

LA EXENCIÓN RELATIVA A LA TITULARIDAD DE LAS PARTICIPACIONES EN LA EMPRESA FAMILIAR DENTRO DEL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO: ANÁLISIS DE LAS CONDICIONES NECESARIAS PARA SU APLICACIÓN

JUAN CALVO VÉRGEZ (*)

SUMARIO:

- I. CONSIDERACIONES PREVIAS.
- II. LA TITULARIDAD DE LAS PARTICIPACIONES EN ENTIDADES: SU CONSIDERACIÓN COMO BIENES Y DERECHOS EXENTOS DEL IMPUESTO.
- III. REQUISITOS NECESARIOS PARA LA APLICACIÓN DE LA EXENCIÓN.
- IV. CRITERIOS A SEGUIR PARA LA DETERMINACIÓN DEL IMPORTE OBJETO DE EXENCIÓN.
- V. RESTANTES NORMAS QUE DEBEN SER OBSERVADAS PARA LA APLICACIÓN DE LA EXENCIÓN

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Con carácter general, basta un mero examen de la normativa tributaria vigente en nuestro país para constatar la ausencia de una utilización uniforme del término “empresa familiar”, que suele a ser empleado de forma esporádica por el legislador y sin delimitar sus principales características.

Así sucede por ejemplo en la Ley 19/1991, de 6 de junio, reguladora del Impuesto sobre el Patrimonio (IP), y también en la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Do-

naciones (ISD). En ambos textos legales, a la hora de regular el conjunto de beneficios fiscales susceptibles de ser aplicados a las empresas individuales y a las participaciones en ciertas entidades, prescinde el legislador del vocablo “empresa familiar”, limitándose a ofrecer una mera descripción de la misma en función de los vínculos de parentesco existentes. El citado término tampoco fue utilizado además en la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, por la que se aprobaron las medidas relativas al Impuesto sobre el Patrimonio, ni en su normativa de desarrollo.¹⁾

Incluso fuera del ámbito estrictamente tributario, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, no resulta posible aludir a la existencia de una concreta referencia al concepto de “empresa familiar”, con la única salvedad de las denominadas “explotaciones familiares agrarias” que, por otra parte, adolecen de los principales rasgos configuradores del concepto de empresa familiar.

¹⁾ Si se adopta en cambio esta terminología, como bien señala VAQUERA GARCÍA, A., Régimen tributario de la empresa familiar, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 21, en el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas Urgentes de Carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica, que introdujo para estas entidades las reducciones en el ISD, si bien en ningún momento se acometió la definición de su contenido. En esta misma línea la Resolución 2/1999, de 23 de marzo, de la Dirección General de Tributos, relativa a la aplicación en la base imponible del ISD de diversas reducciones en materia de empresa familiar y vivienda habitual, se limitó a citar dicho término, sin precisar su significado.

(*) Doctor en Derecho. Profesor Ayudante de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de León.

A pesar de ello debe quedar claro que nos hallamos ante una figura de gran trascendencia tanto en el ámbito del Derecho como en el de la Economía²⁾. En efecto, la empresa familiar se presenta como uno de los instrumentos esenciales de todo desarrollo económico, dado que constituyen la mayoría de las denominadas "Pymes" (pequeñas y medianas empresas), posibilitando además el mantenimiento de un sistema productivo vinculado a las relaciones familiares.³⁾

Siguiendo a LETE ACHIRICA⁴⁾ podemos afirmar que la utilización del término "empresa familiar" ha tenido lugar tanto en el ámbito político, como en el económico o en la propia esfera jurídica. En palabras del citado autor, *"Unas veces son los propios beneficiarios de la estructura empresarial quienes abogan por tal o cual medida política o, más concretamente, de política fiscal. En otras ocasiones las organizaciones empresariales son los agentes 'agitadores' de esta cuestión, de gran importancia desde el punto de vista económico, pero de difícil identificación en el plano jurídico"*.

²⁾ Fiel reflejo de esta importancia es el Informe de 12 de noviembre de 2001 elaborado a cargo de la "Ponencia de Estudio para la problemática de la Empresa Familiar" (constituida en el seno de la Comisión de Hacienda del Senado) y publicado en el Boletín Oficial del Senado núm. 312 de 23 de noviembre de 2001. En dicho Informe quedó plasmada la inquietud que genera en los distintos sectores socio-económicos la ausencia de un concepto uniforme de empresa familiar.

³⁾ Véase en este sentido ALVARADO RIQUELME, M. y MOLINA SÁNCHEZ, H., "Una aproximación al riesgo empresarial y a la problemática contable en la pequeña y mediana empresa familiar", en Revista de Contabilidad y Tributación, núm. 224, 2001, pág. 395, quienes utilizan la expresión "pequeña y mediana empresa familiar" a la hora de analizar los diversos problemas que en el ámbito de la estructura empresarial pueden llegar a plantear este tipo de empresas, a saber: la escasa capacidad de alta dirección de los familiares; la confusión del patrimonio particular y empresarial; las limitaciones existentes en cuanto al acceso a la financiación; el irregular funcionamiento de su sistema de control interno y la dispersión de su poder accionarial.

⁴⁾ LETE ACHIRICA, C., "La noción de empresa familiar y sus implicaciones fiscales", en Quincena Fiscal, núm. 9, 1999, pág. 9.

Tal y como pone de manifiesto CAYÓN GALIARDO⁵⁾, con frecuencia se tiende a escribir y legislar sobre la empresa familiar de manera fragmentaria, sin que exista una definición legal de la misma sobre la que poder fundamentar el conjunto de reflexiones efectuadas. Coincidimos con el citado autor en que *"Ante la inexistencia de una definición legal de empresa familiar, los aspectos por los que jurídicamente debe limitarse esta realidad han de ser varios y de carácter objetivo y formal"*.

Por su parte ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA⁶⁾ considera que lo que importa es la noción más económica que jurídica de la empresa, de cara a poder someterla a los límites de la familia según su propia concepción jurídica, y renunciando a corrientes de opinión y de comportamiento frecuentemente instaladas en el terreno de los hechos. En opinión de este ilustre Profesor, *"Una vez logrado el nexo que el calificativo de familiar sirve para distinguir a la empresa familiar de todas las demás en orden a su titularidad o a sus elementos subjetivos, con una u otra forma (societaria) o falta de forma (individual), será el momento de apuntar las circunstancias que han de darse en una empresa para que merezca el apelativo de familiar y, asimismo, para que esta condición no se pierda en supuestos de sucesión 'inter vivos' o 'mortis causa', ni en casos de alteración de su pasivo, con o sin garantía real, que pueda afectar a su titularidad efectiva"*.

Parece claro por tanto que, con la finalidad de poder abordar adecuadamente la problemática de-

⁵⁾ CAYÓN GALIARDO, A., "La empresa familiar como objeto de protección en nuestro Derecho interno y comparado", en la obra colectiva La fiscalidad de la empresa familiar, Monografías de la Asociación Española de Asesores Fiscales, núm. 15, 2000, pág. 19.

⁶⁾ ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., "Aproximación a un concepto de empresa familiar", en Revista Técnica Tributaria, núm. 43, 1998, pág. 18.

rivada del término “empresa familiar”, deberán ser puestos en relación los conceptos tributarios de empresa y familia. Solo así podremos discernir si resulta o no posible su existencia en el ámbito del Derecho Tributario.

Como es sabido, el Derecho Tributario no ofrece un concepto propio de empresa, optándose en cambio por el término “actividades económicas”, dentro del cual se engloban las distintas actuaciones que pueden ejercerse mediante la actividad de empresa.

Destaca especialmente la falta de toda mención expresa existente en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), que se refiere de un modo genérico a las sociedades y personas jurídicas, si bien hemos de reconocer que dicha Ley no tiene por qué erigirse en la norma tributaria más importante a efectos del estudio de la noción de empresa, debiendo por el contrario limitarse a efectuar concretas referencias relativas a entidades que puedan desarrollar una actividad de empresa.⁷⁾

Pues bien, a falta de una concreta delimitación en la LGT, parece necesario acudir a aquellas descripciones contenidas en la regulación normativa de algunos de los tributos que integran nuestro sistema tributario. *A priori* el Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE) constituye el único tributo en cuya regulación normativa se contiene una definición de “actividades económicas”. Y es que, como es so-

bradamente conocido, su hecho imponible queda constituido por el mero ejercicio de las mismas, adquiriendo tal consideración las de carácter empresarial, profesional o artístico (art. 78.1 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales). Es más, el propio art. 79.1 del citado texto legal califica dichas actividades como “*La ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios*”.

En otros tributos de nuestro sistema impositivo, por el contrario, no resulta posible encontrar una definición precisa del término “actividades económicas”. Ahora bien su normativa nos ofrece el régimen de tributación correspondiente a los rendimientos derivados de dichas actividades, así como al tráfico jurídico desarrollado a través de ellos.

En este sentido dispone el art. 7.3 del RDLeg. 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS), que los sujetos pasivos del Impuesto “*se designarán abreviada e indistintamente por las denominaciones sociedades o entidades a lo largo de la presente ley*”. Precisamente al amparo de esta delimitación normativa estima ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA⁸⁾ que el IS no necesita de la noción de la empresa, al recaer su gravamen sobre toda entidad colectiva con personalidad jurídica sin más. Tal y como señala este autor “*No se define en qué consiste la citada actividad, sino que se enumeran las entidades que van a ser gravadas por el tributo*”.⁹⁾

⁷⁾ A pesar de ello, y refiriéndose a la antigua LGT de 1963, LETE ACHIRICA, C., “La noción de empresa familiar y sus implicaciones fiscales”, *ob. cit.*, pág. 13, considera que diversos conceptos jurídicos estrictos que pueden dar cabida en su seno a la noción de empresa se encontraban ya incluidos en dicha Ley, citando por ejemplo la calificación de responsabilidad solidaria, en los supuestos de declaración consolidada por el IS, adoptada en relación con todas las sociedades integrantes del grupo por las infracciones cometidas en dicho régimen de tributación (art. 38.2 de la antigua LGT), o lo que disponían las letras c) y d) del art. 77.3 de la misma, al considerar como sujetos infractores a la sociedad dominante en el régimen de declaración consolidada y a las entidades en régimen de transparencia fiscal, respectivamente.

⁸⁾ ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., “Aproximación a un concepto de empresa familiar”, *ob. cit.*, pág. 21.

⁹⁾ Recuérdese a este respecto que en la regulación normativa anterior a la antigua Ley 43/1995 el legislador procedía a enumerar expresamente los componentes de la renta del sujeto pasivo en el IS, incluyendo entre los mismos a los rendimientos de explotaciones económicas y de actividades profesionales o artísticas.

Por su parte, la normativa reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) se limita a incluir una caracterización de lo que debe entenderse por rendimientos provenientes de actividades económicas sujetos a tributación, refiriéndose a aquellos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno sólo de estos factores, supongan por parte del contribuyente la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno sólo de ambos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.

Se adopta así una definición de lo que ha de entenderse por rendimientos procedentes de una actividad económica fundamentada en la ordenación por cuenta propia de los factores de producción, así como en la asunción de riesgos por parte del titular de la misma, constituyendo la proyección de los bienes y servicios en el mercado la principal nota caracterizadora de dichos rendimientos.¹⁰⁾

Obsérvese además como el concepto de titular de una actividad de tal carácter resulta más amplio que el de "comerciante" adoptado por el Código de Comercio, dado que incluiría las labores agrarias o profesionales, cuya calificación como actividades de carácter comercial se presenta difícil. En definitiva, dicha noción parece coincidir con la de empresa en sentido material. Tal y como pone de

¹⁰⁾ Como es de sobra conocido esta expresión vino a sustituir además a la de "actividades empresariales y profesionales", vinculada a la clase de actividades que obtenían los rendimientos. Ello no ha evitado sin embargo la problemática surgida en torno a la diferenciación entre algunas actividades profesionales y los rendimientos del trabajo, a la que se refiere FERNÁNDEZ JUNQUERA, M., "Rendimientos de actividades económicas. Ganancias y pérdidas patrimoniales. [Artículos 25 a 37]", en la obra colectiva *El nuevo Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Lex Nova, Valladolid, 1999, pág. 97, cuando afirma que "El peso de la balanza se sigue colocando en la asunción del riesgo por el sujeto que obtiene las rentas, pudiendo ser los medios utilizados para su obtención, trabajo y capital conjuntamente, o uno solo de estos medios"*.

manifiesto VAQUERA GARCÍA¹¹⁾, la asunción del carácter de actividad económica para aquéllas distintas de las empresariales permite reconocer el estado actual de la sociedad desde un punto de vista económico en tanto en cuanto "suponen, en muchos casos, una organización muy próxima, si no idéntica, a las empresas dedicadas a la prestación de servicios".¹²⁾

¿Debe circunscribirse el ámbito de la empresa únicamente a los supuestos en los que se halle presente una sociedad desde el punto de vista mercantil? En nuestra opinión, no. Téngase presente que el concepto de actividad económica se adopta a efectos del IAE y el de rendimiento proveniente de las mismas en el IRPF; en cambio, el de "entidad mercantil" es objeto de utilización en el IS, no existiendo entre ambas otra diferencia que la titularidad física o jurídica del empresario.¹³⁾

Por último, el art. 5 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), confiere la condición de empresario o profesional, en primer término, a quienes realicen actividades empresariales o profesionales y a las sociedades mercantiles en todo caso, proporcionando el apartado Dos del citado precepto una de-

¹¹⁾ VAQUERA GARCÍA, A., *Régimen tributario de la empresa familiar, ob. cit., pág. 35.*

¹²⁾ En un sentido contrario se pronuncia LETE ACHIRICA, C., "La noción de empresa familiar y sus implicaciones fiscales", *ob. cit., pág. 14, para quien "La noción ofrecida en la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas no puede servir para identificar a la empresa a efectos fiscales; únicamente se refiere a la renta de los empresarios individuales y no de las sociedades, que son el cauce formal a través del cual se manifiestan en el mercado las empresas, cualquiera que sea su tamaño"*.

¹³⁾ La propia fiscalidad tiende a uniformar la regulación normativa de cara a determinar la base imponible en ambos impuestos sobre la renta, remitiéndose por ejemplo la normativa del IRPF, de cara al cálculo del rendimiento neto, a las normas del IS. Y ello sin perjuicio del carácter sintético que presenta este segundo impuesto frente al primero, al que interesa individualizar y calificar los distintos rendimientos obtenidos.

finición de actividad empresarial o profesional muy similar a la del IAE, al disponer que *“Son actividades empresariales o profesionales las que impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios”*.

No obstante, y sin perjuicio de lo anterior, la condición de empresario o profesional también es objeto de delimitación en el IVA a través de un sistema de lista que incluye diversos supuestos concretos tales como la urbanización de terrenos o la entrega ocasional de medios de transporte nuevos.¹⁴⁾

De este modo, a pesar de que la normativa tributaria adolece de un concepto homogéneo de empresa, sí que contiene, en relación con los distintos tributos, una caracterización de la misma fundamentada en la ordenación de los factores de producción con la finalidad de entregar bienes o de prestar servicios en el mercado. Y es que el hecho de que nuestro sistema tributario se halle integrado por impuestos de distinta naturaleza no obsta para que pueda adoptarse la misma noción de empresa a los efectos que correspondan, configurándose así un concepto unitario de ésta.

Una situación distinta se plantea en el ámbito de la familia dado que, a excepción de la opción por la tributación conjunta establecida en el ámbito del IRPF, no se lleva a cabo ninguna definición legal de lo que puede considerarse como tal. Incluso las distintas modalidades de unidad familiar concebidas en relación con el citado gravamen únicamente presentan virtualidad a efectos de proceder a la inte-

¹⁴⁾ Por otra parte conviene recordar que el apartado tercero de este art. 5 de la Ley del IVA presume el ejercicio de dichas actuaciones en aquellos supuestos en los que es necesario que contribuyan en el IAE, es decir, si se encuentran dadas de alta a efectos de este último impuesto.

gración de los rendimientos en dicho tributo, lo que impediría extender tal consideración a supuestos distintos.¹⁵⁾

A nuestro juicio la única trascendencia que podría derivarse de esta cuestión de cara a su proyección sobre la empresa familiar sería la referente a la posibilidad de que la misma resulte desempeñada por varias personas físicas que ejerzan la actividad económica y que formen parte de la misma unidad familiar, pudiendo optar por acumular o no los rendimientos obtenidos de manera tal que se graven las rentas derivadas de dicha actividad de forma conjunta o individual.¹⁶⁾

Por lo que respecta a la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, reguladora del ISD, dicha norma contiene frecuentes alusiones a los distintos familiares y grados de parentesco. Así sucede por ejemplo en sus artículos 11 y 13, en relación con la adición de bienes a la masa hereditaria o a las deudas deducibles, o en su art. 20, a la hora de precisar diferentes grupos de parentesco cuya validez queda sin embargo limitada a efectos de dicho tributo, no pudiendo extenderse en cambio a los grados de vinculación existentes entre las personas integrantes de una empresa familiar. Y en el ámbito del IS, a efectos de determinar que ha de entenderse por “grupo familiar” en relación con las llamadas sociedades patrimoniales, acude el legislador a vínculos de parentesco en el cuarto grado, ya sea por línea direc-

¹⁵⁾ Especialmente intenso fue el debate suscitado en su momento en torno a la necesidad de que los principios constitucionales tributarios resulten respetados a la hora de optar por la tributación individual o conjunta. A la luz del citado debate se originó el fallo del Tribunal Constitucional en la Sentencia 45/1989, de 20 de febrero, que dio lugar a la modificación de la Ley del Impuesto sobre la Renta de 1978 a través de la Ley 20/1989, de 28 de julio, de Adaptación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio.

¹⁶⁾ Piénsese por ejemplo en el caso de dos cónyuges que tienen a su nombre un establecimiento mercantil.

ta o colateral, pero sin que queda la posibilidad de extrapolar este criterio fuera del citado tributo.

Pues bien, desde nuestro punto de vista, todas estas referencias contenidas en la normativa tributaria, relativas a los diversos grados de parentesco existentes entre varias personas, deberán interpretarse en idéntico sentido. Sólo así podrá lograrse la inclusión de un único concepto de empresa familiar en el ámbito del Derecho Tributario.

Tal y como precisa CAYÓN GALIARDO¹⁷⁾, son varios los elementos que pueden actuar como caracterizadores del concepto de empresa familiar en el marco tributario. El primero de estos elementos se refiere al objeto o actividad de la empresa. Sostiene el citado autor que han de quedar excluidas del mismo aquellas entidades que no posean un carácter empresarial. Quedarían pues fuera de la esfera de actuación de la empresa familiar las actividades profesionales. Sucede no obstante que, con independencia de que el legislador pueda excluir en determinadas circunstancias los beneficios fiscales para esta clase de actividades (caso por ejemplo de la regulación inicial de la exención contenida en el art. 4 de la Ley del IP, que se refería únicamente a las actividades empresariales y no a las profesionales), las actividades profesionales pueden desarrollarse a través de un conjunto de colaboradores familiares.¹⁸⁾

Por otra parte, no creemos que los términos “empresarial” y “mercantil” puedan ser empleados indistintamente en este punto. El término “mercantil” úni-

camente podrá utilizarse para identificar a las entidades que hayan sido constituidas al amparo de la normativa del Derecho Mercantil, sin perjuicio de que aquellas otras que no resulten incluidas dentro del mismo puedan desarrollar una actividad empresarial (caso por ejemplo de las sociedades civiles)¹⁹⁾. De cualquier manera, lo que parece claro es que debe tratarse de una empresa y no de una simple tenencia de bienes o derechos.

El segundo gran elemento que debe confluir en el ámbito de la empresa familiar se refiere a la existencia de múltiples relaciones entre el grupo familiar y la empresa tales como la dirección de la misma, su financiación o los trabajadores que la integran. Tienen la consideración de empresas familiares aquellas que son propiedad de un grupo familiar o de parentesco y en las que, además, interviene activamente en la gestión de la empresa alguno de sus miembros.

Es éste un elemento de gran trascendencia, ya que a través del mismo resulta posible constatar la existencia de una vinculación entre un determinado grupo familiar y una concreta actividad económica. Ahora bien, en algunos casos el carácter familiar de la empresa tiende a confundirse con las denominadas Pymes en tanto en cuanto, al ser éstas de pequeña y mediana dimensión, sus propietarios suelen ser quienes desempeñan la dirección de las mismas.

La identificación entre ambas categorías no siem-

¹⁷⁾ CAYÓN GALIARDO, A., “La empresa familiar como objeto de protección en nuestro Derecho interno y comparado”, *ob. cit.*, pág. 17.

¹⁸⁾ Tal y como ha puesto de manifiesto MENÉNDEZ MORENO, A., *El concepto jurídico tributario de profesional*, IEF, Madrid, 1986, pág. 206, una actividad profesional puede ser llevada a cabo tanto en el ámbito individual como en el colectivo.

¹⁹⁾ Cuestión distinta sería si se puede ejercer de forma individual o colectiva una determinada profesión, al precisarse en estos casos de un título oficial y, en ocasiones, de una colegiación obligatoria, circunstancia esta última de imposible cumplimiento para una entidad mercantil. Coincidimos no obstante con VAQUERA GARCÍA, A., *Régimen tributario de la empresa familiar*, *ob. cit.*, pág. 41, en que nada impediría utilizar la forma de asociación entre varios profesionales, circunstancia que podría conducir a la creación de una persona jurídica.

pre es, a nuestro juicio, correcta. Piénsese que en realidad las Pymes se definen como tales en función de dos parámetros: el número de trabajadores contratados y el volumen de negocio de las mismas. Así las cosas, no todas las Pymes son empresas familiares, ya que podrían ser propiedad de socios no ligados familiarmente. Y no todas las empresas familiares son Pymes, existiendo de hecho numerosos ejemplos de empresas familiares de gran tamaño que incluso cotizan en Bolsa.

Finalmente, las restantes características que habrían de concurrir para poder calificar a una empresa como "familiar" serían la existencia de un protocolo familiar o pacto de llevanza de la empresa y, lógicamente, la presencia de un elemento cuantitativo.²⁰⁾

En todo caso, conviene dejar claro que todas estas circunstancias no son sino criterios que nos permiten precisar cuando nos encontramos ante una empresa de carácter familiar. Pero a la luz de los mismos no podemos afirmar con total certeza la presencia de dichas entidades.

Señala en este sentido CHECA GONZÁLEZ ²¹⁾ que, a pesar de la referida falta de concreción normativa, "Los autores que más se han ocupado de este ámbito han establecido unos criterios tendentes a identificar, al menos a grandes rasgos, cuando estamos en presencia de empresas familiares, habiendo señalado en este sentido que se puede entender que una empresa es incardinable en el grupo de las denominadas familiares cuando

²⁰⁾ Este último elemento conduciría inevitablemente a una eventual equiparación entre la empresa familiar y la pequeña y mediana empresa que, sin embargo, no tiene por qué concurrir en la práctica.

²¹⁾ CHECA GONZÁLEZ, C., "La empresa familiar en nuestro ordenamiento tributario", en *Monografías de la Asociación Española de Asesores Fiscales. La fiscalidad de la empresa familiar*, núm. 15, Madrid, 2000, pág. 156.

existe un gran nexo de unión entre una empresa y una familia".

Dos son los principales aspectos que, a juicio de ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA²²⁾, caracterizan a la empresa familiar. En primer lugar, un aspecto objetivo representado por el patrimonio empresarial que ha de estar, en la medida de lo posible, en manos de un conjunto de personas con vínculos de parentesco, así como por la actividad desarrollada, que deberá ser una actividad económica. Y, en segundo término, un aspecto subjetivo constituido por la titularidad de la empresa, cristalizada en la forma de empresario individual o social.

Por su parte LETE ACHIRICA ²³⁾ estima que nos hallamos ante una empresa familiar cuando el control de la misma se encuentra en manos de personas unidas por un vínculo de parentesco lo suficientemente próximo como para considerar que dicho vínculo impide o limita el acceso de terceros ajenos al mismo al control de la empresa. Añade el citado autor que "De esta forma, la noción de control, tan debatida en el Derecho mercantil, serviría para identificar en unión de unos lazos familiares a la empresa familiar".

Cabría incluso la posibilidad de configurar la noción fiscal de empresa familiar a la luz de la normativa del Impuesto sobre el Patrimonio encargada de regular la exención de los bienes afectos a actividades económicas y de las participaciones en entidades. De esta opinión se muestra partidario PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ²⁴⁾, para quien son em-

²²⁾ ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., "Aproximación a un concepto de empresa familiar", *ob. cit.*, pág. 28.

²³⁾ LETE ACHIRICA, C., "La noción de empresa familiar y sus implicaciones fiscales", *ob. cit.*, pág. 15.

²⁴⁾ PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J. J., "Régimen fiscal de la empresa familiar en España", en *Impuestos*, núm. 7, 2001, págs. 84 y ss.

presas familiares aquellas de carácter individual o societario que no se dedican a la simple gestión de un capital mobiliario o inmobiliario y que son dirigidas de forma habitual, personal y directa por un miembro del grupo familiar que detenta un porcentaje mínimo del capital o patrimonio de la empresa y que percibe por dicha dirección un porcentaje de más de la mitad de las rentas o de los rendimientos obtenidos.²⁵⁾

Ahora bien, si exceptuamos lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas Urgentes de Carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica, cuya Exposición de Motivos contiene afirmaciones tales como la de que "(...) *Las medidas del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones pretenden aliviar el coste fiscal derivado de la transmisión mortis causa de las empresas familiares*", podemos afirmar que el legislador no ha terminado de concepcionar la empresa familiar desde un punto de vista tributario.

A pesar de ello, no puede negarse la existencia de una cierta vinculación entre el concepto de empresa familiar y las dos exenciones contempladas en el apartado octavo del art. 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, reguladora del IP, conectándose así aquélla con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el citado

²⁵⁾ Véase igualmente GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, M^a. L., *La fiscalidad del Patrimonio y de las Relaciones Económicas Familiares*, Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 188 y ss y PÉREZ ROYO, F., "Impuesto sobre el Patrimonio", en la obra colectiva *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial. Sistema tributario: los tributos en particular*, 19^o ed., Marcial Pons, Madrid, 2003, pág. 454, para quien "La regulación de la exención de las participaciones en entidades del Impuesto sobre el Patrimonio se produce siempre que se den las condiciones indicadas en el art. 4.8., que permiten definir a dichas entidades, a grandes rasgos, como empresas familiares".

precepto.²⁶⁾

Ello no significa, sin embargo, que en la regulación de dichas exenciones en el IP se contemplase expresamente a la empresa familiar a lo largo de su evolución normativa. De hecho en la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Reforma del Régimen Jurídico de la Función Pública y de la Protección por Desempleo, que introdujo como es sabido los citados beneficios fiscales, no se aludía a dicho término.

Y el Real Decreto 2481/1994, de 23 de diciembre, por el que se determinan los requisitos y condiciones de las actividades empresariales y participaciones en entidades para la aplicación de la exención, se limitaba a señalar en su Preámbulo que el objetivo de dichas exenciones no es otro que el de "*Favorecer la inversión empresarial, especialmente en el área de las pequeñas y medianas empresas (PYMES). Es en este sentido, por lo que sólo los empresarios individuales y las participaciones en PYMES resultan beneficiadas por la medida, pues en otras circunstancias se incurriría en un grave daño a la equidad tributaria*".²⁷⁾

Parece prevalecer así la idea de que la partici-

²⁶⁾ Recuérdese además que el art. 20 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se remite al cumplimiento de las condiciones de este art. 4. Ocho de la Ley del IP para conceder la exención de la transmisión global de una actividad económica, a pesar de que no emplea un criterio uniforme para definir el grado de parentesco necesario que permita acumular las participaciones en una determinada entidad por parte de los familiares. Se mencionan por otra parte en el IP a los familiares hasta el segundo grado. Y en la exención mortis causa del ISD se permite hasta el tercer grado, en ausencia de descendientes o adoptados. Finalmente, para las transmisiones inter vivos únicamente se incluyen al cónyuge y a los descendientes o adoptados.

²⁷⁾ Con posterioridad las sucesivas reformas de este apartado octavo del artículo 4 de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio no han hecho sino recoger una argumentación parecida, limitándose a introducir las modificaciones oportunas pero sin efectuar apreciaciones acerca de la naturaleza de las actividades económicas beneficiadas.

pación en el capital social constituye un aspecto básico dentro del concepto de empresa familiar, reduciéndose la trascendencia de otros criterios de igual relevancia, en nuestra opinión, como pueda ser el control de decisiones de la empresa dentro de un grupo familiar. Téngase presente que, tal y como tendremos oportunidad de analizar, la normativa del IP exige que uno de los miembros del grupo de parentesco desempeñe efectivamente funciones de dirección en la entidad que pretenda disfrutar de la exención en dicho tributo.

En suma, la regulación contenida en el apartado octavo del art. 4 de la Ley reguladora del IP no nos ofrece un concepto preciso de lo que pueda entenderse por empresa familiar, limitándose a señalar los requisitos que deben ser observados por aquellos sujetos pasivos que pretendan beneficiarse de la exención. Coincidimos no obstante con VAQUERA GARCÍA²⁸⁾ en que lo anterior no impide que podamos aproximarnos al objeto de la medida protectora aprobada en el ordenamiento tributario español.

El legislador español se ha limitado a aprobar un conjunto de beneficios fiscales dispersos en la normativa del Impuesto sobre el Patrimonio, el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y, en menor medida, en la de los Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre Sociedades. Todos estos beneficios fiscales se proyectan además sobre una especial circunstancia como es la presencia de una actividad económica o de una actividad de empresa genéricamente considerada caracterizada por un cierto matiz familiar, el cual se concreta a su vez en un grupo de parentesco que interviene en la realización de dicha actividad y que suele ser titular del patrimonio necesario para el desarrollo de la misma.

²⁸⁾ VAQUERA GARCÍA, A., *Régimen tributario de la empresa familiar*, ob. cit., pág. 47.

También la normativa de las denominadas **explotaciones agrarias** ha carecido de un concepto preciso acerca de lo que se ha de entender por empresa familiar. La derogada Ley 49/1981, de 24 de diciembre, reguladora del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes, definía únicamente la “explotación familiar agraria” como “El conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente por su titular para la producción agraria, primordialmente con fines de mercado, siempre que constituya el medio de vida principal de la familia, pueda tener capacidad para proporcionarle un nivel socio-económico análogo al de otros sectores y reúna las siguientes condiciones: a) Que el titular desarrolle la actividad empresarial agraria como principal, asumiendo directamente el riesgo inherente a la misma. b) Que los trabajos en la explotación sean realizados personalmente por el titular y su familia, sin que la aportación de mano de obra asalariada fija, en su caso, supere en cómputo anual a la familiar en jornadas efectivas”.²⁹⁾

Este concepto de “explotación agraria” resultó posteriormente modificado por la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, que califica como “prioritarias”, a efectos de poder disfrutar de los beneficios fiscales establecidos, a aquellas explotaciones agrarias familiares y asociaciones que reúnan un conjunto de requisitos, eliminando la mención a los descendientes y otros parientes, y reduciendo el ámbito a la figura del cónyuge del titular de la actividad.

La explotación familiar agraria se presenta como una institución de escasa trascendencia práctica

²⁹⁾ La Ley 49/1981 consideraba además como “familia” al cónyuge, descendiente y a cualquier otro pariente del titular, introduciendo así un concepto no exento de una cierta indeterminación a la hora de precisar el grado de parentesco necesario para poder integrarse en la misma.

que no puede ponerse en conexión con el ámbito de actuación de la empresa familiar. A ello se ha de añadir el dato de que la teleología de la Ley 19/1995, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, muestra un carácter distinto al de la Ley reguladora del Impuesto sobre el Patrimonio, ya que se orienta hacia los cambios operados en el ámbito de la agricultura en nuestro país.

Recapitulando, no cabe reconocer la existencia de una regulación específica o de un concreto régimen tributario en el ámbito de la empresa familiar. Lo que la normativa fiscal contiene no son sino diversas disposiciones relativas al desarrollo de una actividad económica caracterizada por la presencia de un importante elemento familiar. Ahora bien, la finalidad perseguida por las citadas disposiciones es muy variada, no siendo en ocasiones la empresa familiar el fin principal al que se dirigen las medidas adoptadas al efecto por el legislador.

Dos son las principales manifestaciones adoptadas por el elemento familiar al que nos referimos. En primer lugar, la colaboración de familiares en el desarrollo de la actividad, ya sea a través de la realización de funciones de dirección o, en su caso, como trabajadores. Y, en segundo término, la participación de aquéllos en el patrimonio o en los bienes afectos a dicha actividad económica³⁰⁾. El grado de parentesco deberá ser próximo a ellos, no siendo lógico que pueda adoptarse la calificación de empresa familiar para aquellos supuestos de parientes muy alejados.

³⁰⁾ Véase en este sentido CORCHUELO MARTÍNEZ-AZÚA, B., "Beneficios fiscales para las PYMES", en *Impuestos*, núm. 1, 2002, págs. 22 y 23, quien concreta las características de una empresa familiar en las siguientes. En primer lugar, los miembros de la familia han de poseer el control legal de la propiedad. En segundo término, los intereses de la familia deben influir en la toma de decisiones y en la forma de dirigir la empresa. Por último, algunos miembros del grupo familiar han de estar involucrados, a nivel de gestores, en la dirección.

Procedemos a continuación a analizar los distintos aspectos que caracterizan a la exención en el IP de la titularidad de las participaciones en entidades, incidiendo especialmente en el conjunto de requisitos que deben ser observados de cara a su disfrute.

II. LA TITULARIDAD DE LAS PARTICIPACIONES EN ENTIDADES: SU CONSIDERACIÓN COMO BIENES Y DERECHOS EXENTOS DEL IMPUESTO.

Sin lugar a dudas, una de las principales medidas destinadas a favorecer el desarrollo de la inversión empresarial es la relativa a la exención, en el ámbito del IP, de las participaciones en entidades que reúnan determinadas condiciones.³¹⁾

Es esta una exención cuya delimitación resulta en ocasiones problemática, ya que en torno a la misma se generan diversas dudas de carácter interpretativo. En cualquier caso, su trascendencia den-

³¹⁾ Al igual que sucede con la exención de los bienes y derechos afectos a actividades empresariales y profesionales, también en este caso puede señalarse como fuente de inspiración a la legislación tributaria francesa, cuya exoneración afectaba a las participaciones en sociedades personalistas. La Memoria del Proyecto de Ley Financiera 22/1993 se refería a esta segunda parte de la exención en los siguientes términos: "No se trata de una exención que se aplique indiscriminadamente a todas las participaciones en entidades, sino sólo a aquéllas que representen para su titular el ejercicio efectivo de su actividad empresarial bajo forma societaria". Incluso MERINO JARA, I., *El Impuesto sobre el Patrimonio, Leyes Tributarias Comentadas* (Dir.: Calvo Ortega, R.), Ederca, Madrid, 2002, pág. 47, alude a una Ley de los Países Bajos de 24 de abril de 1986 que modificó la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio de dicho Estado de 16 de diciembre de 1964, introduciendo una exención denominada "exención de la empresa" que, a juicio de este autor, tiene bastante parecido con la recogida en nuestro sistema tributario, condicionando la exención de las acciones y participaciones a que sean de una sociedad radicada en los Países Bajos, aspecto este último que ha sido considerado por la Sentencia del TSJCE de 13 de abril de 2000 (Asunto Bars, C-251-98) como contrario a la libertad de establecimiento, ya que impide disfrutar de la exención a los titulares de acciones o participaciones de sociedades establecidas en otros Estados miembros.

tro de nuestro sistema tributario es hoy incontestable, erigiéndose en punto de referencia para determinar los beneficios que, respecto de las transmisiones lucrativas, quedan recogidos en el art. 20 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, reguladora del ISD.

Coincidimos con MUÑOZ DEL CASTILLO³²⁾ en que la filosofía que preside el establecimiento de esta exención es idéntica a la de los bienes y derechos afectos a actividades empresariales y profesionales, es decir, fomentar la actividad productiva y favorecer la inversión empresarial. Como bien ha señalado DOMÍNGUEZ RODICIO³³⁾, la evolución legislativa existente en este punto nos permite apreciar un interés del legislador por eximir del Impuesto a bloques patrimoniales estables de carácter familiar que hagan posible el mantenimiento de la inversión a través de la oportuna organización empresarial retributiva de las funciones organizativas o directivas.³⁴⁾

³²⁾ MUÑOZ DEL CASTILLO, J.L., "La exención en el Impuesto sobre el Patrimonio de las participaciones en sociedades", en *Revista Técnica Tributaria*, núm. 40, 1998, pág. 90.

³³⁾ DOMÍNGUEZ RODICIO, J.R., "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", en *Impuestos*, núm. 22, 1997, pág. 45.

³⁴⁾ En esta misma línea se pronuncia POZUELO ANTONI, F., "Las exenciones en el Impuesto sobre el Patrimonio relativas a la empresa individual y a determinadas participaciones", en *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 170, 1997, pág. 69, para quien "(...) Se trata de una exención cuya importancia económica es notablemente superior a la anterior y que, tanto desde la perspectiva del sujeto pasivo como desde la de la Administración acreedora, y a pesar del relativo poder recaudatorio de este tributo, tiene una cierta significación cuantitativa". Por contra, un criterio distinto es manifestado por BANACLOCHE PÉREZ, J., "Reglamentación de las exenciones en el IP", en *Impuestos*, núm. 5, 2000, pág. 124, para quien no resulta justificada esta exención de las participaciones societarias en tanto que, en su opinión, "Con la evolución normativa, ha quedado alejada de la referencia a sociedades familiares que hubiera podido justificar el beneficio con una benévola interpretación de la 'ratio iuris' ". Tal y como tendremos ocasión de precisar más adelante, estamos de acuerdo con esta afirmación.

¿Qué ha de entenderse por "participación" y por "entidad" a efectos de esta exención? Como es sabido, el art. 4.Ocho se limita a aludir a "participaciones en entidades, con o sin cotización en mercados organizados". Y por lo que respecta a la normativa de desarrollo dispone el apartado 1.º párrafo segundo del art. 4 del RD 1704/1999, que "a estos efectos, se entenderá por participación la titularidad en el capital o patrimonio de una entidad".

Sostiene PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ³⁵⁾ que la exención se otorga cualquiera que sea el formato que las mismas adopten, pudiendo en consecuencia abarcar aquélla, no ya sólo a las empresas con forma societaria, sino también a cualquier otra entidad que cumpla los requisitos exigidos y que no sea de las que no son consideradas como sujetos pasivos del IS. Y, en relación con la alusión efectuada en el texto reglamentario al capital de una entidad, estima NAVARRO EGEEA³⁶⁾ que dicha alusión debe ser interpretada de forma flexible y acorde con el contexto en que se inserta de manera tal que, a su juicio, podría comprender las participaciones en el patrimonio de otras entidades que no adoptan la forma de sociedad de capital.

Por nuestra parte consideramos que, dada la imprecisión que caracteriza al citado precepto del Real Decreto, habrá que tomar en consideración cualquier medio en base al cual pueda afirmarse que un sujeto persona física alcanza la titularidad en el capital o patrimonio de una determinada entidad.

A este respecto habremos de tener presente el

³⁵⁾ PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J. J., "Régimen fiscal de la empresa familiar en España", *ob. cit.*, pág. 91.

³⁶⁾ NAVARRO EGEEA, M., *Incentivos fiscales a la pequeña y mediana empresa*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pág. 38.

criterio adoptado por la DGT en su Resolución 2/1999, de 23 de marzo, de conformidad con el cual no resulta admisible la inclusión dentro del ámbito de aplicación del art. 4.Ocho.Dos de la Ley del IP las cuotas de los sujetos correspondientes a entes sin personalidad jurídica y sociedades civiles a las que se refiere el art. 35.4 de la nueva LGT.

Tradicionalmente, en aquellos supuestos en los que se origina una desmembración del dominio, tan sólo el nudo propietario ha tenido derecho al disfrute de la exención, siempre que, como es lógico, concurren en él el conjunto de las condiciones exigidas.³⁷⁾

En efecto, a lo largo de toda la evolución normativa que ha venido caracterizando el desarrollo de esta exención se ha puesto de manifiesto que, con independencia de quien resulte ser la persona que perciba los frutos o las rentas, la titularidad ha de permanecer siempre en el nudo propietario, que sería en consecuencia el único que tendría derecho a gozar de la exención.³⁸⁾

³⁷⁾ Pensemos por ejemplo en aquellos casos en los que, a la muerte de uno de los dos cónyuges, el otro tiene derecho al usufructo vitalicio del tercio destinado a mejora de los bienes del causante en concepto de legítima o incluso a una mayor cantidad de la masa hereditaria, en caso de ausencia de dichos parientes (arts. 834 a 840 del Código Civil).

³⁸⁾ Así lo establecieron los arts. 4.2º de los Reales Decretos 2481/1994 y 1704/1999. Si bien el art. 4.2º del RD 2481/1994 fue objeto de recurso ante el Tribunal Supremo, su Sentencia de 16 de junio de 1996 desestimó el mismo, afirmando que "Con 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, donde el nudo propietario sigue siendo dueño de la cosa con los derechos inherentes a tal cualidad y sin más obligación que la de respetar el derecho real de usufructo constituido sobre la cosa que le pertenece". Cabe señalar a este respecto que durante la tramitación parlamentaria de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, se presentó una Enmienda (núm. 268) en el Senado por parte del Grupo Parlamentario Convergencia i Unió en la que se solicitaba que disfrutase de la exención el usufructuario. Dicha enmienda no llegó a ser finalmente aprobada.

Esta circunstancia fue criticada, entre otros autores, por CHECA GONZÁLEZ³⁹⁾ o CENCERRADO MILLÁN⁴⁰⁾ para quienes, cuando existe un derecho de usufructo sobre participaciones en entidades diferenciado de la nuda propiedad, no sólo el nudo propietario ha de tener derecho a la exención, sino también el usufructuario. En un sentido contrario se manifiesta BANACLOCHE PÉREZ⁴¹⁾ al considerar que el citado criterio sería coherente con lo establecido en las normas mercantiles en las que, como es sabido, se considera que la cualidad de socio reside en el nudo propietario (art. 67 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, y 36 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada).

Pues bien, con efectos desde el 1 de enero de 2004 la exención se proyecta, no ya sólo sobre la plena propiedad o la nuda propiedad en caso de dominio escindido, sino también sobre el usufructo vitalicio. Ello es consecuencia de la nueva redac-

³⁹⁾ CHECA GONZÁLEZ, C., *Las exenciones tributarias en el ordenamiento estatal*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 34. En palabras de este autor, "(...) Si se tiene presente que lo que pretende la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio es conceder la exención sobre todos aquellos derechos que proporcionen al sujeto pasivo la facultad de usar los bienes, necesaria y exclusivamente, en sus actividades empresariales, de forma que pueda verificarse una ordenación por cuenta propia de los medios de producción, hay que afirmar que tal exigencia se cumple totalmente con el derecho de usufructo de los elementos patrimoniales utilizados en la actividad empresarial, por lo que, en consecuencia, el usufructuario deberá también tener derecho, en igualdad de condiciones con el nudo propietario, al disfrute de la exención (...)".

⁴⁰⁾ CENCERRADO MILLÁN, E., "Consideraciones críticas a las exenciones del patrimonio empresarial de la persona física y de las participaciones en determinadas entidades (Comentario a la STS de 26 de junio de 1996, que confirma la validez de determinados preceptos del RD 2481/1994)", en QF, núm. 7, 1997, pág. 44. Véase igualmente de este mismo autor la tributación del patrimonio empresarial y profesional de las personas físicas, Marcial Pons, 1995.

⁴¹⁾ BANACLOCHE PÉREZ, J., "La reglamentación de las exenciones en el Impuesto sobre el Patrimonio", ob. cit., pág. 1269.

ción otorgada al apartado octavo del artículo 4 de la Ley del IP por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre. El art. 4.2º del Real Decreto 1704/1999 será en consecuencia inaplicable cuando el usufructo tenga carácter vitalicio.

Desde nuestro punto de vista, extender la exención al derecho de usufructo sobre participaciones, a pesar de que sea únicamente al vitalicio, choca con la razón de ser que tradicionalmente ha venido justificando las exenciones sobre bienes empresariales o sobre participaciones en entidades, acentuando además la diferencia con el régimen de la exención del empresario individual.

En primer lugar, el usufructo ha de ser vitalicio. Ahora bien, ¿cuál es la justificación de esta restricción? Dado que la norma no nos proporciona explicación alguna al respecto son varias las razones que podrían esgrimirse. En primer lugar, podría pensarse que el carácter vitalicio de un derecho es menos susceptible de ser objeto de operaciones de planificación fiscal de lo que puedan serlo los derechos temporales.

También podría argumentarse como justificación a la restricción de que el usufructo deba ser vitalicio la necesidad de aproximar el beneficio en el IP al régimen del ISD, en el que el usufructo sobre participaciones goza de una reducción de la base imponible del 95%. Así, puesto que el usufructo sucesorio presenta normalmente un carácter vitalicio, lo razonable sería que en el IP sólo pudiera ser objeto de exención este tipo de derecho.

Lo que parece claro es que, sea cual fuere el motivo de limitar a los usufructos vitalicios el beneficio, un usufructo puede constituirse *inter vivos*, pudiendo ser ajeno al derecho sucesorio y al ISD. Y dado que el beneficio en el ISD ya existía en nuestro ordenamiento para cualquier clase de usufructo,

debería descartarse como justificación de la reforma el mejorar, aunque sea indirectamente, el régimen del ISD.

El hecho de optar por beneficiar este tipo de derecho sobre participaciones plantea además diversas cuestiones de carácter procedimental. Piénsese que el usufructuario no ostenta la condición de socio de la sociedad en cuestión, no siendo en consecuencia partícipe. *A priori*, estas dudas no se suscitarían si al usufructuario no se le exigiera el cumplimiento de ningún requisito de los que impone la norma al sujeto pasivo, esto es, si se optase por estimar que quien gana o pierde la exención para las participaciones es el nudo propietario. En caso de cumplir éste todas las prescripciones exigidas (participar en un determinado porcentaje y llevar a cabo labores directivas), el usufructuario podría igualmente aplicar la exención.

No obstante, si prevaleciese la interpretación propuesta (en contra de la cual podría argumentarse ya de entrada que se está condicionando en un impuesto de naturaleza personal la concesión de un beneficio a la situación y actividad de otro contribuyente), surgiría la duda de si el aprovechamiento por parte del usufructuario del cumplimiento de requisitos exigibles al nudo propietario tiene lugar en todo caso o únicamente cuando el usufructuario y el nudo propietario se encuentran unidos por una relación de parentesco conyugal en línea recta o colateral hasta el segundo grado.⁴²⁾

Podría considerarse, en primer lugar, que debe exigirse al contribuyente usufructuario el cumplimiento de los requisitos que la norma ha venido dictando desde su implantación. Estos requisitos exigidos

⁴²⁾ Este es el perímetro familiar que el legislador establece a otros efectos, como puede ser por ejemplo el de cumplir el porcentaje del 20% de participación en la entidad.

al sujeto pasivo para poder acceder a la exención son: un determinado grado de participación en la entidad y el ejercicio efectivo de funciones de dirección remuneradas. Este segundo requisito no plantea problema alguno, ya que el usufructuario puede desarrollar labores directivas, incluso como tercero ajeno al capital de la entidad. Si las plantea en cambio la determinación del cumplimiento del requisito que exige que el sujeto pasivo deba participar individualmente en un 5% del capital de la empresa o en un 20% si precisa acudir a su grupo de parentesco de segundo grado.

Si, de acuerdo con la legislación mercantil, el usufructuario no fuese socio, parece claro que no participaría en el capital de la entidad. Pues bien, el art. 4 del Reglamento del Impuesto, al definir la participación en función de la titularidad directa en el capital o patrimonio de la entidad, parece insistir sobre la misma idea. Y puesto que de la literalidad de las normas aplicables lo que se derivaría es la imposibilidad de aplicar la exención (piénsese que el usufructuario carece de participación alguna en el capital de la entidad), deberá buscarse una interpretación de carácter distinto.

Una opción a la hora de medir la participación del usufructuario en el capital de la entidad sería la de aplicar sobre el porcentaje de capital que represente la plena propiedad de las participaciones los porcentajes con que el IP, por aplicación de los contemplados en la normativa del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPyAJD), diferencia los valores de nuda propiedad y usufructo⁴³. Creemos no obstante que

este primer criterio debe ser rechazado de plano, ya que lo que los porcentajes tributarios distribuyen es el valor de los derechos sobre un bien, no la participación en el capital de una entidad.

Una segunda posibilidad sería partir de la idea de que el usufructuario ha de medir su participación en relación a la del nudo propietario, no siendo aquella adicional a la de éste ya que, en otro caso, el capital de la entidad sumaría un porcentaje superior al 100%.

En este sentido podría estimarse que el requisito de participación debe medirse en el usufructuario por el porcentaje de capital que corresponda a la nuda propiedad, circunstancia que nos lleva a plantearnos la siguiente cuestión: ¿debe considerarse siempre que el usufructo da el mismo porcentaje de participación que la nuda propiedad, o únicamente en aquellos casos en los que el nudo propietario y el usufructuario quedan unidos por el parentesco al que nos venimos refiriendo?

A nuestro juicio el usufructo proporciona el mismo porcentaje de participación que la nuda propiedad en todo caso. Téngase presente que, en la mayoría de supuestos, el carácter vitalicio del usufructo llevará implícito el parentesco. Pero es que, a mayor abundamiento, si se exigiese (cosa que no hace la ley) el parentesco entre el usufructuario y el nudo propietario, por coherencia con el contexto del que procede la norma, el porcentaje que debería cumplir en todo caso el usufructuario (y también en esta hipótesis el nudo propietario) sería el del 20%, impidiéndose que individualmente pudiera ser suficiente con el 5%.

Si se exigiese al usufructuario un 5% o un 20%, tenga lugar o no ello por el parentesco que le una al nudo propietario, puede suceder que no se alcancen dichas cifras. En este caso, si el usufructua-

⁴³ Así, por ejemplo, si el porcentaje de capital que representa la plena propiedad de las participaciones es del 8%, teniendo el usufructuario una edad de 64 años, le correspondería un valor de usufructo del 25%, debiendo atribuírsele un porcentaje de "participación" en la entidad del 2% (el 25% del 8% que representa la plena propiedad de las participaciones), que le excluiría del disfrute de la exención.

rio fuese también, en base a otras participaciones, socio de la entidad, ¿cómo se agregarían las participaciones de las que se dispone en pleno dominio con las que sólo se disfrutan a través de un derecho real de carácter limitado?⁴⁴⁾

¿Qué implicaciones plantea la modificación operada en el ámbito de este beneficio en relación con el ISD? En principio, dentro del ámbito de las transmisiones *mortis causa*, la incidencia de la modificación normativa parece mínima. En tanto en cuanto la norma que otorga una reducción del 95% a la transmisión de los bienes exentos del IP ya venía reconociendo el usufructo (vitalicio o temporal) como derecho sobre el que aplicar el beneficio, no cabe ampliación de los supuestos de la reducción.

De hecho, no hay posibilidad alguna de vincular la norma del IP con la del ISD, al tratarse de un derecho que nunca va a ser hecho imponible de los dos impuestos: si nos hallamos ante un usufructo vitalicio (en su caso exento en el IP), con el fallecimiento de su titular el derecho se extinguirá y no integrará el hecho imponible ni la base imponible del ISD correspondiente a esa herencia.⁴⁵⁾

Por lo que respecta a las transmisiones *inter vivos*, también en ellas deben buscarse efectos de la modificación del IP. Nos referimos concretamente a la posibilidad de aplicar a la donación de un usu-

fructo vitalicio el beneficio del que, hasta el momento, gozaba la donación de la plena o la nuda propiedad sobre participaciones exentas en el IP.⁴⁶⁾

El análisis de esta posibilidad nos lleva a tratar dos cuestiones. En primer lugar, el acceso a la reducción del 95% que, hasta ahora, tenía la donación del usufructo de la empresa. Y, en segundo término, el requisito de que los bienes donados deba mantenerlos exentos en IP el donatario durante diez años.

La posibilidad de aplicar la reducción en la donación de un usufructo sobre participaciones exige determinar si resulta subsumible este supuesto en el caso de *“transmisión de participaciones inter vivos (...) de participaciones en entidades del donante a los que sea de aplicación la exención (...)”*, recogida en el primer inciso del art. 20.6 de la Ley del ISD. Para ello deberemos precisar la distinción entre la donación de un usufructo ya constituido y la constitución de un usufructo por el que se desmembra lucrativamente la plena propiedad. Pues bien, en nuestra opinión, la donación de un usufructo ya constituido (temporal o vitalicio y exento o no en el IP) no puede quedar incluida dentro del beneficio, ya que difícilmente encaja en la exigencia legal de transmitir participaciones.⁴⁷⁾

Si por el contrario estimamos el otro caso, relativo a la transmisión de unas participaciones entre-

⁴⁴⁾ Por ejemplo, si como usufructuario, por la vía que fuese, se le reconociese un porcentaje del 3% cuando además es socio en un porcentaje del 5%, ¿resultaría posible afirmar que tiene un porcentaje del 8%, prescindiendo de que, en este caso, se estaría reconociendo una participación en la entidad superior al 100% ya que el 3% que tiene como usufructuario también lo tendrá quien disponga de la nuda propiedad sobre dichos valores?

⁴⁵⁾ Cuestión distinta es que la reforma del IP pudiera estar relacionada con la operada en el año 2003 en la reducción del ISD para incluir en el beneficio los derechos económicos derivados de la extinción de un usufructo, concretamente el derecho del heredero de un usufructuario de exigir al nudo propietario una compensación económica por las reservas no distribuidas durante la vigencia del derecho de usufructo que tenía el causante.

⁴⁶⁾ Como es sabido, el criterio administrativo comúnmente aplicado ha sido tradicionalmente el de negar la reducción al usufructo, principalmente por el hecho de que el donatario de este tipo de derechos no podría nunca cumplir el requisito de mantenimiento exigido en la norma.

⁴⁷⁾ Es más, consideramos que tan sólo en el caso de que la imprecisa redacción legal existente, en la que se habla de transmitir *“participaciones de participaciones”*, se interpretara en el sentido de estimar que un usufructo representa la participación de una participación, podría estimarse válidamente aplicable la reducción. Sin embargo el criterio adoptado a este respecto ha sido el de considerar que la norma se refería a cuotas de propiedad sobre alguno de los bienes exentos en el IP.

gando la nuda propiedad a un adquirente y el usufructo a otro distinto, creemos que el régimen fiscal aplicable debería ser el mismo. Ciertamente, al amparo de un criterio de interpretación estrictamente literal, cabría admitir la reducción, ya que podría entenderse que lo que se produce es una transmisión de la participación a dos adquirentes distintos.

A nuestro juicio, sin embargo, es esta una interpretación excesivamente forzada que no encaja con el espíritu de la norma ni con la lógica de que la constitución lucrativa de un usufructo vitalicio pueda gozar de reducción cuando se le está negando a la donación de ese mismo tipo de usufructo. Por otra parte, si la intención del legislador hubiese sido realmente la de privilegiar la donación del usufructo vitalicio o su constitución lucrativa, consideramos que debería haberse actuado modificando la Ley del ISD y no, como se ha hecho, la del IP.

En suma, al ser un requisito objetivo del beneficio el que done una participación, lo que se está exigiendo es que sobre la misma se proyecte un derecho de propiedad, ya sea esta de carácter pleno o nuda propiedad. Precisamente por ello el hecho de que en el IP se encuentre exento el usufructo vitalicio no aporta ampliación alguna del beneficio para la donación de participaciones.

Analicemos a continuación la cuestión relativa a la transmisión *inter vivos* de este tipo de derechos, es decir, la incidencia de la modificación en el requisito de mantenimiento de los bienes durante diez años gozando de la exención. Es esta una cuestión de un interés menor, máxime si se niega al usufructo la posibilidad de gozar de la reducción en las donaciones. A pesar de ello creemos que, si finalmente prevaleciese otra interpretación que permitiese el beneficio a la donación de usufructos vitalicios sobre participaciones, nada impediría que el requisito del mantenimiento pudiera cumplirlo directa y personalmente el usufructuario.

¿Cabría la posibilidad de que los sujetos pasivos no residentes pudieran acudir a esta exención? *A priori*, la exigencia de desempeñar funciones directivas de dirección y de constituir su remuneración más del 50% de determinados rendimientos hace muy difícil su proyección sobre estos sujetos, puesto que conocer el volumen de las rentas en su totalidad se presenta como una labor excesivamente complicada.

En consecuencia no parece posible que las personas no residentes puedan acceder a estas exenciones, ya que al tributar en España solamente por las rentas obtenidas en nuestro país y por el patrimonio existente en nuestro territorio, resulta extraordinariamente complicado que puedan cumplirse respecto al total de sus rentas, por parte de estos contribuyentes, las condiciones de obtención de rendimientos.

La DGT descarta esta opción en contestación a Consulta de 3 de diciembre de 1997, señalando al respecto que "(...) *En el supuesto consultado, al no tener el no residente una totalidad de rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal, no puede considerarse cumplida la condición establecida en la letra d) del artículo 4.Ocho.Dos (...) por lo que no puede aplicársele la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio*".⁴⁸⁾

Téngase presente no obstante que, en todo caso, la norma no impide que dichos sujetos puedan disfrutar de la exención. Ahora bien los problemas de prueba del cumplimiento de los requisitos relativos al volumen global de renta obtenida que se producirían en la práctica son innegables.

Queremos referirnos por último a la tenencia de

⁴⁸⁾ Esta línea interpretativa se ha mantenido posteriormente, entre otras, en la contestación a Consulta de la DGT de 18 de julio de 2000.

participaciones en entidades que residan en el extranjero. ¿Debe estimarse este supuesto comprendido en el ámbito de la exención? Creemos que sí. En este caso el sujeto podrá cumplir sin problema alguno las funciones de dirección en las mismas y, al ser un contribuyente residente en nuestro país, resultaría perfectamente posible comprobar la totalidad de los rendimientos obtenidos de otras fuentes. El hecho de que el art. 4.Ocho no distinga a este respecto entre entidades residentes y no residentes contribuye además a reforzar esta consideración.⁴⁹⁾

Seguidamente procedemos a estudiar los requisitos que han de cumplir las participaciones en entidades para poder optar a la exención, los cuales serán objeto de análisis desde una doble perspectiva: de una parte, los requisitos que han de darse en la entidad participada; y de otra, los requisitos referidos al titular de las participaciones.

III. REQUISITOS NECESARIOS PARA LA APLICACIÓN DE LA EXENCIÓN.

A la hora de precisar el conjunto de requisitos que han de ser observados de cara a la aplicación de la exención hemos de referirnos, en primer término, a aquéllos que debe reunir la **entidad participada**, los cuales pueden ser reducidos a tres.

⁴⁹⁾ Véanse en este sentido PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J. J., "Régimen fiscal de la empresa familiar en España", *ob. cit.*, pág. 93 y *La empresa familiar. Fiscalidad, organización y protocolo familiar*, CISS, 2005, pág. 72 y VAQUERA GARCÍA, A., *Régimen tributario de la empresa familiar*, *ob. cit.*, pág. 120. En este sentido se pronuncia además la DGT en contestación a Consulta de 28 de mayo de 1998 al señalar que "(...) En supuestos de sujetos pasivos por obligación personal de contribuir que sean titulares de participaciones en sociedades en este caso extranjeras, estas últimas no habrán de tener por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario y, por tanto -tal y como establece la Ley del Impuesto- habrán de realizar una actividad empresarial con arreglo a los criterios de la normativa española. Asimismo la participación de la sociedad matriz en la participada habrá de reunir los requisitos que determina el tercer párrafo del artículo 5.1.a) del Real Decreto 2481/1994".

En primer lugar, la entidad no puede tener como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. Esta circunstancia fue exigida ya desde un primer momento por el RD 2481/1994, a través de su art. 5.1.a), precepto que se encargó además de precisar que se ha de entender por "actividad principal": aquélla que proporcione una mayor renta a la entidad, aunque no llegue a representar el 50 % de la renta total de la misma.⁵⁰⁾

¿Qué sucede con las llamadas sociedades *holding* activas y dedicadas a la gestión y dirección de aquellas sociedades que no tengan por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario? Ya inicialmente el citado RD 2481/1994 estableció que las mismas se encontraban amparadas por la exención, considerando que dichas entidades *holding* desarrollan una actividad económica y no una actividad de gestión de un patrimonio mobiliario, siempre que concurren varias circunstancias.

En primer término, que la sociedad *holding* disponga directamente de, al menos, el 50% de los derechos de voto de las entidades participadas. En segundo término, que la sociedad *holding* dirija y gestione a través de la correspondiente organización de medios personales y materiales el conjunto de las actividades empresariales de las entidades participadas. Y, finalmente, que ninguna de estas entidades participadas tenga como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o

⁵⁰⁾ Tal y como manifestó la DGT en contestación a Consulta de 16 de diciembre de 1998, "Como quiera que las sociedades de inversión mobiliaria limitan su actividad básica a la compraventa de valores sin que puedan tener participaciones mayoritarias económicas o políticas en otras sociedades, ha de considerarse que su actividad principal está constituida por la gestión de este patrimonio mobiliario y que, consecuentemente, este tipo de entidades no cumple la condición configurada en la letra a) del artículo 4.Ocho.Dos de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio".

inmobiliario.⁵¹⁾

Esta interpretación de lo que se ha de entender por sociedad *holding* resultaba sin embargo insuficiente, motivo por el cual la Ley de Medidas 13/1996 profundizó aún más en la misma⁵²⁾ y estableció que se considera que una entidad no gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario (no realizando por tanto ninguna actividad empresarial) cuando, de conformidad con lo dispuesto por el art. 75 de la antigua Ley 43/1995, de 27 de diciembre, reguladora del Impuesto de Sociedades⁵³⁾, la referida entidad no tenga la consideración de sociedad de mera tenencia de bienes o de sociedad tenedora de valores.

Tal y como pone de manifiesto la DGT en contestación a Consulta de 23 de enero de 1998, “*Lo que la Ley pretende para que resulte de aplicación la exención es que la entidad, cuyas participaciones puedan resultar exentas, realice de manera efectiva una actividad empresarial y no de gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. No existe un concepto en la Ley de lo que por tal gestión se*

entiende, pero su delimitación se desprende de la equiparación que expresamente hace la norma con la actividad de las entidades en que más de la mitad de su activo esté constituido por valores o que sean susceptibles de calificarse como de mera tenencia de valores (...)”.

En el supuesto de que la entidad en cuestión revista forma societaria, no deberán concurrir las condiciones establecidas en el art. 75 de la antigua Ley 43/1995. Quedan así excluidas de la exención las participaciones de entidades susceptibles de pertenecer al antiguo régimen de transparencia fiscal, tanto si son sociedades de mera tenencia de bienes como si son sociedades de cartera, de profesionales o aquéllas que obtengan la mayoría de ingresos de actividades artísticas o deportivas. Ahora bien, dos precisiones normativas conviene realizar a este respecto. En primer lugar, que tras la reforma operada por la reiterada Ley de Medidas 66/1997⁵⁴⁾, de 30 de diciembre, se excluyó la exigencia de este requisito para las sociedades de profesionales, contempladas en la letra b) del número 1 del art. 75 de la antigua LIS.

Y en segundo término que, con efectos desde 1 de enero de 2003, la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, se encargó de modificar el art. 4.Ocho.Dos de la Ley 19/1991, suprimiendo la mención de la letra b) del art. 75.1 de la Ley 43/1995 a la que hacíamos referencia, y en la que se permitía la exención en los supuestos de transparencia fiscal de las sociedades de profesionales. Sin embargo, por lo que respecta a la materia objeto de nuestro análisis, la modificación introducida carece de toda relevancia, ya que, como es sabido, las sociedades de profesionales no constitu-

⁵¹⁾ Hemos de tener presente a este respecto el reiterado criterio seguido por la DGT en el sentido de considerar como actividad empresarial que da derecho a la exención aquella actividad de arrendamiento de inmuebles desarrollada en base a una organización empresarial consistente en un local destinado exclusivamente a la gestión de la entidad y una persona con contrato laboral.

⁵²⁾ El art. 7 de la Ley 13/1996, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para 1997 otorgó una nueva redacción al número 2º del apartado 8º del art. 4 de la Ley 19/1991. En nuestra opinión con esta remisión al art. 75 de la Ley 43/1995 ha de entenderse derogado la letra a) del art. 5 del RD 2481/1994, referente a las entidades *holding*.

⁵³⁾ De conformidad con la regulación de la transparencia fiscal establecida por aquel entonces en dicho art. 75 de la Ley 43/1995, a efectos de determinar cuando estamos ante una sociedad de mera tenencia de bienes o tenedora de valores no eran computados como tales aquellos que otorgasen al menos el 5% de los derechos de voto y que fuesen poseídos con la finalidad de dirigir y gestionar la participación, siempre que se contase con la correspondiente organización de medios materiales y personales y que la sociedad participada no fuese una sociedad patrimonial.

⁵⁴⁾ Como se recordará el art. 3 de la Ley 66/1997 otorgó a partir de 1998 una nueva redacción al apartado octavo del art. 4 de la Ley 19/1991.

yen un supuesto de sociedad patrimonial.

En efecto la “sustitución” operada por la reforma de determinadas sociedades transparentes por estas sociedades patrimoniales no ha afectado a la configuración de la exención⁵⁵⁾. Subsisten en consecuencia los problemas de interpretación a la hora de diferenciar el alcance de las prohibiciones recogidas en las letras a) y b) del precepto en cuestión.

En nuestra opinión, la razón de ser de esta remisión llevada a cabo por la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio al régimen de las sociedades patrimoniales no es otra que evitar que sociedades que carecen de una auténtica finalidad económica de entrega de bienes o prestación de servicios puedan

llegar a disfrutar de este beneficio fiscal, orientado a priori hacia aquellas entidades que sí presentan un objetivo de intervención en el mercado.⁵⁶⁾

El art. 61.1 del TRLIS atribuye el carácter de sociedad patrimonial a aquella en la que se cumpla uno de las dos circunstancias siguientes: que más del 50% del capital social pertenezca a un grupo familiar o que más del 50% pertenezca a diez o menos socios. Asimismo tienen la consideración de sociedades patrimoniales aquellas en las que más de la mitad de su activo no esté afecto a la realización de actividades empresariales o profesionales, en el sentido en que ambas se definen en el IRPF.

Precisa además el citado art. 61.1 del TRLIS en su letra b) que, por “grupo familiar”, debe entenderse a estos efectos “El que está constituido por personas unidas por vínculos de parentesco, en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad, hasta el cuarto grado inclusive”.

¿Puede esta definición de “grupo familiar” ser empleada más allá de lo estrictamente necesario para comprobar cuando estamos ante una sociedad patrimonial? Parece claro que no. Por otra parte el concepto de grupo familiar que establece el TRLIS no coincide con el elenco de familiares a los que alude el art. 4.Ocho.Dos de la Ley del IP, de carácter mucho más reducido, al establecerse la vinculación únicamente hasta el segundo grado en lugar de hasta el cuarto, como efectúa el art. 61.1.b) del TRLIS.⁵⁷⁾

⁵⁵⁾ Las antiguas sociedades de profesionales y de artistas tributan en la actualidad como una sociedad normal, de manera tal que la participación en esta clase de entidades (de profesionales o artistas) podrá quedar comprendida en la exención del art. 4.Ocho.Dos de la Ley del IP, siempre que se cumplan el resto de condicionantes establecidos, al igual que sucede con las demás entidades. Con la anterior regulación se planteaba en cambio el problema de la posibilidad de admitir la exención del art. 4.Ocho.Dos de la Ley del IP para las sociedades de profesionales (que se preveía expresamente) y no para las de artistas y deportistas. Esta cuestión no podía resolverse en el ámbito de las participaciones en entidades, dado que claramente se excluyen para las sociedades de artistas o deportistas. Para las actividades económicas individuales por el contrario empleaba TOVILLAS MORÁN, J. M., (“La exención en el Impuesto sobre el Patrimonio de los bienes integrantes del patrimonio empresarial o profesional”, en *Impuestos*, núm. 5, 2002, pág. 24) un razonamiento que, a nuestro juicio, permitiría acudir al beneficio fiscal para el caso de actividades artísticas o deportivas que fuesen ejercidas de forma singular por un sujeto pasivo. Considera este autor que “De acuerdo con el contenido de la Ley, únicamente quienes tengan la condición de empresarios o profesionales se integrarán dentro del ámbito subjetivo de la exención. Sin embargo el art. 88 del Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, que aprueba el Reglamento del IRPF, en su número 2, califica como rendimientos de actividades profesionales no sólo los que corresponden a la Sección Segunda de las Tarifas del Impuesto sobre Actividades Económicas, sino también los que corresponden a la Sección Tercera de las mismas, que llevan por rúbrica ‘Actividades Artísticas’. Por tanto las actividades artísticas que, desde el punto de vista del IRPF, se califican como actividades profesionales, también se integrarán en el ámbito subjetivo de la exención tributaria”. Esta circunstancia quedó planteada en los mismos términos en el art. 93.2.a) del RD 1775/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del IRPF.

⁵⁶⁾ En aquellos casos de sociedades civiles con personalidad jurídica no será posible sin embargo acudir a la exención del art. 4.Ocho.Dos de la Ley del IP, sino a la contenida en el primer apartado, en función de su tributación en el régimen de atribución de rentas y a su exclusión como sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades.

⁵⁷⁾ Nótese además que mientras en la regulación del IS se omite toda referencia a la persona del cónyuge, esta circunstancia no se produce en la Ley del IP.

Incluso la motivación de ambos preceptos presenta un carácter diverso, ya que mientras el objetivo del art. 61.1 del TRLIS es someter a un gravamen diferenciado los rendimientos de una sociedad patrimonial, en el art. 4.Ocho.Dos de la Ley del IP lo que se pretende es fomentar el desarrollo de un determinado tipo de estructura empresarial: la integrada por personas unidas por vínculos de parentesco.

Queda claro por tanto que siempre que estemos ante una entidad que pueda ser catalogada como patrimonial, no desempeñando efectivamente una actividad económica de producción de bienes o de prestación de servicios en el mercado como es el caso de la gestión de un patrimonio, no podrá disfrutar de la exención contenida en el citado art. 4.Ocho.Dos de la Ley del IP.

Finalmente, la entidad participada no puede ser en ningún caso una Institución de Inversión Colectiva. Tal y como establece el apartado 1º del art. 5 del RD 1704/1999, éstas últimas siempre tienen por objeto la gestión de un patrimonio mobiliario. Como es de sobra conocido, las Instituciones de Inversión Colectiva presentan un régimen fiscal especial muy favorable, configurándose como los vehículos idóneos para la inversión colectiva. Esta circunstancia las hace incompatibles con el concepto de empresa familiar (que alude a una empresa en manos de un grupo reducido de personas con parentesco cercano) y con el de inversión en participaciones con intención de ejercer una actividad económica a través de participaciones significativas en acciones de otras empresas.

A pesar de ello la imposibilidad de acceder a la exención de las Instituciones de Inversión Colectiva no tiene por qué suponer que sus participaciones no puedan, en determinados supuestos, considerarse afectas a la actividad desarrollada por otra entidad

a través de la cual se posean dichas participaciones. En este sentido la doctrina administrativa ha venido a matizar la rotundidad de lo establecido en el Real Decreto 1704/1999, dado que la Ley reguladora del IP no limita estas participaciones en Instituciones de Inversión Colectiva, pudiendo hallarnos por tanto ante un exceso reglamentario.

Amparándose en la exclusión de la exención de aquellas entidades que no realicen de manera efectiva una actividad económica y que tengan por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario, la DGT tiene admitido el beneficio fiscal para las participaciones en una Sociedad de Inversión Mobiliaria de Capital Variable (SIMCAV) en dos supuestos: si su precio de adquisición no supera el importe de los beneficios no distribuidos obtenidos por la entidad, siempre y cuando provengan del ejercicio de actividades empresariales y profesionales, en concordancia con la regulación establecida para las entidades en régimen de sociedades patrimoniales, reguladas en los arts. 61 a 63 del TRLIS; y si puede acreditarse su afectación a la actividad económica beneficiada.

Tal y como afirma la DGT en contestación a Consulta de 10 de mayo de 2001, "(...)Situación distinta a la hasta ahora analizada sería aquella en la que, no obstante formar parte del activo de la sociedad matriz una participación en una SIMCAV, ésta representase en el activo de la tenedora menos de la mitad del misma, de forma que se entendiera que no realiza una actividad de gestión patrimonial y que, por lo tanto, (según reza la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio), se entendiese que lleva a cabo una actividad económica. La cuestión se plantearía entonces, no respecto del acceso a la exención –que procedería en cuanto se cumplieren los restantes requisitos legales- sino de su ámbito objetivo o extensión o, aun mejor, de la determinación de su importe (...)".

De este modo pueden devenir exentas las participaciones en Instituciones de Inversión Colectiva en aquellos casos en los que una entidad posea como cartera de inversión temporal valores de este tipo de instituciones, sin que ello signifique que dichos títulos no queden afectos a la actividad. Habrá que precisar su adecuación y proporcionalidad al resto de los activos de la entidad así como al tipo de actividad a que se dedica, a su volumen y a los restantes parámetros económicos y financieros de la empresa. Todo ello al objeto de evaluar la afectación de estos valores al desarrollo de la actividad.

Originariamente los valores de la entidad participada no podían negociarse en mercados organizados⁵⁸⁾. ¿Cuál era la razón de esta exclusión? De conformidad con lo establecido en la Exposición de Motivos del RD 2481/1994, el objetivo de la misma no era otro que el de la propia exención, esto es, favorecer el desarrollo de la inversión empresarial en la pequeña y mediana empresa⁵⁹⁾. Sin embargo la exclusión quedó sin efecto a partir de 1997, tras la modificación introducida por el art. 7 de la Ley 13/1996, de 30 de diciem-

⁵⁸⁾ Esta circunstancia, recogida por el apartado 1º del art. 4 del RD 2481/1994, fue igualmente objeto de recurso ante el Tribunal Supremo, al considerarse que el Real Decreto 2481/1994 se había extralimitado en el desempeño de sus funciones al excluir de la aplicación de la exención a las participaciones negociadas en mercados organizados. Sin embargo el TS vino a confirmar dicho criterio en la Sentencia de 19 de junio de 1996, argumentando que el Gobierno se encontraba autorizado para determinar reglamentariamente las condiciones que habían de reunir las participaciones en entidades y que, además, en la propia Ley 19/1991 se dispone que la valoración de las participaciones se efectuará de acuerdo con el criterio establecido por el art. 16, precepto que se refiere a las participaciones no negociadas en mercados organizados. De hecho fue la ausencia de esta norma específica lo que impulsó al Tribunal Supremo a estimar que las participaciones en entidades con cotización en mercados organizados no se hallaban exentas.

⁵⁹⁾ Véase en este sentido BLANCO ÁLVAREZ, C., "Tributación de valores mobiliarios en el Impuesto sobre el Patrimonio Neto", en AF, núm. 24, 1993 y FONSECA CAPDEVILLA, E., "La valoración de los activos financieros en el Impuesto sobre el Patrimonio", en RTT, núm. 20, 1993, págs. 25 a 30.

bre⁶⁰⁾, extendiéndose en consecuencia la exención a las participaciones en entidades que, con o sin cotización, reúnan los requisitos exigidos.⁶¹⁾

Analicemos a continuación los requisitos que han de ser cumplidos por el titular de las participaciones. Parece lógico, a la vista de todas las consideraciones realizadas hasta este momento, que el sujeto pasivo titular de las participaciones se encuentre directamente relacionado con la correspondiente entidad participada, tanto desde una perspectiva de carácter patrimonial como desde la referente a la gestión de dicha entidad. Ahora bien, los requisitos exigidos a este respecto van más allá de esta genérica consideración.

En primer término, habremos de considerar el porcentaje de participación del sujeto pasivo en el capital de la entidad. Originariamente, y de conformidad con lo dispuesto por el art. 7 de la Ley 19/1991, dicho porcentaje había de ser superior al 20%, siendo además el propio sujeto pasivo

⁶⁰⁾ Así, con ocasión de la tramitación parlamentaria de la Ley 13/1996 se presentó en el Senado por el Grupo Parlamentario Convergencia i Unió una Enmienda (núm. 321) con la finalidad de extender la exención a las participaciones que cotizaran en mercados organizados, argumentándose que de este modo se facilitaba la entrada en Bolsa de las empresas familiares. Dicha enmienda fue aceptada. Tal y como ha señalado CARBAJO VASCO, D., "Las modificaciones en el IRPF contenidas en la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, LPGE para 1998 y en la conocida como 'Ley de acompañamiento' para 1998, Ley 66/1997, de 30 de diciembre", en Impuestos, núms. 15-16, 1998, pág. 63, la inclusión en el ámbito de la exención de las participaciones en entidades cotizadas ha supuesto en la práctica la desfiscalización de los grandes patrimonios.

⁶¹⁾ Con posterioridad el Grupo Parlamentario Socialista presentó en el Congreso, durante la tramitación parlamentaria de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, una nueva Enmienda (núm. 45) en la que se proponía la siguiente redacción: "(...) La exención sólo alcanzará al valor de las participaciones determinado conforme a las reglas que se establecen en el art. 16 uno de esta Ley, en la parte que corresponda a la proporción existente entre los activos necesarios para el ejercicio de la actividad económica, minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma, y el valor total del patrimonio neto de la entidad".

quien, con independencia de las participaciones de las que fuese titular su cónyuge y los restantes miembros de la unidad familiar, había de poseer dicho porcentaje superior al 20% sobre el capital social. Posteriormente, y con efectos a partir del 1 de enero de 1995, el porcentaje mínimo de participación exigible quedó reducido al 15%.⁶²⁾

Es a partir de 1997 cuando, tras la reforma operada por el art. 7 de la Ley de Medidas 13/1996, los requisitos subjetivos de la exención dejan de medirse para cada sujeto pasivo individualmente considerado, pasando a ser delimitados en relación con el conjunto del grupo familiar. Coincidimos con SOTRES MENÉNDEZ⁶³⁾ en que esta flexibilización del ámbito subjetivo de la exención parece no encajar *a priori* con la técnica de un impuesto como el IP, de carácter eminentemente individualista. En cualquier caso, y como bien señala CHECA GONZÁLEZ⁶⁴⁾, la citada precisión legal permite ampliar el alcance de los supuestos de aplicación de la exención, beneficiándose de la exención un conjunto de personas que, de otro modo, se verían privados de ella.

A raíz de dicha reforma el porcentaje mínimo de participación en la entidad exigido para el cálculo de la exención puede obtenerse de dos formas distintas, siendo suficiente la concurrencia de una sola de ellas para la aplicación de aquella. Con carácter individual, el porcentaje

mínimo de participación continuó situado en el 15%. Y por lo que respecta al grupo familiar, el porcentaje mínimo de participación quedó cifrado en el 20%. Por grupo familiar definido habremos de considerar el formado por el propio sujeto pasivo, su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, ya lo sean por consanguinidad, afinidad o adopción⁶⁵⁾. Han de computarse todas las participaciones que tengan dichos sujetos de forma conjunta al efecto de poder comprobar si se llega al 20% del capital de la entidad.

Finalmente, tras la modificación introducida por la Ley 51/2002 en el art. 4. Ocho. Dos de la Ley del IP quedó rebajado, con efectos desde el 1 de enero de 2003, el porcentaje de participación necesario para obtener la exención cuando el cómputo se haga de forma individual, cifrándolo en un 5% de participación. Dado que, como venimos manifestando, esta exención pretende favorecer a la empresa familiar entendida fiscalmente como aquella en la que la participación de un socio (que ejerce labores de dirección) supera un determinado porcentaje, a la vista de esta última modificación, la práctica totalidad de las empresas podrán calificarse como familiares

⁶²⁾ Así lo estableció el art. 7 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para 1995.

⁶³⁾ SOTRES MENÉNDEZ, R., "La exención en el Impuesto sobre el Patrimonio de las Actividades Empresariales y Profesionales y de las Participaciones en Entidades", en TF, núm. 99, 1999, pág. 89.

⁶⁴⁾ CHECA GONZÁLEZ, C., *Las exenciones tributarias en el ordenamiento estatal*, ob. cit., pág. 28.

⁶⁵⁾ Señala la DGT en contestación a Consulta de 15 de enero de 1999 que este "grupo de parentesco" integrado por cualquier sujeto junto con determinados parientes, que pueden ser el cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, no se determina con relación a un determinado sujeto pasivo. En efecto, la Ley no ha establecido un sujeto pasivo de referencia, como por ejemplo pudiera ser aquél que ejerce efectivamente las funciones de dirección en la entidad participada. Por el contrario, se remite a cualquier sujeto pasivo. Ello da lugar a que, ante un determinado grupo familiar, tenga que analizarse si, tomando en consideración cualquier sujeto pasivo y sus respectivos parientes (participando todos y cada uno en el capital de la entidad), se alcanza el porcentaje mínimo de capital del 20% y si además, entre ellos, alguno ejerce funciones directivas y percibe por su desempeño remuneraciones que representen más del 50% de la totalidad de sus rendimientos empresariales, profesionales y del trabajo personal.

respecto de alguno de sus socios.⁶⁶⁾

Por otra parte esta reducción del porcentaje de participación individual del sujeto en la entidad del 15 al 5% contribuye a una ampliación del ámbito de aplicación de este beneficio fiscal, al permitirse que no sea únicamente un sujeto individual el que pueda disfrutar del beneficio fiscal, sino un grupo familiar o grupo de parentesco.⁶⁷⁾

Consideramos incluso que con esta última reducción del porcentaje necesario la posibilidad de que participaciones negociadas en mercados secundarios puedan gozar de la exención se verá notablemente incrementada ya que, si bien ser titular de un 15% del capital de una sociedad admitida a cotización oficial no suele ser muy corriente, más factible parece por el contrario poder disponer al efecto de un 5%. Paradójicamente esta posibilidad real de que, a raíz de la reforma, las sociedades bursátiles puedan acceder con mayor facilidad a la exención, choca con el genuino sentido de la misma, que no es otro que favorecer la inversión empresarial en las Pymes. En todo caso, estimamos que queda puesto de manifiesto de una manera clara el componente familiar que puede llegar a caracterizar una actividad económica como una empresa familiar.

Se ha de reflexionar igualmente sobre el hecho de que con esta última rebaja del porcentaje de

participación necesario para ganar la exención operada por la Ley 51/2002, de 30 de diciembre, se posibilita que puedan acceder a la misma aquellos sujetos que en determinadas sociedades tienen un simple papel directivo, siempre que además posean la referida participación en el capital, la cual puede incluso haberse adquirido a través de una concreta fórmula de retribución. ¿Se encontraría este último supuesto dentro de los postulados sobre los que originariamente se creó esta exención? A nuestro juicio la respuesta ha de ser necesariamente negativa.

Hemos de admitir no obstante que con esta reducción de porcentaje se ha buscado, en buena medida, adaptar la exención a lo que diversas Comunidades Autónomas han venido considerando como porcentaje válido para acceder a la reducción en el ISD. Parece así configurarse en el ámbito de la fiscalidad patrimonial el porcentaje del 5% como porcentaje de referencia válido para la definición de la sociedad de cartera y, concretamente, para la consideración como bien afecto de determinados valores de cara a calificar una sociedad como patrimonial, además de como porcentaje-tipo que permita considerar una aportación no dineraria como fiscalmente protegida.

Cabe concluir esta reflexión indicando que con la reducción del porcentaje al 5% y, a diferencia de lo que sucedía con anterioridad a esta última reforma, ya no será necesario tener que interponer una concreta entidad entre el sujeto que desea gozar de la exención y la sociedad participada para poder ganar la misma.

Para el cómputo del porcentaje en cada sociedad, si hubiese varias, habrá que estar a los vínculos familiares y a los límites indicados de forma separada para cada una de ellas, por lo que podrá suceder en ocasiones que no se alcance el mínimo

⁶⁶⁾ Ciertamente tratándose de medianas o de grandes empresas y, sobre todo, de aquellas que cotizan en mercados organizados, la tenencia de un 5% del capital no solamente otorga una posición preeminente al accionista o partícipe que ostente tal cuantía, sino que podría incluso conceder a éste el control de la misma. Ahora bien, esta afirmación no resulta válida respecto de las pequeñas y medianas empresas, en las que para obtener el control suele ser necesario tener más de la mitad de las acciones o participaciones.

⁶⁷⁾ A juicio de NAVARRO EGEEA, M., *Incentivos fiscales a la pequeña y mediana empresa*, ob. cit., pág. 47, esta extensión vino además a solucionar el problema de la titularidad en el régimen económico matrimonial de gananciales.

legal exigido, ya que algunos sujetos pueden formar parte de unas u otras. Nótese por tanto que lo relevante no es acudir al mismo sujeto en todas las situaciones, sino a distintos individuos, al objeto de poder computar correctamente el volumen en el capital del grupo.

¿Resulta posible que un miembro de la unidad familiar que no posea ninguna participación en la entidad puede llegar a beneficiarse de la exención amparándose en esta segunda modalidad colectiva? De ninguna manera. Para poder beneficiarse de la exención cada sujeto pasivo debe tener al menos una participación. En caso contrario no existiría bien alguno respecto del que se pudiese declarar dicha exención.

¿Y cómo deben ser las participaciones en el capital social? Parece claro que, en principio, ha de tratarse de participaciones directas en el capital de la entidad, ya que lo que se pretende es beneficiar a aquellas pequeñas y medianas empresas en las que existe un compromiso personal y firme del propietario con su gestión, con una aportación importante en el capital de la entidad por parte de éste.

Ahora bien, ¿significa esto que no podrán computarse para alcanzar los porcentajes mínimos exigidos aquellas participaciones indirectas o que se hallan comprendidas en conceptos de carácter incierto tales como "grupos familiares de empresas", etc.? Nos encontramos ante una cuestión de carácter discutible. La duda se plantea incluso dentro del propio ámbito normativo, ya que el Reglamento, en sus arts. 4.1 y 5.2, se refiere a la necesidad de una titularidad directa por parte del sujeto pasivo sobre la participación pero sólo a efectos de poder identificar las participaciones exentas, y no de cara a regular el cálculo del porcentaje que el contribuyente debe de tener en la entidad.

En tanto en cuanto la Ley exige simplemente la tenencia de una participación, sin distinguir si la misma ha de ser directa o indirecta, podría considerarse la posibilidad de tener en cuenta estas últimas en el cálculo del porcentaje. De hecho, no sería la primera vez que legislación tributaria toma en consideración las participaciones indirectas en entidades de cara a lograr el cumplimiento de determinados requisitos. Un ejemplo lo tenemos en la antigua Ley 43/1995, reguladora del Impuesto sobre Sociedades, cuyos arts. 20 bis.1.a), 28.2 o 121.5, relativos a la exención para evitar la doble imposición económica internacional, a la deducción en cuota por doble imposición interna y a la transparencia fiscal internacional, respectivamente, resultaban de aplicación tanto a las participaciones directas como a las indirectas.

Cabe sin embargo entender que si la norma exige una titularidad directa sobre la participación, el cálculo del porcentaje habrá de referirse exclusivamente a esas participaciones. En esta misma línea se ha de apuntar que el concepto de participación del art. 4.1 del Reglamento se refiere a "titularidad en el capital", la cual no puede existir si se participa indirectamente y que, cuando el art. 5.1.a) de dicho Reglamento se refiere a la participación indirecta en entidades, establece la exención pero sólo en favor de las participaciones en la entidad intermedia.⁶⁸⁾

El criterio manifestado por la DGT en contestación a Consulta de fecha de 21 de enero de 1999 ha sido el de considerar que las participaciones en entidades han de ser directas por parte del sujeto pasivo para poder aplicar la exención, excluyendo-

⁶⁸⁾ A mayor abundamiento el concepto de participación indirecta pertenece esencialmente al ámbito del Derecho Mercantil, concretamente al campo de las relaciones societarias, resultando por tanto ajeno al significado jurídico-civil del término "participaciones" aplicado al patrimonio de los particulares.

se en consecuencia el cómputo de las participaciones indirectas.

¿Deben incluirse las llamadas "acciones en autocartera" a la hora de proceder al cálculo de los porcentajes de participación? La DGT resuelve esta cuestión negativamente en su contestación a Consulta de 2 de junio de 1997 argumentando, acertadamente a nuestro juicio, que las acciones propias representan, desde un punto de vista económico, una minoración de los fondos propios. Señala el citado Centro Directivo que "(...) En relación con las acciones en autocartera quedan en suspenso los derechos políticos, los de carácter económico, con la salvedad del derecho a la asignación gratuita de nuevas acciones (...) En cualquier caso resulta ya claro que al suspenderse el ejercicio del derecho de voto que les corresponde, se modifican las participaciones de los socios en cuanto a la formación de la voluntad social, disminuyendo la participación en el capital social necesaria para alcanzar el poder de decisión de la Junta".

Un criterio distinto es seguido sin embargo respecto de las "acciones sin voto", admitiéndose en la citada contestación a Consulta de 2 de junio de 1997 su inclusión en el volumen de los títulos sobre la base de que, aunque los derechos políticos de dichas acciones son objeto de restricción, nada impide que puedan integrarse con carácter pleno en el capital social, que es el que ha de tenerse en cuenta a efectos de la Ley del IP. En consecuencia habrán de tomarse en consideración, tanto para determinar el monto total del capital de la entidad, como para calcular la cantidad de acciones de cualquier partícipe.

Como segundo gran requisito, el titular de las participaciones ha de ejercer funciones directivas en el seno de la entidad. Al igual que sucedía con el requisito relativo al porcentaje de participación del

sujeto en el capital de la entidad, originariamente era el propio sujeto pasivo el que había de ejercer de manera efectiva funciones de dirección en el seno de la entidad. En cambio, a partir de 1997 este requisito lo puede cumplir cualquier persona integrante del grupo familiar, beneficiándose de este modo al resto del mismo, que tendrá así derecho pleno a dicha exención.

Es el art. 5.1.d) del Reglamento el que determina que cargos integran estas funciones de dirección. Son los de Presidente, Director General, Gerente, Administrador, Directores de Departamento, Consejeros y miembros del Consejo de Administración u órgano de administración equivalente. En todo caso el desempeño de cualquiera de estos cargos debe implicar una efectiva intervención en las decisiones de la empresa.⁶⁹⁾

A la luz de lo dispuesto en el citado precepto parece claro que se ha de acreditar, por cualquier medio admitido en derecho, la vinculación al cargo directivo que efectivamente corresponda. ¿Basta con la presentación del contrato o nombramiento al que se refiere la norma para acreditar suficientemente dicho ejercicio efectivo de funciones de dirección? Consideramos que la respuesta ha de ser en todo caso negativa ya que, de acuerdo con lo dispuesto en el precepto, el nombramiento equivale simplemente a función de dirección, de modo que el ejercicio efectivo habrá de ser probado separadamente. En caso contrario carecería de sentido la especial intensidad con la que, tanto la Ley como el Reglamento, vienen exigiendo este ejercicio

⁶⁹⁾ Esta enumeración no presenta un carácter cerrado, tal y como se desprende de la utilización de la expresión "se considerarán", de manera que podrán tenerse en cuenta otros cargos que determinen una efectiva intervención en las decisiones de la empresa.

efectivo.

El sujeto pasivo debe tener una actuación que implique una efectiva intervención en las decisiones, lo que no obsta sin embargo a que se tenga que comprobar en cada caso concreto el correcto cumplimiento de este requisito, evitando así conductas defraudatorias.⁷⁰⁾

Ha de quedar bien claro en consecuencia que no existe ninguna presunción de ejercicio efectivo por el simple hecho de acreditar como prueba el correspondiente contrato o nombramiento. Lo que sucede en la práctica es que, ante la dificultad de prueba que plantea para el sujeto pasivo la demostración de dicho ejercicio efectivo, el grado de exigencia por parte de la Administración tiende a reducirse. Pero, en cualquier caso, el sentido teleológico del precepto impide que se pueda identificar el simple nombramiento con un efectivo ejercicio de las funciones directivas.⁷¹⁾

Ni que decir tiene que en el supuesto de que se hubiesen dejado de realizar funciones de dirección con anterioridad a la fecha de devengo del Impuesto (31 de diciembre de cada año) no se tendría de-

⁷⁰⁾ Véase en este sentido REPISO LÓPEZ, F. y GUTIÉRREZ BENGOCHEA, M., "Exención en el Impuesto sobre el Patrimonio de las actividades económicas y de las participaciones en las entidades", en CT, núm. 99, 2001, pág. 95, para quienes se establece una doble carga de la prueba hacia el sujeto pasivo, de manera tal que "En primer lugar tendrá que acreditar que existe un respaldo jurídico a su status laboral y, posteriormente, que los emolumentos que percibe por el ejercicio de tales cargos no responden a una mera transferencia económica encubriendo una inactividad jurídica (...) es decir se exige una intervención efectiva en las decisiones de la empresa".

⁷¹⁾ CHECA GONZÁLEZ, C., "La empresa familiar en nuestro ordenamiento tributario", ob. cit., pág. 165, entiende por ejemplo que "Ningún obstáculo jurídico parece que deba existir para dotar del mismo rango que a las personas expresamente citadas a aquellos Apoderados de entidades que dispongan de un muy amplio repertorio de poderes a su favor otorgados por los respectivos Consejos de Administración de las mismas".

recho al beneficio fiscal.⁷²⁾

Finalmente, por las funciones de dirección ejercidas en la entidad el sujeto pasivo debe percibir una remuneración que represente más del 50% de la totalidad de sus rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal.⁷³⁾

Puede llegar a producirse la circunstancia de que un mismo sujeto pasivo participe directa y simultáneamente en varias entidades, reuniendo cada una de dichas participaciones el conjunto de requisitos anteriormente señalados para obtener la exención. ¿Cómo debe llevarse a cabo entonces el cumplimiento de este último requisito?

Al amparo de lo establecido en el art. 5.2 del Real Decreto 1704/1999, habrá de realizarse de forma separada para cada una de las entidades participadas. Significa ello por tanto que no se computarán para el cálculo del porcentaje que representa la remuneración por las funciones de dirección ejercidas en cada una de las entidades participa-

⁷²⁾ Esta circunstancia puede llegar a plantear problemas en la práctica en relación, por ejemplo, con la jubilación de un directivo de una entidad. Desde nuestro punto de vista, si se finaliza de modo efectivo en el desempeño de las labores de dirección con anterioridad a la fecha del devengo del IP, no podrá obtenerse esta exoneración de gravamen. Y ello con independencia de que el legislador permita que esta condición de la dirección efectiva pueda cumplirse con uno sólo de los integrantes de un grupo de parentesco.

⁷³⁾ Durante la tramitación parlamentaria de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, el Grupo Parlamentario de Convergencia i Unió presentó una Enmienda en el Senado (núm. 321) con el objeto de eliminar este requisito relativo a la percepción de remuneraciones, por entender que tal circunstancia provocaba situaciones contradictorias en base a la vinculación de la exención con la reducción del 95% establecida en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. En efecto, piénsese que la exención no podría ser aplicada a personas menores de edad, jubiladas o incapacitadas ya que las mismas, o bien no pueden percibir remuneración alguna, o bien se ven perjudicadas por el hecho de percibirla. Precisaba además dicha Enmienda que se podría llegar a entorpecer la sucesión de empresas familiares en la medida en que, dejando funciones directivas en manos de las personas de mayor edad, se obtuvieran ventajas fiscales importantes.

das, respecto de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y del trabajo personal, los rendimientos derivados de las funciones de dirección en las otras entidades.

Se está suponiendo así que el total de rentas obtenidas es individual en relación con cada sociedad, simulándose que se tiene parte de capital en una, nada más, y procediéndose de igual modo para las restantes. Este criterio es inverso al adoptado para la exención en empresas individuales, ya que en éstas se admite la suma de la totalidad de rendimientos obtenidos de las que se fuera titular, mientras que en el caso de participación en entidades lo que se hace es separar cada una de las que se tengan, no permitiéndose la adición de las rentas derivadas de las funciones de dirección en ellas.

En el supuesto de que las sociedades en cuestión estuviesen vinculadas entre sí, pudiendo incluso dar lugar a la formación de un grupo de sociedades, ¿cómo habría que interpretar los requisitos relativos a que la entidad desempeñe una efectiva actividad empresarial y a que la titularidad de las participaciones corresponda directamente al sujeto pasivo?⁷⁴⁾

En relación con el "efectivo desarrollo de una actividad" sabemos ya que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 5 del RD 1704/1999, no puede tenerse por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario si no se reúnen las condiciones necesarias para que la entidad pueda ser considerada como aquélla en las que más de la mitad de su activo está constituido por valores

o si constituye una sociedad patrimonial.

Creemos por tanto que la previsión legal contenida en el art. 61 del TRLIS clarifica la aplicación de la exención a las participaciones en una sociedad *holding* ya que, si efectivamente se desarrolla en ellas una actividad empresarial y se cumplen el conjunto de requisitos establecidos en el citado precepto, podrá disfrutarse del beneficio fiscal.⁷⁵⁾

Pero debe quedar claro que la interposición de entidades no puede comportar una extensión de la exención del IP a bienes o derechos no afectos al ejercicio de actividad económica alguna. Para que pueda haber exención debe producirse la consiguiente afectación del elemento al desarrollo de la actividad económica, tanto si se trata de bienes directamente poseídos por la sociedad cuyas participaciones estén exentas como si nos hallamos ante elementos que son propiedad de una sociedad que, a su vez, es propiedad de otra que determina la exención de sus participaciones.

En cambio, si la entidad fuese considerada en régimen de sociedades patrimoniales, los sujetos pasivos no podrían acudir a la exención. Es precisamente en este punto donde se plantea la cuestión relativa a la procedencia de acudir a fórmulas de participación indirecta en otras entidades, ante lo cual debemos insistir en que únicamente se permite participar en otras entidades a través de una titularidad directa por parte de un sujeto pasivo persona física o, como medio de extensión de dicha titularidad directa, a través de una sociedad matriz en un grupo

⁷⁴⁾ Es esta una posibilidad a la que pueden acudir las empresas de carácter familiar, articulándose a través de una sociedad *holding*. Dicha sociedad *holding* familiar se caracterizaría por el que hecho de sus socios son las personas físicas integrantes de la familia y titulares de las acciones o participaciones de las entidades que conforman el grupo familiar.

⁷⁵⁾ El citado art. 61 del TRLIS excluye de la definición de valores, descartando la calificación de patrimoniales para las entidades que dispongan de los mismos, a aquellos que otorguen, al menos, el 5% de los derechos de voto y que se posean con la finalidad de dirigir y gestionar la participación, debiendo contar con la correspondiente organización de medios materiales y personales, siempre que la entidad no sea también patrimonial.

de sociedades vinculadas, siempre que en la misma se ejerzan las funciones directivas y se obtenga la remuneración exigidos como requisitos.⁷⁶⁾

Estimamos en consecuencia que, existiendo un grupo de sociedades, la exención podrá alcanzar a la participación de los titulares en la entidad matriz, siempre y cuando se cumplan el conjunto de condicionantes a que hemos hecho referencia.

Obsérvese por otra parte como, a la hora de precisar la naturaleza de los rendimientos, el texto de la Ley se refiere a los de carácter empresarial, profesional o del trabajo personal. Este criterio contrasta con el recogido en el desarrollo reglamentario, en el que se alude a los rendimientos de actividades económicas y de trabajo personal. Es esta una diferenciación que podría llegar a plantear diversos problemas, ya que entre las actividades económicas se encuentran algunas que no tienen la consideración de empresariales ni de profesionales, como sucede por ejemplo con las artísticas o deportivas.⁷⁷⁾

Téngase presente además la diferencia de trato que se origina en este punto entre las empresas individuales y aquéllas que adquieren forma societaria;

⁷⁶⁾ Cuestión distinta será, como es lógico, el que la específica labor de dirección que debe llevar a cabo uno de los integrantes del grupo familiar persona física tenga que producirse necesariamente en la empresa matriz.

⁷⁷⁾ El Tribunal Supremo confirmó este criterio en su Sentencia de 19 de junio de 1996. Dicho criterio había sido establecido por el art. 5.2 del RD 248/1994, siendo objeto de impugnación ante dicho Tribunal. A juicio del Tribunal la regla ha de enmarcarse "dentro de la remisión reglamentaria para determinar las condiciones que han de reunir las participaciones en entidades (...) constituye por tanto la típica norma reglamentaria que desarrolla pormenorizadamente el precepto legal, sin extralimitar su contenido". Este mismo criterio queda recogido en el art. 5.2 del actual RD 1704/1999. Por otra parte, y de conformidad con lo dispuesto por la DGT en contestación a Consulta de 12 de enero de 1996, se han de entender incluidas dentro del concepto de rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal a las pensiones de jubilación.

mientras en relación con las primeras se exige que constituyan la principal fuente de renta del sujeto pasivo, en las participaciones en entidades tan sólo deben ser contabilizados los de actividades económicas y del trabajo circunstancia que, sin lugar a dudas, favorece a estas últimas.

La remuneración percibida por el ejercicio de funciones directivas no ha de ser comparada con la totalidad de la base imponible del contribuyente, a diferencia de lo que sucedía con la exención relativa al negocio individual sino, por el contrario, con el 50% de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal. De este modo podría resultar más gravoso conseguir la exención en el supuesto de empresas individuales que en el de participaciones en entidades, en tanto en cuanto la base a computar es inferior en este segundo caso, siendo más fácil de alcanzar la cuantía del 50% de la misma.

¿Deben tenerse en cuenta a efectos del cálculo de los citados rendimientos las pérdidas o los rendimientos de carácter negativo? Esta opción permitiría minorar de forma sustancial la base para efectuar dicha operación. Pues bien la DGT ha respondido a esta cuestión de manera afirmativa, fundamentándose en la relación de complementariedad que, como es sabido, existe entre el IP y el IRPF⁷⁸⁾. En consecuencia, deberá procederse a realizar una suma algebraica de la totalidad de los rendimientos en cuestión, ya sean estos positivos o negativos.

Obsérvese que quedan excluidos los rendimientos del capital mobiliario. La finalidad de la exclusión de los dividendos (que constituyen el sistema principal de retribución de estos partícipes) no es

⁷⁸⁾ Véase a este respecto Consulta de 2 de junio de 1997.

otra que potenciar el acceso a la exención.

Entre los rendimientos percibidos por el desarrollo de labores de dirección no deben incluirse las retribuciones del trabajo percibidas por el sujeto pasivo en base a tareas distintas a las directivas, ni tampoco las percibidas en atención a su condición socio, accionista o asociado, las cuales constituyen rendimientos del capital mobiliario, tal y como establece el art. 23.1 del TRLIRPF.⁷⁹⁾

Ninguna trascendencia tiene a este respecto el tipo de retención que sobre dichos rendimientos corresponda al sujeto pasivo o el régimen de la Seguridad Social aplicable. Es independiente el tipo de retención que sobre tales rendimientos se pueda aplicar, dado que lo que resulta directamente exigible es el ejercicio real de tareas directivas.

Finalmente tampoco han de computarse aquellos rendimientos derivados de actividades cuyos bienes y derechos afectos gocen de exención. La ampliación del ámbito de aplicación de la exención de participaciones en entidades que se logra con esta medida resulta considerable.⁸⁰⁾

En el supuesto de que el contribuyente no ejerza

labores reales de dirección pero perciba una determinada remuneración derivada del simple hecho del nombramiento, de unos servicios prestados, de la representatividad de su cargo o de la responsabilidad que de este último pueda llegar a derivarse, creemos que faltará en todo caso el ejercicio efectivo de la función correspondiente, por lo que tal retribución no cumpliría el requisito establecido en la norma.

Al igual que sucedía con el requisito anterior, tras la reforma operada por la Ley de Medidas 13/1996, de 30 de diciembre, es suficiente con que este requisito lo cumpla cualquier miembro integrante de la unidad familiar. Tal y como ha señalado MUÑOZ DEL CASTILLO⁸¹⁾, con esta previsión legal se está primando de manera efectiva y notoria a las empresas de carácter familiar, siendo suficiente con que se respeten las indicadas exigencias por uno de los familiares para que todos disfruten del beneficio fiscal. En palabras del citado autor, *"Parece que el legislador pretende que en las sociedades familiares los requisitos se cumplan, no en relación con una persona concreta, sino con el grupo familiar (...)"*.

Ahora bien, dicho miembro habrá de ser el mismo que el que ejerce las funciones de dirección en la entidad, si se quiere que todo el grupo tenga derecho a la exención. Y asimismo será necesario que la persona que desempeñe las citadas funciones de dirección y que obtenga los rendimientos tenga un mínimo de participación en el capital de la entidad y en el porcentaje preciso para que entre todo el grupo de parentesco se alcance el 20%. De no tener parte en la sociedad ninguno de los familiares podrá disfrutar de la exención.

⁷⁹⁾ En relación con la necesidad de que la remuneración por funciones directivas deba constar o no de forma separada respecto de otro tipo de retribuciones percibidas, a efectos de su justificación, habiendo sido obtenidas ambas de una misma entidad, véase lo dispuesto por la DGT en contestación a Consulta de 16 de abril de 2001, a cuyo tenor "Es indudable que la acreditación del cumplimiento del requisito para la exención quedaría mejor servida con su consignación separada en la nómina en la que se reflejan las otras remuneraciones del directivo, pero sin que de los textos legal y reglamentario que regulan la exención en el impuesto patrimonial resulte que haya de ser así como un requisito para acceder a la misma".

⁸⁰⁾ Recuérdese que esta novedad se produce a partir del 1 de enero de 1998 como consecuencia de la modificación operada en el apartado octavo del art. 4 de la Ley 19/1991 por el art. 3 de la Ley de Medidas 66/1997, de 30 de diciembre.

⁸¹⁾ MUÑOZ DEL CASTILLO, J. L., "La exención en el Impuesto sobre el Patrimonio de las participaciones en sociedades", *ob. cit.*, pág. 99.

IV. CRITERIOS A SEGUIR PARA LA DETERMINACIÓN DEL IMPORTE OBJETO DE EXENCIÓN.

El hecho de que queden cumplidos la totalidad de los requisitos analizados con anterioridad no determina que la exención alcance al valor total de las participaciones. Ésta sólo tendrá lugar en la medida en que los activos de la entidad estén afectos al ejercicio de la correspondiente actividad económica. Para ello el cálculo del porcentaje de exoneración habrá de realizarse multiplicando por 100 el cociente resultante de dividir el conjunto de activos afectos menos las deudas inherentes a la actividad entre el valor total del patrimonio neto de la entidad ⁸²⁾. Por tanto, tenemos que:

$$\% \text{ de exoneración} = \frac{\text{Activos afectos} - \text{Deudas de la actividad}}{\text{Valor total patrimonio neto de la entidad}} \times 100$$

Lo primero que se ha de realizar es cuantificar las participaciones que pueden llegar a beneficiarse de esta medida, así como determinar los activos necesarios para la actividad y deducir de dichos activos las deudas de la misma. Una vez efectuadas estas operaciones será cuando se proceda a valorar la totalidad del patrimonio neto de la entidad, a hallar la proporción existente entre los activos necesarios menos las deudas y el patrimonio neto y a aplicar el coeficiente de la proporción indicada sobre el valor de las participaciones, de cara a poder conocer la cuantía concreta de la exención.

Se pretende así garantizar que la exención se proyecte justamente sobre los elementos patrimoniales afectos a la actividad económica que cumplan las exigencias legales a través de un mecanismo que permita precisar la parte del patrimonio de la entidad necesaria para el ejercicio de la actividad.

⁸²⁾ Así lo estableció el art. 6 del RD 2481/1994, el cual fue sustituido con posterioridad por el art. 6 del RD 1704/1999.

Lógicamente, el valor de los activos y de las deudas será el derivado de la contabilidad, que debe reflejar fielmente la verdadera situación patrimonial de la entidad. Y, en defecto de contabilidad, la determinación de dichos valores deberá efectuarse de acuerdo con los criterios establecidos en el propio Impuesto sobre el Patrimonio ⁸³⁾.

Aquellos elementos que se encuentren cedidos a personas o entidades vinculadas directa o indirectamente con la entidad participada no podrán en ningún caso considerarse como afectos a la actividad económica, al igual que sucede con los destinados de modo exclusivo al uso particular del contribuyente titular de la participación. Sucede sin embargo que el apartado 4º del art. 6 del RD 2481/1994 (precepto que establece las anteriores consideraciones) dejó de tener expresa vigencia a partir de la entrada en vigor del RD 1704/1999, el cual no contiene ninguna disposición a este respecto. ¿Hemos de considerar derogado tácitamente el referido precepto y, en consecuencia, que sus disposiciones quedan actualmente sin efecto? A nuestro juicio el mandato del precepto sigue vigente. De hecho la propia DGT así lo consideró en contestación a Consulta de 10 de noviembre de 1999.

A la hora de determinar si un elemento patrimonial se halla o no afecto a una concreta actividad económica se ha de acudir a la normativa del IRPF y no a la normativa del IS, como sucedía anteriormente. Así, tienen la consideración de bienes afectos: los bienes inmuebles en los que se desarrolla la actividad; los bienes destinados a servicios económicos y socioculturales del personal al servicio de la entidad ⁸⁴⁾ y aquellos otros elementos necesarios

⁸³⁾ Así lo establece el art. 6 del RD 1704/1999.

⁸⁴⁾ Quedan excluidos por tanto los bienes de esparcimiento y recreo o de uso particular del titular de la actividad.

para la obtención de rendimientos, excluidos los activos representativos de la participación en fondos propios de entidades y de cesión a terceros de capitales propios.

Deben efectuarse no obstante un conjunto de precisiones de cara a determinar la afección de un elemento patrimonial a la actividad económica. En primer lugar, aún cuando en el ámbito del IRPF no puedan considerarse afectos a la actividad económica los activos representativos de la participación en fondos propios de entidades y de la cesión a terceros de capitales propios, a efectos del IP sí que pueden acogerse a la exención dichos activos por encontrarse afectos.

En relación con la valoración, al objeto de proceder a la aplicación de la exención de aquellas participaciones cotizadas que se encuentren afectas (a la que se refiere el apartado 1º del art. 6 del Reglamento) se plantea el dilema de cómo debe realizarse su valoración, si de conformidad con lo dispuesto por el art. 15 de la Ley 19/1991 (el cual establece la norma de valoración de las participaciones en entidades cotizadas), o de acuerdo con lo señalado por el art. 16 de dicha Ley, que remite al art. 6.1 del Reglamento, previsto como es sabido para las no cotizadas.

De nuevo la DGT estableció un criterio interpretativo al respecto, señalando en contestación a Consulta de 8 de octubre de 1998 que cuando en el balance de una sociedad cotizada constan elementos no afectos, el porcentaje de valor que representan los activos afectos se ha de calcular sobre el valor teórico de las acciones y no sobre su cotización media del cuarto trimestre que constituye, como es sabido, la norma general de valoración de este tipo de participaciones.

En consecuencia, existiendo la obligación de

que todas las sociedades cotizadas se encuentren auditadas, habrá de ser este criterio de valoración el que haya de considerarse, lo que significa que la participación en las entidades que cotizan en mercados organizados está exenta hasta el importe que resulta de aplicar los criterios del artículo 16.Uno y por tanto, si el valor de cotización resultase ser superior a dicho resultado, el exceso no quedaría exento.⁸⁵⁾

En realidad basta una mera interpretación sistemática del art. 4.Ocho.Dos de la Ley del IP y del art. 6.1 del Real Decreto 1704/1999 para constatar que ambos preceptos se están refiriendo al citado art. 16.Uno. Y, dado que este Real Decreto se

85) Señala concretamente la DGT en la contestación a esta Consulta no vinculante de 8 de octubre de 1998 que "Dado que tratándose de sociedades cotizadas se habrá producido siempre la revisión por auditores de cuentas del último balance aprobado, la aplicación del primer párrafo del art. 16.Uno de la Ley, según resulta del literal del art. 4.Ocho.Dos llevará consigo que, a efectos de la exención, las participaciones cotizadas se valoren por el valor teórico del balance. En el caso de participaciones no cotizadas, y siguiendo el mismo tenor literal del precepto, su valoración se ajustará al mismo valor -en el supuesto de revisión por auditores de cuentas- o, en caso contrario, por el resultante conforme a la regla que establece el segundo párrafo del art. 16.Uno (...) carecería de sentido aplicar reglas valorativas distintas a los elementos no afectos a la actividad y a los que sí lo están si para estos últimos se tuviese en cuenta un criterio fluctuante de mercado como es el valor de negociación". En consecuencia a juicio de la DGT existe una única regla de valoración aplicable indistintamente a unas participaciones y a otras, que pretende dar a las mismas un tratamiento homogéneo, tanto en su valoración como en la determinación del valor de los elementos no afectos a la actividad. El problema no radica en que, tratándose de participaciones cotizadas, el valor teórico pudiese resultar inferior al valor de cotización o que pudiera llegar a darse el caso contrario sino que, al pretender la ley que el valor de las participaciones en la declaración del titular resulte lo más homogénea posible con independencia de su cotización o no, ello da lugar a que se tome en consideración (de haberse producido revisión por auditores de cuentas) el valor teórico de dicho balance, determinándose conforme a dicho valor el porcentaje de los activos que están o no afectos a la actividad. En un sentido contrario se pronuncian POZUELO ANTONI, F., "Las exenciones en el Impuesto sobre el Patrimonio relativas a la empresa individual y a determinadas participaciones", ob. cit., pág. 88 y AGUSTÍN TORRES, C., Beneficios fiscales en la tenencia y transmisión de las empresas, ob. cit., pág. 35, quienes entienden que la mención del art. 16.Uno sólo es de aplicación para aquellos valores que no se negocien en mercados organizados, debiendo acudir a las reglas generales para los que sí coticen.

aprobó con posterioridad a la modificación legislativa que introdujo la exención para los valores cotizados, no parece que se haya querido incluir una regla de cuantificación de carácter diferente.

En segundo lugar, tal y como señalamos anteriormente, no tienen la consideración de elementos afectos los cedidos por precio inferior al de mercado a personas o entidades que se hallen vinculadas a tenor de lo establecido por el art. 16 de la LIS; por tanto, siempre que dichos elementos se arrienden a entidades vinculadas por un precio no inferior al de mercado podrán adquirir la consideración de afectos. Finalmente, tampoco podrán tener la consideración de elementos afectos los destinados exclusivamente a uso personal del sujeto pasivo, de su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, ya sea el parentesco de consanguinidad, afinidad o adopción.

V. RESTANTES NORMAS QUE DEBEN SER OBSERVADAS PARA LA APLICACIÓN DE LA EXENCIÓN.

Básicamente son tres las normas complementarias que han de ser tenidas en cuenta para poder articular la aplicación de esta exención prevista en el IP para las participaciones en entidades.

En primer lugar, debe tenerse bien presente que los requisitos y condiciones necesarios para su aplicación han de producirse en el momento del devengo del Impuesto, esto es, a 31 de diciembre del año que corresponda. Así lo establecen los artículos 7 del Real Decreto 2481/1994 y 8 del Real Decreto 1704/1999.

En segundo término, cabe la posibilidad de que el titular de las participaciones en entidades resulte ser menor de edad o se halle incapacitado. Pensemos por ejemplo en un supuesto de adquisición *mortis causa* por parte de estas personas de aquéllas. En estos casos, cuando sean sus representantes los que lleven a cabo el ejercicio de las funciones de dirección, se entenderán cumplidos los requisitos necesarios para la exención relativos a la tenencia de las participaciones en entidades.

Finalmente, la función de control desempeñada por el Impuesto sobre el Patrimonio exige que, con independencia de la aplicación de esta exención, las participaciones en entidades o la parte del valor de las mismas igualmente exentas, deban hacerse constar expresamente en la declaración del sujeto pasivo por el IP⁸⁶⁾. Nos encontramos ante una obligación de carácter formal establecida en el artículo 9 del Real Decreto 1704/1999, cuyo incumplimiento constituye infracción tributaria simple sancionable con arreglo a la Ley General Tributaria.⁸⁷⁾

⁸⁶⁾ Así por ejemplo, y tal como declaró la DGT en contestación a Consulta de 21 de febrero de 2000, los inmuebles afectos a una actividad empresarial que resulte exenta de conformidad con lo dispuesto por el art. 4.Ocho.Uno de la Ley, deben ser declarados por el valor que resulte procedente (ya sea el catastral, el comprobado, etc.), a pesar de que ese valor, junto con el de los demás bienes, derechos y deudas afectos a la actividad, no resulte computado a efectos de determinar la base imponible por el impuesto.

⁸⁷⁾ Véase MUÑOZ DEL CASTILLO, J. L., "La exención en el Impuesto sobre el Patrimonio de las participaciones en sociedades", *ob. cit.*, pág. 101, quien señala, refiriéndose al art. 8 del RD 2481/1994, de 23 de diciembre, que "Se impone a los sujetos pasivos el deber de consignar en la declaración del Impuesto sobre el Patrimonio las participaciones exentas así como el valor de las mismas que queda exento. Entiendo que el incumplimiento de este deber no puede conllevar la pérdida de la exención; cumpliendo el resto de requisitos constituiría, a lo sumo, una infracción simple".