su asimilación a la normativa mercantil y contable, también en este punto. No es ocioso recordar que la pauta interpretativa del concepto de empresa familiar elaborada por el Grupo de Expertos de la Comisión Europea, a la que ya hemos hecho referencia más arriba, que no sólo conforma lo que la STC 198/2012 denominaba nuestra común "cultura jurídica", sino que está llamada a erigirse en una sólida guía orientativa en la medida en que el *soft law* fructifique en realizaciones normativas concretas, alude a que «la mayoría de los derechos de voto puede ser directa o indirecta», aunque también hace una velada referencia, entendemos que subordinada al criterio del voto mayoritario, a nuestro criterio fiscalista de la participación, −aquí mayoritaria−, del capital social.

Y, finalmente, el control de la empresa dentro del perímetro familiar predeterminado, es un requisito necesario, pero no parece que suficiente, para que pueda hablarse de empresa familiar. De nuevo, el Grupo de Expertos de la Comisión Europea, exige que «al menos un miembro de la familia o la parentela se dedica a la dirección o administración de la empresa», que parece configurarse como un requisito adicional, cumulativo y, por ende, constitutivo. La ausencia de regulación mercantil en este punto se colma por el legislador tributario, que va incluso más allá, y exige que la dirección efectiva sea retribuida, y que esa retribución tenga un peso específico en el volumen total de ingresos de quien ostente ese cargo directivo. En ese sentido, el art. 4.Ocho.Dos.c) LIP exige «que el sujeto pasivo ejerza efectivamente funciones de dirección en la entidad, percibiendo por ello una remuneración que represente más del 50 por 100 de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal». Nótese que esa exigencia retributiva no es estrictamente imprescindible en el marco de una sociedad de control familiar, en la que se puede acordar la distribución de dividendos sin cortapisa alguna, pero tampoco lo es en el marco de cualquier otra sociedad mercantil en cuanto al órgano de administración, toda vez que el cargo de administrador es naturalmente gratuito, salvo que estatutariamente se establezca su sistema retributivo (art. 217.1 LSC). Sin embargo, −el legislador fiscal así lo quiere−, el familiar debe asumir funciones de dirección efectiva, sea o no administrador, debe ser retribuido por ello, y esa remuneración debe ser económicamente relevante.

Según el Grupo de Expertos de la Comisión Europea, el concurso cumulativo de esos tres requisitos, −empresa, familiar y dirigida o gestionada por un familiar−, determinaría la existencia de una empresa familiar. Por el contrario, la forma jurídica que revista es irrelevante. Puede ser un empresario individual o social. El empresario familiar individual es el supuesto más común en la realidad social y, aun cuando los requisitos hasta ahora analizados, parecen pensados para la sociedad familiar, no es menos cierto que, *mutatis mutandis*, podrían extrapolarse al empresario individual. Es cierto que el requisito de pertenencia de la empresa a un núcleo familiar predeterminado, tratándose de

(32) Desgraciadamente, la STS de 26 de junio de 1996 ha confirmado el criterio de que a los efectos de la exención tributaria de empresa familiar sólo computa la participación directa.

un empresario individual, puede ser de difícil aplicación. Sin embargo, no debemos olvidar que una empresa individual adquiere fácilmente trascendencia familiar, ora porque el empresario-cónyuge está sujeto a un régimen económico matrimonial de comunidad, como la sociedad de gananciales o la sociedad legal de conquistas foral navarra, ora porque el fenómeno sucesorio determina la aparición de una comunidad hereditaria indivisa sobre la empresa individual. O, incluso, –y no es una realidad infrecuente–, porque el empresario cuenta con colaboradores familiares, cónyuges, ascendientes, descendientes o parientes hasta el segundo grado, cuyo eventual vínculo laboral se excluye salvo prueba en contrario (33). A diferencia de lo que ocurre en otros sistemas jurídicos (34), nuestro Derecho mercantil no contempla un estatuto legal del empresario individual, que habrá de integrarse con los art. 5 y ss. CCo, y con otras normas aisladas, extraídas de otros segmentos del ordenamiento jurídico, a la que no es ajena tampoco la exención tributaria de bienes y derechos afectos que, para el empresario individual, dibuja el art. 4.Ocho.Uno LIP.

Como ya hemos advertido más arriba, esa empresa individual puede convertirse en comunidad hereditaria, o incluso funcionar como comunidad de bienes con varias ramas familiares sometiéndose a las reglas del Código civil (art. 392 y ss. Cc), pero entendemos que, supuesto su objeto mercantil, jamás podrá adoptar la forma de sociedad civil. La forma societaria evolutiva natural de la empresa individual plurifamiliar es la sociedad mercantil personalista pura (sociedad colectiva), o, en un segundo estadio, con participación de capital externo (sociedad comanditaria, comanditaria por acciones o, incluso, la cuenta en participación de los art. 239 y ss. CCo). Pero la forma ordinaria de organización jurídica del negocio societario, por la limitación de responsabilidad que le es inherente, es la sociedad capitalista, bien sea la sociedad de responsabilidad limitada, que por su carácter cerrado parecería adaptarse mejor a la singularidad empresa familiar, bien la sociedad anónima, que parecería más propia de la gran empresa.

Sin embargo, tampoco es correcto identificar la empresa familiar con una pequeña o mediana empresa (35). Es posible que ésta sea la hipótesis más frecuente, pero no agota

(33) El art. 1.3 e) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de Estatuto de los Trabajadores, excluye del ámbito objetivo de la relación laboral «los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo. Se considerarán familiares, a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción». Aunque, para los hijos y descendientes, y en no pocas ocasiones, la frontera entre la laboralidad encubierta y la contribución al levantamiento de las cargas familiares (art. 155.2 del Código civil), puede ser difícil de establecer, no es menos cierto que esta norma nos permitiría construir la tesis de la empresa familiar como comunidad de trabajo familiar no laboral.

(34) Es el caso del art. 230 bis del Código civil italiano, tras la reforma operada por la Ley 151 de 19 de mayo de 1975 de reforma del Derecho de Familia, que delimita el ámbito subjetivo de los familiares que colaboran con el empresario individual, y regula sus derechos patrimoniales, así como los supuestos en que intervienen en la adopción de decisiones empresariales.

(35) Desde esta perspectiva, se ha clasificado la empresa familiar en empresa individual y social, y por su tamaño, la microempresa y la pequeña y mediana empresa, según el parámetro comunitario de clasificación que atiende al número de trabajadores, cifra de negocios y balance ge-

ni mucho menos la realidad económica de la empresa familiar. El precario umbral participativo familiar exigido por el art. 4.Ocho.Dos.b) LIP ya da una idea de ello. La reciente historia económica describe grandes empresas familiares que hoy presentan una dimensión multinacional, como SIEMENS, FORD, BOSCH, KRUPS (36) o, entre nosotros, INDITEX. El tamaño de la empresa familiar es irrelevante, e incluso pueden existir sociedades familiares cotizadas, porque no existe ningún impedimento para que la empresa familiar pueda financiarse apelando al mercado de capitales. Según el Grupo de Expertos de la Comisión Europea, «las empresas cotizadas se ajustarán a la definición de "empresa familiar" si la persona que creó o adquirió la empresa (capital social) o sus familiares o sus descendientes poseen más del 25% de los derechos de voto en razón de su participación en el capital social». Esta precisión comunitaria, que por primera vez vincula derecho de voto con titularidad del capital social, colisionaba con el art. 46 de la ya derogada LMV de 1988, que exigía para admitir a negociación acciones en una Bolsa de Valores que afectara a la totalidad de acciones y valores admitidos, por lo que esa prohibición impedía que la familia retuviera una parte del capital, lo que exigía registrar la participación familiar en una Sociedad o Agencia de Valores con instrucciones de no transmisión, por lo que sólo la parte restante del capital quedaba sujeto a negociación (*free float*). Ese óbice normativo desaparece con la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, y no ha pasado al texto refundido de la vigente LMV de 2015. No son pocos los ejemplos de empresas familiares que cotizan en el IBEX-35, como FERROVIAL, SOL MELIÁ, ALMIRALL, o la número uno en capitalización bursátil del índice selectivo español, INDITEX.

No hay una limitación objetiva de tipos sociales para vestir jurídicamente la empresa familiar, ni tampoco su dimensión o su condición de cotizada impiden su calificación como tal. Otra cosa es el debate jurídico, en el que ahora no podemos ahondar, sobre la conveniencia de diseñar un tipo societario *ad hoc* para la empresa familiar, como se hiciera ya por ejemplo con la Sociedad Nueva Empresa o con la Sociedad Europea, y que pudiera servir de base para construir un futuro estatuto jurídico de la empresa familiar, que recogiera las interesantes recomendaciones comunitarias o del Informe de la Ponencia del Senado, o en fin, el conjunto de medidas administrativas, financieras, civiles y fiscales que se estimaran oportunas para fortalecer la empresa familiar.

4. EL CONCEPTO JURÍDICO-TRIBUTARIO DE EMPRESA FAMILIAR

El estatuto fiscal de la Empresa Familiar se construye sobre la base de los requisitos que establece el art. 4.Ocho LIP, cuya importancia no se agota, por tanto, en regular los

---

neral. Cerdá Albero, F., *La empresa familiar…, op. cit.*: 99 y ss. Véase también Checa González, C. (1999): "La empresa familiar en nuestro ordenamiento tributario (impuesto sobre el patrimonio, impuesto sobre sucesiones y donaciones e impuesto sobre la renta de las personas físicas)", en el colectivo *La fiscalidad de la empresa familiar*, AEDAF: 155 y ss. Según este autor, en modo alguno son identificables las nociones de empresa familiar y pequeña y mediana empresa, y la realidad palpable demuestra, de forma concluyente, que algunas de las grandes empresas del país son empresas familiares.

(36) De Aguiar, E. (1998): *Beneficios fiscales en la empresa familiar: patrimonio y sucesiones*, Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, Barcelona.

concretos requisitos exigibles para disfrutar de la exención tributaria del Impuesto sobre el Patrimonio, sino que constituyen el presupuesto normativo genérico para aplicar todos los beneficios fiscales aplicables a la titularidad o a la adquisición *inter vivos* o *mortis causa* de la empresa familiar. En gran medida, ello es así por razones históricas, toda vez que el actual régimen de beneficios fiscales aparece como una evolución o extensión a las adquisiciones lucrativas de la primitiva exención en la imposición patrimonial. Pasamos a analizar a continuación el trípode normativo sobre el que se asienta el concepto jurídico-tributario de empresa familiar.

a) *Titularidad de una empresa que desarrolla una actividad económica*

El art. 4.Ocho.Dos.a) LIP identifica el primer requisito constitutivo de empresa familiar con «la plena propiedad, la nuda propiedad y el derecho de usufructo vitalicio sobre las participaciones en entidades, con o sin cotización en mercados organizados», que, «sea o no societaria, no tenga por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario».

La generosa configuración de la titularidad empresarial, que cubre la plena y nuda propiedad o el usufructo vitalicio, o las sociedades cotizadas, abstracción hecha de su eventual forma societaria, es el precipitado normativo de una evolución progresiva, con amplitud de miras, del precepto legal. En primer lugar, a referencia expresa del usufructo vitalicio soslaya la censura doctrinal que provocó su inicial exclusión por el art. 4 del Real Decreto 2841/1994, cuya legalidad fue avalada por el Tribunal Supremo (37), pasando posteriormente al vigente art. 4.2 del Real Decreto 1704/1999. Esta exclusión injustificada del usufructo violentaba el espíritu y finalidad de un régimen fiscal, que no es inherente a la propiedad sino al ejercicio de una actividad económica mediante los elementos patrimoniales afectos, para lo que el usufructo constituye título jurídico perfectamente hábil (38). No tiene sentido que, en el marco de un impuesto que, en caso de desmembración del dominio propone la valoración separada entre nudo-propietario

(37) En las SSTS de 19 de junio y de 25 de junio de 1996, recaídas en sendos recursos contencioso-administrativos promovidos, respectivamente, por la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona y por la CEOE, se sostiene que «respecto a la atribución del beneficio al nudo propietario en los casos de desmembración del dominio, el Reglamento no hace sino seguir la regla general del Derecho civil (recogida en otros ámbitos, como el mercantil) donde el nudo propietario sigue siendo dueño de la cosa con los derechos inherentes a tal cualidad, sin más obligación que la de respetar el derecho real de usufructo constituido sobre la cosa que le pertenece». Sin embargo, y respecto a la sibilina referencia al Derecho mercantil, debería puntualizarse que, si bien es cierto que tanto el art. 67 del Texto Refundido de Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/89, de 22 de diciembre, como el art. 36 de la Ley 2/95, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, a la sazón vigentes, atribuían en caso de desmembración del dominio de las acciones o participaciones, el ejercicio de los derechos de socio al nudo propietario, no es menos cierto que en ambos casos se trataba de una regla dispositiva susceptible de excepción estatutaria. Por lo demás, el propio art. 467 Cc autorizaría a establecer una regla en contrario al propio título constitutivo del usufructo.

(38) En este sentido, véase Cencerrado Millán, E. (1997): "Consideraciones críticas a las exenciones del patrimonio empresarial de la persona física y de las participaciones en determinadas entidades (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de junio de 1996, que confirma la validez de determinados preceptos del Real Decreto 2841/1994)", *Quincena Fiscal*, n.º 7: 44 y ss.

y usufructuario en función de su duración temporal o vitalicia para formar su base imponible, se inutilizara el título usufructuario a efectos de la exención tributaria (39). Ni tampoco, añadimos nosotros, que se desconozca la extraordinaria tipicidad social que tiene el usufructo vitalicio en nuestro Derecho sucesorio, con sus diferentes formas de delación en sus múltiples modalidades forales, como derecho legitimario del cónyuge supérstite, como el usufructo del tercio de mejora del Derecho común o el usufructo universal del viudo en el Derecho catalán, o como forma de ordenación de la sucesión testada (usufructo de fidelidad navarro), o, sencillamente, como forma de planificación sucesoria en vida del causante. No es extraño, pues, que la recepción formal de esta institución típicamente sucesoria se produjera primero en el ámbito del ISD, con la Ley 66/97, y sólo después, se extendiera al IP, por lo que la restricción reglamentaria de la exención, que todavía luce en el art. 4.2 del Real Decreto 1704/1999 (40), debe entenderse afectada por una nulidad sobrevenida por constituir una anómala excepción reglamentaria *contra legem*.

En segundo lugar, la norma hace abstracción de la forma societaria cuando se proyecta sobre la "entidad, sea o no societaria", término que se utiliza con reiteración a lo largo del precepto legal y del propio Real Decreto 1704/1999. Con todo, ese deliberado accidentalismo de la forma societaria, difícilmente puede arropar con la etiqueta de empresa familiar a determinadas entidades no societarias, como es el caso de las cooperativas, fundaciones o mutualidades. Lo que sí está claro es que daría cobertura tanto a sociedades personalistas como a sociedades capitalistas, porque la aparente restricción intelectual que supone aludir a la «la participación del sujeto pasivo en el capital de la entidad» [art. 4.Ocho.Dos.b) LIP], se despeja reglamentariamente en el art. 4.1 del RD 1704/1999, a cuyo tenor «se entenderá por participación la titularidad en el capital o patrimonio de una entidad». También puede tratarse de una sociedad cotizada, entendiendo por tal, aquella sociedad anónima cuyos valores representados por acciones están admitidos a negociación en un mercado de valores.

Con esta amplitud conceptual, la titularidad, nuda o usufructuaria, debe recaer sobre entidad, societaria o no, que «no tenga como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario». El legislador sólo admite las sociedades operativas, deja fuera de su ámbito objetivo las que obtienen rentas pasivas, y nos proporciona una interpretación auténtica de qué debe entenderse por entidades gestoras de un patrimonio mobiliario o inmobiliario, aclarando que:

> «Se entenderá que una entidad gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario y que, por lo tanto, no realiza una actividad económica cuando concurran, durante más de 90 días del ejercicio social, cualquiera de las condiciones siguientes:

(39) Checa González, C.: "La empresa familiar en nuestro ordenamiento tributario…", *op. cit.*: 158 y ss.

(40) Este precepto reglamentario, formalmente vigente, sigue puntualizando que «en el caso de existencia de un derecho de usufructo de las participaciones en entidades, diferenciado de la nuda propiedad, sólo tendrá derecho a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio el nudo propietario, siempre que concurran en el mismo todas las condiciones para que sea de aplicación la exención».

Que más de la mitad de su activo esté constituido por valores o,

Que más de la mitad de su activo no esté afecto a actividades económicas».

De los posibles criterios para excluir las rentas pasivas, la composición del activo o la afectación al desarrollo de actividades económicas, opta por la combinación disyuntiva de ambos criterios. Esta es una diferencia relevante con la definición del empresario familiar individual que, derivado de su inicial configuración como una exención de los "*útiles*" o "herramientas" de trabajo, opta por el exclusivo criterio de la afectación el art. 4.Ocho.Uno LIP cuando alude a los «los bienes y derechos de las personas físicas necesarios para el desarrollo de su actividad empresarial o profesional».

Para determinar el criterio de la afectación a una actividad económica, el art. 1 del Real Decreto 1704/1999 efectuaba una remisión a la normativa del IRPF, con una referencia expresa al doble requisito de persona con contrato laboral y a jornada completa y un local habilitado al efecto, que exigía el art. 25.2 de la ya derogada Ley 40/98 reguladora del IRPF para la actividad económica de compraventa o arrendamiento de inmuebles; requisito que, en la actualidad, debe entenderse sustituido por la exigencia tan solo de un empleado con contrato laboral a jornada completa por el vigente art. 27.2 Ley 35/2006, de 28 de noviembre, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF), en redacción dada por la Ley 26/2014, de 27 de noviembre. Con todo, el art. 4.Ocho.Dos.a) LIP eleva el rango normativo de esa inicial previsión reglamentaria. Por tanto, debemos traer a colación la normativa del IRPF, tanto en lo que se refiere a la definición de actividad económica, como a la determinación de activos afectos a esa actividad económica. El art. 27.1 LIRPF considera rendimientos íntegros de actividades económicas «aquellos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del contribuyente la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios». Tras la reforma operada, ya no se exige la existencia de un local *ad hoc* para desarrollar la actividad económica de arrendamiento de inmuebles, que alguna jurisprudencia contenciosa ya había relativizado (41), y hoy basta con el requisito de la persona empleada con contrato laboral y a jornada completa, para considerar que no estamos ante una renta del capital inmobiliario, sino ante un rendimiento de actividad económica. Por lo demás, hay una innegable tendencia a relativizar estos requisitos formales −a la sazón local y empleado−, en beneficio de una concepción más sustantiva de la actividad económica, de la que fue un claro exponente la STS de 28 de octubre de 2010 (rec. de casación para la unificación de doctrina 218/2006), que estableció como doctrina legal unificada que «reducir la actividad empresarial a la necesidad de tener empleados y local y en base a

(41) Como la STSJ de Murcia de 18 de febrero de 2016 (JUR 216, 54188), que sostuvo que los requisitos de empleado y local constituían meros indicios de actividad económica, que podría acreditarse por otros medios probatorios, como en el caso de autos, en el que la entidad demostró que desarrolló una actividad de adquisición de fincas urbanas para su ulterior explotación en régimen de arrendamiento de viviendas, previa su demolición y adecuación. En sentido inverso, la STSJ de Madrid de 17 de julio de 2015 (JUR 2015, 204469), entendió que la carencia del requisito de un local "exclusivamente" dedicado a desarrollar la gestión empresarial no podía entenderse combatida con la afirmación de que la actividad se desarrollaba en la vivienda del causante.

ello afirmar que como no se tiene no se desarrolla actividad empresarial, no es correcto, ya que la actividad empresarial se define por la actividad que se desarrolla, siendo la existencia de empleados o no un dato a tener en cuenta pero no lo esencial, que consiste en la ordenación de medios para desarrollar la actividad de beneficio». E invocando esta doctrina legal unificada, la reciente STS 1108/2020, de 23 de julio, con relación al régimen especial de arrendamiento de inmuebles del TR LIS de 2004, concluye que «no puede entenderse que la actividad empresarial solamente se cumple cuando la entidad tiene una persona empleada y un local afecto a la actividad».

En cuanto, al criterio de la afectación a la actividad económica, habrá que estar al art. 29 LIRPF. Por el contrario, no parece aplicable al estatuto fiscal de la empresa familiar, el plazo de afectación del art. 28.3 LIRPF que, en relación la afectación o desafectación de activos a una actividad empresarial, excluye por esta circunstancia la existencia de ganancia o pérdida patrimonial, y aclara que «se entenderá que no ha existido afectación si se llevase a cabo la enajenación de los bienes o derechos antes de transcurridos tres años desde ésta». A nuestro modo de ver, el plazo mínimo de tres años de afectación, a efectos de IRPF, no es trasladable al ámbito del IP o del ISD (42), y no tanto por el juego propio del principio de estanqueidad tributaria supuesta la remisión genérica a la normativa del IRPF, sino por la propia finalidad del régimen fiscal familiar, o siquiera porque una eventual adquisición lucrativa *inter vivos* o *mortis causa* también rompería ese período de afectación, y sin embargo no existiría ganancia patrimonial sujeta [art. 33.3 b) y c) LIRPF]. En definitiva, y con relación al beneficio fiscal aplicable a las adquisiciones lucrativas, el requisito relevante es el del período de permanencia de la adquisición, que viene a desplazar el período de afectación exigido a los solos efectos de la imposición personal sobre la renta.

Otra cosa es el eventual solapamiento entre la persona empleada en una entidad dedicada al arrendamiento de inmuebles, y el requisito de ejercicio de funciones directivas retribuidas que exige el estatuto fiscal de empresa familiar, y que la STS de 13 de noviembre de 2008 admite en línea de principio, si bien con las limitaciones dogmáticas que, en lo que atañe al contrato laboral, supone la llamada "teoría del vínculo" sobre la que volveremos más adelante. Es más, la propia DGT, en sus contestaciones a consultas tributarias de 27 de mayo y 16 de diciembre de 2009, exigen que el empleado tenga la suficiente cualificación profesional y dedicación suficiente para desarrollar la gestión empresarial (43). Y, según la STSJ de Cataluña de 28 de junio de 2012 (JT, 2012, 937), no constituye un óbice legal para ello que cotice en régimen de autónomos.

(42) En el mismo sentido, y con cita de la contestación a consulta tributaria de la DGT de 27 de septiembre de 2011, que denegó en una adquisición lucrativa de una empresa dedicada al arrendamiento de inmuebles, que además del doble requisito de local y empleado fuera exigible una afectación por tres años, véase Calvo Vergez, J. (2017): *La fiscalidad de la adquisición a título lucrativo de la empresa familiar*, Thompson Reuters Aranzadi, Pamplona: 60.

(43) En base a esta consulta tributaria, alguna doctrina exige la prestación de servicios relacionados con la actividad de arrendamiento propiamente dicha, y distintos de la limpieza, el mantenimiento o vigilancia de los inmuebles arrendados. Véase Calvo Vergez, J.: *La fiscalidad …*, *op. cit.*: 66 y ss.

Esta definición auténtica de actividad económica y de afectación que venimos manejando, es plenamente aplicable al empresario familiar individual, y también a las sociedades mercantiles familiares, no sólo por la remisión expresa del art. 4.Ocho.Dos LIP, sino también porque ese emplazamiento directo se hace a la más acabada normativa en la materia. Sin embargo, entendemos que, aun cuando no nos conduce a ninguna solución diferente, el concepto de actividad económica de las sociedades mercantiles hay que extraerlo del art. 5 Ley 27/2014, de 27 de noviembre, reguladora del Impuesto sobre Sociedades (LIS), inexistente cuando se produjo aquella remisión normativa.

Por último, es muy relevante la exclusión del cómputo del 50% del activo no afecto, de las sociedades que detentan el 5% como mínimo de los derechos de voto en otras entidades no patrimoniales, «se posean con la finalidad de dirigir y gestionar la participación», que abre las puertas a las llamadas sociedades *holding*, o sociedades de cartera, y que son relativamente frecuentes en la estructura corporativa familiar (44). En efecto, y desde un punto de vista económico, una estructura plurisocietaria familiar, carente de una sociedad cabecera unificadora de todo el grupo familiar, plantea problemas en términos de eficiente asignación de los activos empresariales a las distintas entidades, confunde las actividades empresariales con las de mera administración, carece de la posibilidad de consolidar cuentas y, por ende, de mostrar a terceros el potencial real del negocio dificultando el acceso a financiación externa o, en fin, imposibilita las sinergias de unos servicios comunes de carácter administrativo, financiero o de otra naturaleza. Desde un punto de vista de vista estrictamente tributario, el interés reside en mitigar el coste fiscal de la distribución de dividendo en sede de persona física, remansando el beneficio en la sociedad matriz para que pueda canalizarlo a inversiones o financiación de otras entidades del grupo, por lo que elimina la doble imposición interna o la retención de dividendos, o de plusvalías por transmisión de participaciones. Sin olvidar el deficiente aprovechamiento de bases imponibles negativas, los riesgos de ajustes fiscales por operaciones vinculadas, o las reversiones fiscales de cartera del Real Decreto-ley 3/2016, de 3 de diciembre, que pueden mitigarse con la inclusión en un perímetro de consolidación fiscal. A ello habría que añadir, ahora también, las mayores facilidades que presenta el cumplimiento de los requisitos para gozar de los beneficios fiscales de la empresa familiar, facilitando el cumplimiento de los requisitos de funciones de dirección e, incluso, flexibilizando el umbral participativo mediante el sencillo expediente de encadenar varias *holding* (*v.gr*. tres socios que aportan a una *holding* de nueva creación su respectivo 4% en la *subholding*, pasando a ostentar cada uno de ellas un 33% en la nueva entidad) (45).

---

(44) La posibilidad de la *holding* familiar, como sociedad de cartera que canaliza inversiones financieras, y como tal, desarrolla una actividad económica que puede beneficiarse del régimen fiscal de empresa familiar, fue reconocida históricamente por las resolución de la DGT de 13 de febrero de 1998 (n.º 1194/98), y confirmada por la de 10 de enero de 2001 (n.º 772001), en contestación a sendas consultas tributarias.

(45) Desde el punto de vista estrictamente mercantil, la *holding* familiar también es una estructura corporativa eficiente: i) compartimentar riesgos; ii) alcanzar pactos empresariales con terceros; iii) dar autonomía a los distintos negocios; iv) aumentar el equipo directivo; v) diversificación del negocio mediante la reinversión del excedente financiero; vi) centralización de funciones de asesoramiento, financiación, marketing y otras. Véase, Vicent Chuliá, F.: "Organización jurídica de la Sociedad Familiar" …, *op. cit*.: .263.

Otra relevante excepción a la regla de cómputo viene establecida por la llamada patrimonialidad sobrevenida. Se trata de un fenómeno recurrente en el ciclo vital de una sociedad operativa que desarrolla una actividad económica, y se produce cuando, en el devenir de sus negocios, obtiene beneficios que no distribuye, engordando su tesorería o reinvirtiéndose en activos financieros, de tal suerte que puede llegar un momento en que sus valores mobiliarios excedan en más del 50% de su activo, generándose una situación de sobrevenida patrimonialidad. Esta situación, aparentemente patológica pero que, en realidad, se producía al remansar el beneficio derivado de la buena marcha de los negocios, había suscitado una amplia conflictividad jurídica, que fue finalmente acotada por el legislador con la regla del art. 4.Ocho.Dos.a) 2ª LIP. En definitiva, se trata de excluir del cómputo de los activos afectos a aquellos activos líquidos, proceden directamente de la actividad económica desarrollada, y que, con buen criterio, el Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de abril de 2014 (rec. núm. 6437/2011), calificaba como activos empresariales por subrogación (46). Y la reciente consulta vinculante de 13 de enero de 2020 (V0037/20), ratificando una inusual interpretación finalista, que ya había inaugurado la consulta V4583/16, asimila a los dividendos percibidos, las plusvalías derivadas de la transmisión de participaciones.

b) *Porcentaje de participación*

El art. 4.Ocho.Dos.b) LIP exige que «la participación del sujeto pasivo en el capital de la entidad sea al menos del 5 por 100 computado de forma individual, o del 20 por 100 conjuntamente con su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción». La referencia al cónyuge debe entenderse hecha también a la pareja estable, en los términos ya expuestos más arriba, sin que ello suponga una forzada extensión analógica de una exención tributaria prohibida por el art. 14 LGT, y con la base de la equiparación jurídica que establecen las diversas legislaciones autonómicas, aunque como ya advertimos en su momento, ello puede plantear algún problema competencial de compatibilidad con el art. 47 de la Ley 22/2009, cuando menos, en relación a la normativa autonómica que incida en la concreta exención tributaria en el IP. Y, en cuanto al vínculo matrimonial, la relación conyugal es indiferente del sexo de los contrayentes en los términos del vigente art. 44 Cc, en redacción dada por la Ley 13/2015, avalada por la STC 198/2012, de 6 de noviembre. En cualquier caso, el parentesco por afinidad exige la subsistencia del vínculo conyugal y desaparece con el divorcio vincular o con la muerte o declaración de fallecimiento (47). En este momento crucial, no sólo se produce

(46) Según el Alto Tribunal, «esta Sala mantiene la argumentación de la Sala de instancia porque, en definitiva, lo que pretende la recurrente no tiene amparo en ninguna norma legal; de hecho, la recurrente no nos dice en qué norma jurídica apoya su argumentación, por eso, en definitiva, los beneficios no distribuidos deben ser considerados parte del activo de la sociedad. Y además, si se trata de beneficios de la actividad empresarial con mayor razón deben ser considerados no solamente como activos, sino en principio, por subrogación, como activos empresariales, que han producido los beneficios en los que se plasman».

(47) El art. 85 Cc dispone que el matrimonio se disuelve, cualquiera que sea la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o declaración de fallecimiento y por el divorcio. En resolución a consulta tributaria, la Resolución de la DGT de 5 de julio de 2001 tiene establecido que «la afinidad es el parentesco que surge con los consanguíneos del consorte y ello, por definición, exige la subsis-

la expulsión del perímetro familiar, sino también la liquidación del régimen económico conyugal, que en régimen común o ganancial supone la adjudicación de participaciones al cónyuge divorciado o viudo, lo que puede conllevar la pérdida sobrevenida del porcentaje conjunto de participación.

Por lo demás, el perímetro familiar para el cómputo conjunto, abarca la línea recta ascendente y descendente, –entendemos que sin limitación de grado–, y la colateral hasta el segundo grado, englobando, en cualquier caso, el parentesco por consanguinidad, por afinidad (parientes *in law*, como cuñados, suegros, yernos o nueras) y por adopción. Obviamente, la filiación puede ser natural o adoptiva, y ésta última, en los términos de la precitada STC 198/2012, abre las puertas al parentesco homoparental. De la misma forma, también deben incluirse en el perímetro familiar el parentesco monoparental, establecido con uno de los progenitores o adoptantes y sus descendientes naturales o adoptivos.

El legislador fiscal es más generoso que el Grupo de Expertos de la Comisión Europea en la determinación del perímetro familiar, y lo dilata hasta los colaterales de segundo grado por consanguineidad o afinidad (48), frente a la restricción europea a la línea recta. Pero a diferencia de la recomendación europea, no sigue el criterio mercantilista del control político de la sociedad a través de los derechos de voto, y lo sustituye por la exigencia de un porcentaje de participación en el capital, para las sociedades capitalistas,

---

tencia de esa persona que sirve de nexo o enlace para establecer el parentesco y cuya desaparición (sea física, en caso de muerte; sea jurídica, en caso de divorcio) implica la inmediata desaparición jurídica del parentesco». Véase sobre este extremo Calaf Aixalà, X. (2004): "La tributación de las empresas familiares", dentro del colectivo *El buen gobierno de las empresas familiares*, Thomson Aranzadi, Elcano (Navarra): 232. A nuestro modo de ver, y aun a riesgo de incurrir en una aparente interpretación *contra legem*, parece excesivamente riguroso borrar el parentesco por afinidad por la muerte o declaración de fallecimiento, máxime cuando el estatuto fiscal del empresa familiar es la base jurídica para la reducción del 95% de empresa familiar del art. 20.1.c) LISD, aplicable a la adquisición lucrativa *mortis causa*, y en la que el propio cónyuge puede resultar beneficiario, y que sólo podría soslayarse recurriendo al brocardo tomista según el cual *momentum mortis vitae tributur*. Repárese que con la muerte subsiste la comunidad afectiva del cónyuge supérstite con la familia política, que justificaría la continuidad del parentesco por afinidad *post mortem*, salvo que aquél contraiga nuevo matrimonio o inicie una nueva relación de pareja estable.

(48) Nótese que el perímetro delimitado en este impuesto personalista, que puede llegar hasta los cuñados, contrasta con el criterio seguido por un impuesto eminentemente familiar como es el impuesto sobre sucesiones, que a efectos de la reducción del 95% [art. 20.2 c) LISD] no considera otros afines que el cónyuge, y posterga a los cuñados a las reducciones familiares del Grupo III [art. 20.2 a) LISD]. Con todo, es una generosidad relativa, porque la línea colateral consanguínea de segundo grado alcanza sólo a los hermanos, pero no cubre siquiera a los sobrinos. Piénsese en una sociedad familiar de segunda generación, en la que tres hermanos poseen el 4% del capital social, y un cuarto hermano detenta un porcentaje de participación más elevado del 12%. Si éste último fallece, y heredan sus hijos, sobrinos de los hermanos del premuerto, todo el grupo familiar pierde el porcentaje de participación del 20%. Ejemplo propuesto por Calaf Aixalà, X.: "La tributación…," *op. cit*.: 233. Esta situación indeseable, que no puede solventarse sindicando las participaciones o desgajando derechos de voto para concentrarlos en las participaciones incluidas dentro del perímetro familiar, pone de relieve la extraordinaria fragilidad del estatuto fiscal de la empresa familiar, y singularmente, en ese momento crítico de su ciclo vital que es el relevo generacional.

o en el patrimonio social para las sociedades personalistas o entidades no societarias (art. 4.1 Real Decreto 1704/1999). Tampoco sigue el criterio mercantilista del Grupo de Expertos de la Comisión Europea, que admite tanto la participación directa como la indirecta a través de otras sociedades. En rigor, el art. 4.Ocho.Dos.b) LIP no aclara este extremo, ni presupone en modo alguno que esa participación deba ser directa forzosamente, pero el silencio legislador ha sido colmado por el art. 4.1 del Real Decreto 1704/1999, que condiciona la exención a que la participación «corresponda directamente al sujeto pasivo». La aparente falta de cobertura legal del precepto reglamentario, fue definitivamente rechazada por las sentencias del Tribunal Supremo de 19 y 26 de junio de 1996, en las que consideró que legalmente se exigía que la participación fuera directa, por lo que reglamentariamente también podía establecerse así (49). Aunque discrepamos de este razonamiento del Alto Tribunal, también aplicado por las consultas de la DGT (resolución de 5 de julio de 2000, nº 1369/2000), sí entendemos que, probablemente, sea la solución más acorde con un impuesto que grava el patrimonio neto de la persona física, por lo que las participaciones indirectas detentadas a través de terceras entidades, y según las reglas de titularidad jurídica del tributo (art. 7 LIP), nunca le serían imputables al titular de la participación o demás miembros del grupo familiar predeterminado. Otra cosa es que, de *lege ferenda*, desde el siempre deseable alineamiento doméstico con ese estándar europeo de empresa familiar, sea encomiable una reforma legislativa en ese sentido.

El umbral participativo mínimo, y su progresiva contracción hasta el 5% individual o el 20% del conjunto familiar perimetrado (50), obedecen al deliberado propósito de abarcar una amplia tipología de empresa familiar, desde la microempresa a la sociedad cotizada, pasando por la pequeña y mediana empresa. El porcentaje del 5% constituye una participación significativa en la LIS para otras exenciones tributarias, como por ejemplo, para la no integración en base de dividendos y plusvalías de fuente interna y externa [art. 21.1 a) LIS]. Sin embargo, es un porcentaje insignificante para sostener el control de una microempresa, y puede ser escasamente significativo, o muy relativamente relevante, para

(49) Según el Alto Tribunal, el apartado octavo uno que introdujo en la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio la Ley 22/93 comienza concretando la exención en torno «a los bienes y derechos de las personas físicas necesarios para el desarrollo de su actividad empresarial, siempre que ésta se ejerza de forma habitual, personal y directa por el sujeto pasivo; de donde resulta que la exigencia reglamentaria que aquí se impugna está plenamente contenida en la Ley». Clemente Checa ha calificado esta doctrina de "desacertada y errónea", y sostiene, desde una interpretación finalista y teleológica, que la traslación a la exención de participación en entidades (apartado Dos del art. 4.Ocho LIP) de la exigencia de que la actividad empresarial se desarrolle de forma habitual, personal y directa, que se exige para la exención de la persona física (apartado Uno del art. 4.Ocho LIP), es el requisito de que el sujeto pasivo desarrolle funciones directivas en la entidad. El planteamiento del Tribunal Supremo sería confuso, y la excepción reglamentaria carece de cobertura legal, por lo que debería admitirse tanto la participación directa como la indirecta. Checa González, C.: "La empresa familiar en nuestro ordenamiento tributario…", *op. cit*.: 162.

(50) Inicialmente sólo se contemplaba la participación individual, y se colocaba el umbral participativo mínimo en más del 20%, que la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, redujo al 15%. Con la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, se introduce la participación conjunta del 20% dentro del grupo familiar definido que se ha mantenido invariable.

una PYME en función tamaño y del grado de fragmentación que presente el capital social. Por el contrario, constituye un porcentaje muy significativo, que fácilmente puede otorgar el control, en una sociedad cotizada en la que el capital social está pulverizado en pequeños paquetes accionariales, detentados por una miríada de pequeños inversores que, sometidos a la presión especulativa del mercado, adquieren y transmiten constantemente sus títulos, para conjurar la amenaza, siempre latente, de la volatilidad de la renta variable.

Un último problema de cómputo, individual o familiar, se produce por la existencia de autocartera. La autocartera puede constituir una realidad relativamente frecuente en una sociedad familiar. No es infrecuente que los protocolos familiares o los pactos para sociales complementarios, e incluso los propios estatutos sociales, establezcan pactos limitativos a la libre transmisibilidad de las acciones o participaciones para garantizar el control familiar de la sociedad, que suelen vehicularse mediante el otorgamiento de un derecho de adquisición preferente a los socios familiares o, en su defecto, a favor de la propia sociedad, generándose así situaciones de autocartera. Esta es una de las situaciones excepcionales que habilitan la adquisición derivativa de participaciones sociales en la sociedad limitada [art. 140.1 d) LSC] que, como tipo societario que en algunos aspectos hibrida la sociedad capitalista con la personalista, dispone *per se* de un régimen legal supletorio de restricciones a su transmisibilidad que confirma su carácter cerrado. Pero la autocartera puede presentar una tipología diversa, como la adquisición a título gratuito, la reducción de capital, u otras, y es concebida por el legislador como una situación patológica de carácter temporal, que constriñe a la sociedad limitada o anónima a proceder a su amortización o enajenación en el plazo de tres años (art. 141.1 y 144.1 LSC). En cuanto al régimen jurídico aplicable a los derechos de los socios, la situación temporal de autocartera determina la suspensión de los derechos del socio, mientras las participaciones propias pertenezcan a la sociedad limitada adquirente (art. 142.1 LSC), y la suspensión del derecho de voto y la equidistribución de los derechos económicos, salvo el de asignación gratuita, entre las demás acciones en la sociedad anónima (art. 148 a LSC).

La suspensión de los derechos sociales inherentes a las acciones o participaciones sociales poseídas en autocartera, las coloca en una suerte de estado letárgico que, a los efectos que ahora nos interesan, nos obliga a preguntarnos qué efecto jurídico deben tener en el cómputo del umbral participativo individual o familiar. Según la mejor doctrina, la autocartera no computa en el capital social a los efectos de cálculo del umbral participativo mínimo del 5% o del 20% familiar. Desde un punto de vista económico, la autocartera supone una minoración del "capital vivo" que, según la normativa contable, determina una reducción de fondos propios, una contracción del patrimonio contable entregado a los socios transmitentes que minora el patrimonio de la sociedad (Resolución del ICAC de 20 de diciembre de 1996). Por ende, la lógica contable conduciría a considerar que el porcentaje de participación debe calcularse exclusivamente sobre el capital vivo (51). Y a la misma conclusión llegaríamos desde una perspectiva jurídico-mercantil,

(51) Pérez-Fadón: *La empresa familiar…*, *op. cit.*: 87 y ss. En el mismo sentido, y combinando la argumentación jurídica y la contable, véase también Domínguez Rodicio, J. R. (1997): "La exención en el Impuesto sobre el Patrimonio de la participación en ciertas entidades y la bonificación en el Impuesto sobre Sucesiones derivada de la misma, tras la modificación llevada a cabo por la Ley 13/1996", *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, n.º 2: 545.

supuesto el estado suspensivo de los derechos económicos y políticos de las acciones o participaciones en autocartera.

Por el contrario, entendemos que sí computan, tanto a efectos de determinación del capital social a considerar como de cálculo del umbral de participación, las acciones o participaciones sin voto. En tanto que el estatuto fiscal de la empresa familiar no esté alineado con el estándar europeo que pivota sobre los derechos de voto y no sobre el capital social, y sin perjuicio de la posición crítica sobre este extremo que ya hemos expuesto más arriba, la ablación del derecho de voto es irrelevante a efectos de participación en el capital social, único criterio que sigue el art. 4.Ocho.Dos.b) LIP.

c) *Ejercicio de funciones directivas*

En sintonía con la recomendación del Grupo de Expertos de la Comisión Europea, que requiere que «al menos un miembro de la familia o la parentela» asuma la «dirección o administración de la empresa», la norma tributaria exige un tercer requisito cumulativo para acceder al estatuto fiscal de la empresa familiar, y es que el sujeto pasivo del IP ejerza funciones directivas en la empresa. Nuestro legislador fiscal va más allá, y exige que esa función directiva constituya el *modus vivendi* del empresario, requiriendo que constituya su principal fuente de renta para el empresario individual, o que el cargo directivo sea retribuido, y esa retribución represente más del 50% de sus rendimientos del trabajo personal o de actividades económicas para el empresario social.

Para el empresario individual, el art. 4.Ocho.Uno LIP exige, efectivamente, que desarrolle su actividad empresarial y profesional «forma habitual, personal y directa», y que ésta «constituya su principal fuente de renta». Su desarrollo reglamentario se incorpora al art. 3.1 párrafo segundo del Real Decreto 1704/1999, que llega a una solución similar, aunque no idéntica, a la establecida para la para la participación en entidades, al disponer que «se entenderá por principal fuente de renta aquélla en la que al menos el 50 por 100 del importe de la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas provenga de rendimientos netos de las actividades económicas de que se trate». Y el art. 3.2 del precitado Real Decreto 104/1999, prevé que cuando se ejerzan varias actividades económicas de forma habitual, personal y directa, la exención alcanzará a todos los bienes y derechos afectos a las distintas actividades, aclarando que la principal fuente de renta vendrá determinada por el conjunto de los rendimientos de todas ellas. Por el contrario, tanto el art. 4.Ocho.Uno LIP como el art. 3.1 párrafo segundo del Real Decreto 1704/1999, excluyen del cómputo para determinar la principal fuente de renta, la retribución que eventualmente pueda percibir el mismo sujeto pasivo que traigan causa de participación en entidades a que se refiere el apartado Dos del art. 4.Ocho LIP. La amplitud del término incluye, no sólo la remuneración derivada del ejercicio de funciones directivas retribuidas, sino cualquier otra que derive de la participación en entidades, tales como dividendos, devoluciones de aportaciones o de primas de emisión.

A nuestro juicio, la traslación de dedicación habitual, personal y directa del empresario individual, que se contemplaba en la originaria exención tributaria de la LIP, al ámbito de la participación en entidades, societarias o no, es la exigencia de que el sujeto pasivo exento ejerza funciones directivas en la empresa familiar, de carácter retribuido,

y siempre que esa retribución represente «más del 50 por 100 de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal» [art. 4 Ocho Dos c) LIP] La cesta de rentas ponderables para determinar el peso relativo de la remuneración percibida es, en este caso, más amplia que la del empresario familiar individual, porque incluye la amplia tipología de las rentas del trabajo personal, tal y como las define el art. 17 LIRPF, lo que, obviamente, torna este requisito en más riguroso, máxime si tenemos en cuenta que no se referencia aquí a la base imponible, sino a las rentas indicadas. Por el contrario, y en clara sintonía con lo establecido para el empresario individual, no computarán los rendimientos de actividad empresarial que darían, en su caso, derecho a la exención del art. 4.Ocho.Uno LIP.

El art. 4.Ocho.Dos LIP exige que se ejerzan «efectivamente funciones de dirección en la entidad». No dice en qué deben consistir, sólo que deben ser efectivas. El art. 5.1 d) del Real Decreto 1704/1999 aclara que se considerarán funciones de dirección, que habrán de acreditarse con el correspondiente nombramiento, los cargos de «Presidente, Director general, Gerente, Administrador, Directores de Departamento, Consejeros y miembros del Consejo de Administración u órgano de administración equivalente, siempre que el desempeño de cualquiera de estos cargos implique una efectiva intervención en las decisiones de la empresa». Se trata de una enumeración aclaratoria, pero no exhaustiva, sino formulada *ad exemplum* (52), que no excluye otros cargos o funciones directivas, como por ejemplo la del apoderado investido de un poder fehaciente más o menos amplio, que le confiera una genérica o específica función directiva. Por tanto, tampoco es una enumeración formalista, en la medida en que el cargo no presupone el ejercicio de una función directiva, como ocurre con el presidente o los consejeros no ejecutivos que, sin embargo, pueden ser retribuidos (53). Lo importante no es el cargo, sino que su desempeño «implique una efectiva intervención en las decisiones de la empresa». Con todo, pueden existir casos fronterizos en que es difícil determinar, de forma apriorística, si se ejercen o no funciones directivas, como en el ejemplo citado del Presidente o los consejeros no ejecutivos. Aun en este caso, es indudable que el consejo de administración define la política general o adopta las grandes líneas estratégicas de la empresa, defiriendo al director general o a los directores de departamento su ejecución en el día a día. Pues bien, parece que la norma alude a esta última como la efectiva función directiva que abre el acceso al estatuto fiscal privilegiado de la empresa familiar.

En caso de participación por un grupo familiar que, en su conjunto, ostente el 20% del capital o patrimonio de la entidad, el art. 4.Ocho.Dos.c) de la LIP puntualiza «que las funciones de dirección y las remuneraciones derivadas de la misma deberán cumplirse

(52) En el mismo sentido, *vide* Calaf Aixalà, X.: "La tributación de las empresas familiares", *op. cit.*: 234. Según este autor, no se trata de una lista cerrada, pero la intervención en la dirección deberá poderse probar mediante elementos externos, tales como la retribución percibida, la regulación estatutaria, actas y certificados, asistencia continuada a las deliberaciones en consejo de administración, dejando constancia de las intervenciones vertidas y de las propuestas y acuerdos adoptados.

(53) En respuesta a una consulta tributaria, la resolución de la DGT de 1 de septiembre de 1998 (n.º 1471/1998), tiene establecido que un consejero que no desempeña ninguna función ejecutiva o de dirección de la sociedad, pese a integrarse formalmente en el consejo de administración, no cumple con el requisito y no puede disfrutar de la exención en el IP.

al menos en una de las personas del grupo de parentesco, sin perjuicio de que todas ellas tengan derecho a la exención». Esta regla acoge lo que en la práctica fiscal se conoce como la "teoría del compás", en cuya virtud la persona que ejerce una función directiva retribuida deviene el punto de referencia que nos permite trazar el perímetro familiar afectado. En un plano geométrico hipotético, sería el punto sobre el que se apoyaría un compás que dibujar el círculo familiar que accedería a los beneficios fiscales de la empresa familiar.

Cualquiera que sea la política retributiva de la empresa, conviene no olvidar que sólo será deducible en el Impuesto sobre Sociedades la retribución del administrador si el cargo es gratuito, o no se especifican las bases de una eventual retribución en los estatutos sociales, lo que tiene una enorme relevancia supuesta la adopción por la jurisprudencia civil y social de la llamada "teoría del vínculo" (54). Ahora bien, la no deducibilidad de la retribución del administrador, no prejuzga, –ni impide en absoluto–, que pueda tenerse por cumplido el requisito del art. 4.Ocho.Dos c) LIP, si se cumplen los parámetros cuantitativos de este precepto legal. La STSJ de Galicia de 11 de noviembre de 2011 (JUR 2011, 52084) reconoció la aplicación de la reducción del art. 20.2 c) LISD a un administrador retribuido por su sociedad, aun cuando los estatutos sociales configuraban el cargo como gratuito, por no ser éste un requisito para la aplicación de la citada reducción en base imponible. Y la propia DGT, en resolución a consulta tributaria evacuada el 13 de marzo de 2013, parece seguir el mismo criterio con relación a un administrador gratuito, aunque en aquel caso no estaba claro si percibía retribuciones de la sociedad, porque lo realmente relevante no es el carácter gratuito o no del cargo, sino que la remuneración exceda del 50% de sus rendimientos empresariales, profesionales o por trabajo personal.

5. RECAPITULACIÓN: UNA PROPUESTA DE DEFINICIÓN LEGAL DESDE LA "SUSTANTIVACIÓN" DE LA LEY TRIBUTARIA

Al legislador positivo no le corresponde invadir el terreno de la doctrina, creando categorías jurídicas dogmáticas o definiciones legales, sino regular la realidad social en toda su rica complejidad, así como las relaciones jurídicas que de ella dimanan, y en la que intervienen las diversas instituciones jurídicas decantadas por la doctrina científica. Y ello es especialmente cierto para el Derecho tributario, un segmento del ordenamiento jurídico de carácter adjetivo, que opera sobre una preexistente realidad económica y

(54) Como recordaba recientemente la Resolución del TEAC de 17 de julio de 2020, tanto la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de diciembre de 2007 (rec. 1652/2006), como la Sala de lo Civil del Alto Tribunal en su sentencia de 18 de junio de 2013, tienen establecida la teoría del vínculo, en cuya virtud la gestión o administración, o la alta dirección, prestadas en el marco de relaciones laborales, quedan subsumidas por la relación mercantil. Y ello es extensible, según la STS de 26 de febrero de 2018, tanto a consejeros sin funciones ejecutivas como a aquellos que las ejercen efectivamente. Por tanto, y teniendo en cuenta que el cargo de administrador es naturalmente gratuito, salvo especificación estatutaria en contrario (art. 217 LSC), si no media esta previsión estatutaria *ad hoc,* determinado con sujeción a ese precepto legal las bases objetivas de esa retribución, no será deducible en el IS.

jurídica, regulada por la respectiva legislación sustantiva sectorial, de la que extrae sus consecuencias fiscales. Colorea hechos, actos o negocios jurídicos, regulados por la legislación sustantiva, con su adjetivo efecto tributario, en la medida en aquellos son reveladores de una capacidad económica que pone de manifiesto el sujeto pasivo. Esa, y no otra, es la limitada función que palpita en la configuración normativa del aspecto material del hecho imponible en el art. 20.1 LGT, y el juego propio del principio de calificación jurídica del art. 13 LGT que opera sobre el mismo (55).

La Ley General Tributaria orienta su función codificadora a establecer una teoría del tributo para ordenar el complejo sistema tributario, y a definir sus propias categorías jurídicas dogmáticas que, a modo de instrumental jurídico básico, desplegará el entero sistema fiscal. Pero, nuestro Derecho Tributario va más allá de esa innegable función didascálica de su Código Tributario básico, y en no pocas ocasiones, son las propias leyes fiscales sectoriales las que penetran en ámbitos jurídicos que no le son propios, para definir conceptos, instituciones o relaciones jurídicas, ya delimitadas por leyes sustantivas, so pretexto de disciplinar sus efectos fiscales. Esta irresistible inercia sustantiva es la que refleja el art. 17.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF), al definir los rendimientos del trabajo personal, yuxtaponiéndose, –o mejor aún, sobreponiéndose–, a normas laborales o jurídico-administrativas, o el art. 76 LIS al definir las reestructuraciones empresariales que pueden beneficiarse del régimen de neutralidad fiscal y diferimiento, ya definidas y tipificadas mercantilmente por la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Y nuestra Ley General Tributaria es consciente de esa irresistible *vis atractiva* material del legislador fiscal, cuando en su art. 12.2, como específico criterio hermenéutico, emplaza a la interpretación "técnica, jurídica o usual" de los términos empleados por las normas fiscales "en tanto no se definan por la normativa tributaria".

(55) La función constitutiva e identificativa del hecho imponible, al seleccionar un segmento de la realidad económica o jurídica objeto de gravamen, se desprende del art. 20.1 LGT, a cuyo tenor «El hecho imponible es el presupuesto fijado por la ley para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria principal». La teoría del tributo, desde Sainz De Bujanda, padre y fundador de esta disciplina jurídica, desagrega el hecho imponible en un elemento subjetivo y un elemento objetivo, en el que, a su vez, se distingue un aspecto material, temporal y espacial. El aspecto objetivo material del hecho imponible alude a los hechos, actos o negocios gravados, y puede rastrearse en el art. 13 LGT, en cuya virtud «Las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez». En sentido técnico-jurídico, la calificación jurídica se incardina en la labor hermenéutica o, más precisamente, constituye un *prius* lógico del proceso exegético de la norma en sentido estricto, que supone reducir los hechos enjuiciados a categorías jurídicas típicas reguladas por el Derecho sustantivo. La sumisión al principio de calificación jurídica impide al legislador tributario inventar o regular nuevas categorías jurídicas, o suplantar, en este cometido, a la norma civil o mercantil. Calificar es caracterizar jurídicamente una realidad fáctica, dotarle de una coloración jurídica sustantiva, subsumirla en una tipicidad negocial predeterminada, cualquiera que sea la forma o denominación empleadas.

Pues bien, algo muy similar ocurre con la definición de empresa familiar, y es el legislador fiscal el que se anticipa al legislador mercantil, sustantivando una noción precisa de empresa familiar. En definitiva, la empresa familiar es lo que la ley fiscal define como tal. *Ergo*, para construir ese concepto de empresa familiar habrá que combinar los tres requisitos sustantivos exigidos por el art. 4.Ocho.Dos LIP, sin olvidar que puede tratarse también de una empresa individual. Y, como quiera que el primer requisito se refiere a una actividad constitutiva de empresa, y que la empresa familiar se focaliza en lo que la doctrina mercantilista clásica calificaba como la dimensión subjetiva y dinámica de la empresa (el ejercicio por el empresario de una actividad económica), habrá que estar a la interpretación auténtica de actividad económica que proporciona la propia ley fiscal, tanto para personas físicas como jurídicas, pero incluyendo no sólo la sociedad operativa sino también la muy común *holding* familiar.

Con estos parámetros, podemos abordar la definición legal sustantiva, desde una perspectiva descriptivo-funcional, de la empresa familiar. En este sentido, "son empresas familiares todas las sociedades y empresas individuales que desarrollen actividades económicas que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios, o de administrar y gestionar las participación en entidades que desarrollan estas actividades, y que, en cualquier caso, pertenezcan a un grupo familiar predeterminado en los porcentajes legalmente previstos, y en las que, al menos uno de sus miembros, asume la dirección y gestión efectiva de la empresa percibiendo una retribución significativa por ello".

Esta noción descriptiva se ajusta al patrón fiscal del art. 4.Ocho.Dos LIP, y a los criterios adoptados por el Grupo de Expertos de la Comisión Europea para la elaboración de un concepto de empresa familiar, con la sola salvedad del criterio del control político que se sacrifica al criterio fiscalista de participación en el capital, pero que, *de lege lata*, y sin perjuicio de su futura depuración técnica, es el que nos permite construir, no sólo su régimen fiscal, sino también un futuro estatuto jurídico de la Empresa familiar desde un imprescindible enfoque global de su problemática jurídica y económica.

BIBLIOGRAFÍA

Calaf Aixalà, X. (2004): "La tributación de las empresas familiares", dentro del colectivo *El buen gobierno de las empresas familiares,* Thompson Aranzadi, Elcano (Navarra): 232.

Calvo Vergez, J. (2017): *La fiscalidad de la adquisición a título lucrativo de la empresa familiar,* Thompson Reuters Aranzadi, Pamplona: 60.

Cayón Galiardo, A. (2000): "La empresa familiar como objeto de protección en nuestro Derecho", dentro del colectivo *La Fiscalidad de la Empresa Familiar*, AEDAF, Madrid.

Cencerrado Millán, E. (1997): "Consideraciones críticas a las exenciones del patrimonio empresarial de la persona física y de las participaciones en determinadas entidades (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de junio de 1996, que confirma la validez de determinados preceptos del Real Decreto 2841/1994)", *Quincena Fiscal*, n.º 7: 44 y ss.

Cerdá Albero, F. (1996): "Relaciones y colisiones entre signos distintivos prioritarios y denominaciones sociales. En especial, signos nominales y denominaciones subjetivas", *Revista General del Derecho*, n.º 621.

Cerdá Albero, F. (2004): *La empresa familiar: una noción relativa. El buen gobierno de las empresas familiares*, CUATRECASAS Thomson Aranzadi, Pamplona.

Checa González, C. (1999): "La empresa familiar en nuestro ordenamiento tributario (impuesto sobre el patrimonio, impuesto sobre sucesiones y donaciones e impuesto sobre la renta de las personas físicas)", en el colectivo *La fiscalidad de la empresa familiar,* AEDAF, Madrid.

Davis, J. y Taguri, R. (1989): "The influence of live stage on father-son work relationships in family Companies"*, Family Business Review*, Vol. II, 1.

De Aguiar, E. (1998): *Beneficios fiscales en la empresa familiar: patrimonio y sucesiones,* Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, Barcelona.

De Juan Casadevall, J. (2010): *El principio de no discriminación fiscal como instrumento de armonización negativa,* Editorial Aranzadi: 74 y ss.

De Juan Casadevall, J. (2018): *La Directiva de la Unión Europea contra la elusión fiscal,* Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona: 29 y ss.

Domínguez Rodicio, J. R. (1997): "La exención en el Impuesto sobre el Patrimonio de la participación en ciertas entidades y la bonificación en el Impuesto sobre Sucesiones derivada de la misma, tras la modificación llevada a cabo por la Ley 13/1996", *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia,* n.º 2: 545.

Galve Gorriz, C. y Salas Fumás, V. (2003): *La empresa familiar en España*, Fundación BBVA, Bilbao.

Garrido De Palma, V. M. (1995): *El empresario individual y la sociedad de carácter familiar,* Civitas, Madrid.

Garrigues, J. (1987): *Curso de Derecho Mercantil,* Tomo I, reimpresión de la 7ª edición, Editorial Temis, Colombia.

Martín Fernández, J. (2000): "Las sociedades *holding* como instrumento de reorganización del patrimonio familiar (I)"*,* dentro del colectivo *La Fiscalidad de la Empresa Familiar,* AEDAF, Madrid.

Pérez-Fadón Martínez, J. J. (2012): *La empresa familiar. Fiscalidad, organización y protocolo familiar,* CISS Wolters Kluver, Valencia.

Pérez-Fadón Martínez, J. (2016): "Situación actual y futura de la «empresa familiar»", *Carta Tributaria.*

Vicent Chullá, F. (2002): "Organización jurídica de la sociedad familiar", en *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero,* McGraw Hill, Madrid.