

TRIBUTACIÓN	EL PRINCIPIO DE EQUIDAD Y LA DESUSTANCIACIÓN DE LOS BENEFICIOS FISCALES A FAVOR DE LA EMPRESA (I): EN EL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO	Núm. 18/2002
--------------------	--	-------------------------

FRANCISCO DE ASÍS POZUELO ANTONI

Inspector de Hacienda del Estado

Extracto:

A lo largo de dos trabajos se analizan los beneficios que para la empresa establecen tanto el Impuesto sobre el Patrimonio como el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

La perspectiva que sobre los mismos se adopta es la derivada del principio de igualdad para determinar si la exención y/o la reducción sobre tal tipo de bienes supone un beneficio arbitrario o plenamente justificado.

En este primer trabajo –dedicado a la exención del Impuesto sobre el Patrimonio– se estudian separadamente la exención para la empresa individual y la relativa a las participaciones.

Dentro de la primera se hace especial hincapié en el arrendamiento inmobiliario que, conforme a la legislación del IRPF, puede constituir actividad económica.

Sin embargo, la parte central del trabajo se dedica a la exención de las participaciones con especial atención a las estructuras *holding* y las participaciones indirectas en varias sociedades.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. La exención de la empresa individual.
- III. El caso concreto del alquiler de inmuebles como actividad económica.
- IV. La exención de las participaciones: la «fractura» entre el elemento objetivo del hecho imponible y el elemento objetivo de la exención.
- V. Los dos niveles de definición del beneficio para las participaciones en el Impuesto sobre el Patrimonio: requisitos de acceso a la exención e importe de la exención.
- VI. Requisitos para el acceso a la exención.
 1. Requisitos que debe cumplir la entidad.
 2. Requisitos que debe cumplir el sujeto pasivo.
- VII. Importe de la exención. Análisis del artículo 6 RIP.
- VIII. Las estructuras *holding*.
- IX. Situaciones en que la normativa propicia (de un modo implícito) un trato de favor de las estructuras *holding* aparentemente ajeno a su sentido y finalidad.
 1. Caso de que la entidad matriz no reúna las condiciones para que sus participaciones estén exentas.
 2. Interposición de *holding* para eludir el límite del porcentaje de participación en el patrimonio de una entidad.
 3. La insuficiencia de la remisión a la LIS.
 4. La burla de la finalidad del artículo 6.1 RIP.
- X. Criterios alternativos que proponemos.
- XI. La transparencia fiscal sobrevenida.
- XII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El estudio de los beneficios fiscales a favor del patrimonio empresarial (exención en el Impuesto sobre el Patrimonio, en adelante IP, y bonificación de un 95% en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en adelante ISD) puede abordarse, como el de cualquier otra ventaja fiscal, desde múltiples –y en buena medida inseparables– perspectivas.

La visión estrictamente técnica ¹ no se agota en sí misma, sino que permite el salto a nuevas orientaciones. Tratándose de beneficios fiscales, esas posibilidades son, al menos, las del estudio del impacto recaudatorio, las de la evaluación del cumplimiento de sus fines, y la del respeto a los principios rectores del ordenamiento tributario, señaladamente el principio de igualdad. Este abanico de opciones debe aderezarse, además, con la circunstancia de estar tratando con impuestos cedidos a las CCAA.

El impacto presupuestario se traduce en una disminución de ingresos para las CCAA recaudadoras de tales impuestos. Más allá de la perogrullada, se hace esta observación por no acabar de compartir el argumento que explica que los sujetos activos de estos tributos ven «compensada» su merma recaudatoria con los ingresos fiscales y la actividad económica que generan las empresas beneficiadas por estos alivios fiscales. Bien es cierto que el no compartir tal argumentación nace de la ignorancia. De la personal ignorancia de no entender completamente cómo puede aplicarse a un impuesto unos esquemas cuasicontractuales (que parecen tomados del romano «facio ut facies»), cómo puede cuantificarse tal «contraprestación» (¿estaremos ante un híbrido de impuesto-tasa?), cómo la generación de ingresos en IVA o en el Impuesto sobre Sociedades revierte en las CCAA (más allá de la muy indirecta contemplación de la Participación en los Ingresos del Estado con que se financian) y cómo, no estando condicionados los beneficios a que la empresa esté situada en la

¹ Que ya abordamos en trabajos anteriores: «Las exenciones en el Impuesto sobre el Patrimonio relativas a la empresa individual y a determinadas participaciones» en *Revista de Contabilidad y Tributación (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros n.º 170 y «Las nuevas reducciones del Impuesto sobre sucesiones y Donaciones» en *Revista de Contabilidad y Tributación (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros n.º 172.

Comunidad Autónoma en la que se tributa por el IP o el ISD, se da la «reversión» económica o tributaria que se opone a la disminución de ingresos. La congruente conclusión de sumar tales dudas es el abandono de esta perspectiva con el único apunte de que la minoración ² de ingresos en el IP se sitúa anualmente entre el 15 y el 20%.

El análisis del cumplimiento de los fines perseguidos por la norma también presenta alguna dificultad de valoración. Supuesto que el fin no es la mera satisfacción de los beneficiados (que en todo caso dependerá de cada uno, pero que con una exención y una bonificación del 95% es presumible un cierto grado de conformidad), la finalidad residiría, previo aligeramiento de los costes tributarios y sin grave lesión de la justicia tributaria, en el mantenimiento de la actividad por parte de la empresa. Por depender la supervivencia de las empresas de variables independientes al propio beneficio fiscal, y por la dificultad de cuantificar el número de empresas mantenidas gracias a este apoyo, se descarta también esta visión de la normativa. Todo ello sin perjuicio de valorar, contemplando un universo más amplio de contribuyentes (esto es, incluyendo a los que no gozan de los beneficios), si supone una mayor justicia tributaria o al menos no se la lesiona gravemente.

Finalmente será la comparación con los principios constitucionales la visión predominante, adoptando la perspectiva más ajustada posible al análisis técnico. Este enfoque permite calibrar, a quienes sitúen la esencia de todo beneficio en el respeto a la igualdad, si su sentido se ha desvirtuado quedando gravemente desvirtuado.

Sin embargo, por lo que pudiera tener de exceso de tal análisis jurídico, debe dejarse dicho que la protección de las empresas, y especialmente, del fenómeno sucesorio en ellas, en ningún momento se pone en tela de juicio. Primero por responder a una actuación de las Cortes Generales y tener cómoda cabida en la Constitución. Y después, por parecer razonable y deseable.

Desde la perspectiva constitucional, tanto el artículo 14 como el 31 de la CE aluden al principio de igualdad como un derecho fundamental. La relación entre ambos preceptos –y al margen del distinto significado procesal que pueda tener la invocación de uno u otro– la ha ido perfilando la jurisprudencia a través de una uniforme línea de pronunciamientos.

Aunque por obvia no ha merecido especial atención jurisprudencial ³, debe reflejarse, como la más elemental y primera precisión, que el artículo 31 tiene un ámbito de eficacia– el ordenamiento tributario– más estrecho que el del artículo 14.

² Los datos son de la Comunidad Autónoma de Aragón aunque parecen exportables a la mayor parte del resto de Comunidades. Por no tratarse de un impuesto periódico y por responder a otro tipo de hecho imponible, los datos anuales del ISD son menos significativos. Lo cual no quiere decir que supongan un menor porcentaje ni que, en términos absolutos, la merma sea menor. Basta que en un año se dé el fallecimiento de una persona con un patrimonio «notable» para que la merma recaudatoria en el impuesto sea significativa e incluso superior a la del IP.

³ Aunque sí hay SSTC que califican el artículo 31 como especificación del artículo 14: SSTC 209/1988, de 10 de noviembre y 134/1996, de 22 de julio.

Más decisiva es la distinción que el TC perfila en función de cuál sea el motivo de la desigualdad. Y así, en varias sentencias ⁴, deja establecido que el trato desigual por razones subjetivas lo impide el artículo 14 mientras que las desigualdades de índole objetivo son las que prohíbe el artículo 31.

Situados con esta delimitación, previo rechazo de plano de la idea de desigualdad subjetiva ⁵, en la esfera del artículo ⁶ 31 hay una última enseñanza que deducir del acervo jurisprudencial sobre esta cuestión. En prácticamente todas las SSTC, el principio de igualdad se presenta como íntima e indisolublemente ligado al resto de principios rectores del ordenamiento tributario. Es suficientemente expresiva la STC de 10 de noviembre de 1988 al disponer que: *La igualdad ante la ley... resulta, pues, indisociable de los principios (generalidad, capacidad, justicia y progresividad...) que se enuncian ... en el artículo 31. De este nudo de principios, que será clave en nuestro análisis, llega incluso a establecer (así STC 54/93) un matiz cualitativamente diferenciador entre los términos de los dos preceptos constitucionales.*

Esa superposición de principios, por otro lado, modula (mejor, concreta) en el ámbito tributario el principio de igualdad, pudiendo afirmarse que junto al axioma clásico de interpretar la igualdad como la interdicción de trato desigual a lo que es igual, hay que aceptar el que se podrá identificar un trato desigual cuando exista una diferenciación que atente a los principios de generalidad, justicia, progresividad y, especialmente, al de capacidad contributiva.

Esta urdimbre de principios tiene, finalmente, la ventaja de evitar diseccionar cada uno de ellos (tarea nada fácil) y permitir, en un precepto que parece formado por el legislador constituyente a golpe de acumulación, un cómodo tránsito entre principios, favorecedor de los pronunciamientos judiciales o administrativos.

El referir estos comentarios, desde la perspectiva de la equidad, a unos beneficios fiscales instrumentados como exención o figuras afines (pues por tal ha de tenerse una bonificación del 95%), exige una pronta advertencia. Es inevitable que un tal beneficio arrastre un trato desigual. Por tanto, lo que interesa no es si tal desigualdad existe –lo que se constata con la simple lectura de la norma– sino si tal desigualdad (STC de 22-7-1996, entre otras), desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carece de justificación objetiva y razonable o resulta desproporcionada en relación con dicha justificación.

⁴ SSTC 159/97; 183/97; 55/98; 71/98; 36/99; 84/99; 200/99 o, entre otras, la 46/00.

⁵ Al valorar normas favorecedoras de la sucesión empresarial, rozaría lo abominable el pensar que lo querido ha sido discriminar a quien no es empresario o profesional.

⁶ Artículo 31.1 CE: «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.»

Y ésa va a ser la ruta de este trabajo: decidir si el patrimonio empresarial tenido o adquirido es término homogéneamente comparable con el patrimonio no afecto, y de darse tal equiparabilidad, pronunciarse sobre si su mejor trato responde a una justificación objetiva y razonablemente proporcionada.

El estudio que inmediatamente se inicia no quedaría completo si, ignorando la aplicación práctica de cada impuesto, se limitara su ámbito al tenor de la norma. La extensión que se hará a los criterios administrativos de aplicación de los beneficios fiscales responde a dos tipos de circunstancias.

En primer lugar a que un dictamen de constitucionalidad ha de tener presente tanto la dicción legal del precepto enjuiciado como su interpretación administrativa o judicial. Y aunque no sea tan alto nuestro propósito, no parece mala guía de actuación la que las normas reguladoras de los procedimientos constitucionales establecen.

En segundo lugar debe tenerse presente que, conforme al carácter del impuesto cedido, la regulación estatal de una reducción de la base imponible del ISD es norma de aplicación directa sólo en aquellos casos en los que las CCAA hayan optado por no modificarla. Pero ese desarrollo autonómico sólo puede mejorar la amplitud del beneficio, debiendo estar siempre en consonancia con el mismo. Por eso es tan importante aprehender también los elementos que, conformando la norma, no se recogen en su tenor literal. Además, una norma tan importante como la que se trae a colación –los beneficios en la sucesión empresarial– carece de desarrollo reglamentario, aunque, eso sí (¿quizás como lógica consecuencia?), ha sido centro de atención de una profusa evacuación de consultas tributarias.

II. LA EXENCIÓN DE LA EMPRESA INDIVIDUAL

Cuando ⁷ esta exención irrumpe en nuestro ordenamiento jurídico, la Exposición de Motivos la justifica entroncándola con el concepto del Derecho comparado de «útiles de trabajo». La tipificación de qué deba entenderse por tal resulta de los requisitos legales ⁸ de acceso a la exención:

- a) Ejercicio habitual, personal y directo de la actividad económica. Este requisito –que a veces se minusvalora, quizás porque su uso repetitivo en diversos impuestos lo deforma hasta parecer una cláusula de estilo– es clave. Conforme a la mejor doctrina mercantilista, «empresa» es la acción humana ordenadora de una determinada actividad económica. Así entendida, es fácil ver en este requisito la traducción fiscal de lo que constituye en el Derecho privado la esencia de la empresa. Cuestión distinta, pero no menos importante, es qué se comprenda por actividad económica a efectos fiscales. Y, aplazando su comentario a un epígrafe posterior, especialmente en el caso de arrendamiento de inmuebles.

⁷ Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales para 1994.

⁸ Prescindimos de las sucesivas modificaciones para manejar exclusivamente la redacción actualmente vigente.

Por otro lado, y su mención resulta útil sobre todo para el posterior comentario de la exención relativa a las participaciones, el requisito deja meridianamente claro que es precisa una implicación personal (¿cómo, en otro caso, podría hablarse con propiedad de «empresa») en la actividad económica. La importancia de este requisito, en la visión teórica del beneficio, no la puede empañar ni la dificultad probatoria a que muchas veces se enfrenta en la práctica, ni la extensión que de la exención se hace a la parte ganancial del bien empresarial cuando en un matrimonio uno de los cónyuges no realice actividad económica. Que la parte de valor de un bien consorcial afecto a la actividad exclusiva de uno solo de los cónyuges esté exenta, da cabal solución a lo que de otro modo sería una discriminación por razón del régimen económico matrimonial. Especialmente por la mayoritaria presencia de tal tipo de régimen en España, por su significado civilista, por la peculiar situación jurídica que define el estatus de los bienes comunes de un matrimonio, y por el definitivo hecho de que el bien (realmente imputable a un tercer protagonista: la comunidad conyugal) está afecto a una actividad económica.

- b) El ámbito objetivo de la exención son los bienes y derechos necesarios para una actividad económica. No obstante las advertencias anteriores sobre el concepto de empresa, resulta obvio que, conforme al hecho imponible del IP, esa actividad humana –hecho imponible del IAE– no resulta gravada. Lo que se grava –pero se exonera– es el conjunto de bienes y derechos que se empleen en tal ejercicio empresarial.

Todavía en el terreno de la obviedad debe derivarse de este requisito que el beneficio quiere proyectarse sobre los bienes empleados en la actividad económica. No sobre aquellos bienes que siendo titular de un empresario pertenezcan a la esfera particular de su patrimonio. La advertencia, como otra anterior, se hace como dato a considerar cuando se analice la regulación de la exención de las participaciones.

- c) La actividad económica debe ser la principal fuente de renta del sujeto pasivo. Este tercer requisito acaba concretando que la actividad económica debe tener cierta entidad relativa. Así, su efecto no es tanto la exclusión de actividades de escasa importancia económica (pues, además de su palmaria contradicción con el principio de capacidad contributiva, resulta que esos bienes, dependiendo de la renta del contribuyente, pueden llegar a permitir la exención), sino la de aquellas que, en comparación con el resto de rentas del sujeto pasivo, tienen un carácter marginal. Con todo, entendemos que este requisito, más que respuesta al principio de importancia relativa (por otro lado de dudosa virtualidad jurídica más allá del sector donde los principios contables tengan trascendencia), exterioriza el deseo de beneficiar a quien emplea la mayor parte de su tiempo de trabajo en una actividad económica. Y aunque no siempre la principalidad económica identifica a la principal ocupación, no sólo es frecuente, sino que, además, referir la principalidad a unidades monetarias, ayuda –por sencillez y seguridad jurídica– a la declaración y gestión del impuesto. Por otro lado, de no compartir tal visión, el requisito sería fruto ⁹ de algo tan absurdo como el propósito de recompensar por el éxito de un negocio.

⁹ Obteniendo otro tipo de rentas (del trabajo, por ejemplo) habría exención sólo cuando la nueva actividad económica franqueara el umbral de los rendimientos del trabajo percibidos. Una cosa es que eso sea así de hecho, y otra que el propósito haya sido beneficiar sólo a las actividades exitosas. Tiene que ser otra la finalidad.

La conjunción de estos tres requisitos es la que explicaría satisfactoriamente la legitimidad de la exención. El empresario ve gravado el mero ejercicio de su actividad por el IAE. La obtención de rentas por el IRPF. Si se declaran exentos los bienes afectos a su actividad no sólo se beneficia el mantenimiento de ésta (cumpliendo una política económica o social compatible con la tributaria), sino que no parecen oponibles sólidos argumentos en su contra.

En efecto, la exención –que cumple la finalidad extrafiscal que el poder legislativo ha querido válidamente encomendarle– no nos parece que suponga trato injustificadamente privilegiado. Siempre que se refiera (y éste debería ser el sentido de los «útiles de trabajo» en nuestro ordenamiento) a los bienes necesarios para la actividad de quien hace de la misma su principal trabajo, su principal ocupación.

En esta perspectiva, y como añadidos a la omnipresente explicación de estos beneficios por las bondades que procuran al nivel económico del país, la exención salva su comparación con la situación en que quedan el resto de contribuyentes.

Así, distinguiendo en función del tipo de renta que generan, puede razonarse que quien obtiene rentas del trabajo no necesita¹⁰ bienes para su actividad. Por lo tanto, no presenta, por ausencia de los elementos que conforman realmente el hecho imponible, una situación equiparable en el IP a la del empresario. No siendo iguales ni homologables las respectivas situaciones, es imposible una situación de desigualdad.

Por su parte, quien obtiene rentas de la gestión de su capital mobiliario o inmobiliario, o de las plusvalías por su venta, sí precisa de unos bienes, pero no desarrolla una actividad individual merecedora de equipararse a quien, como ocupación principal, tiene el ejercicio personal, directo y habitual de una actividad económica. Esa implicación personal, en lo que tiene de esfuerzo y dedicación, no sólo singulariza fiscalmente el tipo de renta obtenido, sino que hace acreedor a su titular de un mejor trato tributario.

III. EL CASO CONCRETO DEL ALQUILER DE INMUEBLES COMO ACTIVIDAD ECONÓMICA

El alquiler de inmuebles tiene, según el impuesto que se contemple, una caracterización fiscal distinta. En la imposición directa puede considerarse tanto actividad empresarial como no empresarial. En la imposición indirecta (en concreto, y según doctrina administrativa, en el gravamen de operaciones societarias) también coexisten las dos posibilidades. Y en todos estos impuestos el criterio de distinción es el establecido por la normativa del IRPF. Por su parte, el IVA elude tan alam-

¹⁰ Realmente no siempre así. Pero la normal escasa entidad de esos bienes debería tener, en su caso, trato fiscal favorable en el IRPF (gastos deducibles) antes que en el IP. Entre otras razones más válidas por las circunstancias menos teóricas de que ni hay tantos trabajadores que declaren por este impuesto, ni los bienes en cuestión son de habitual declaración.

bicada opción y trata siempre al arrendador como sujeto pasivo. Cierra este rápido repaso el recordatorio de que en la normativa iusprivatista el sector inmobiliario no se incluye en el ámbito del Código de Comercio. Valga este primer apunte como aviso de la inexistencia de uniformidad en el tratamiento tributario de una actividad –el alquiler inmobiliario– que nuestro Derecho privado no considera actividad mercantil.

En el IRPF la consideración ¹¹ del alquiler como actividad económica se presenta como una respuesta normativa a los problemas que con legislaciones anteriores planteaba tal calificación. La controversia nacía de la existencia –hoy muy matizada por el limado de las diferencias– de regímenes de deducción de gastos, amortizaciones y transmisión de bienes distintos según se reputaran los rendimientos como procedentes de capital inmobiliario o de una actividad económica. Y cuando la trascendencia del criterio aparece limitada al impuesto del que nació la distinción, no hay especial inconveniente que reseñar dada su simplicidad y eficacia.

Algo parecido cabe decir de la extensión de esa norma al Impuesto de Sociedades. En este tributo, para decidir, a los efectos de la transparencia fiscal, si un bien se considera o no afecto, el artículo 75 LIS se remite a la normativa del IRPF. Dado que es clave en la valoración de esa norma el porcentaje de bienes no afectos incluidos en el activo de una sociedad, el remitirse a un criterio claro de distinción (se comparta o no su artificialidad y su carácter presuntivo o imperativo) parece la mejor solución. Sobre todo –y es fundamental subrayarlo– cuando tanto el derecho positivo como especialmente las propuestas que sobre su modificación se manejan, han ido erosionando la verdadera trascendencia del régimen de transparencia fiscal en el ámbito de la imposición sobre la renta (de personas físicas o jurídicas).

El interrogante surge cuando desde estos dos impuestos se traslada normativamente al IP y al ISD la posibilidad de equiparar el alquiler inmobiliario a cualquier otra actividad económica.

Y es que la situación tiene algo de paradójica. Es evidente que no hay diferencia patrimonialmente relevante entre un alquiler «empresarial» y un alquiler «ordinario» cuando se contempla el rendimiento que por él se percibe. Además, en los dos impuestos que gravan la renta, apenas hay diferencia en el tratamiento de la renta inmobiliaria o la renta económica. Por ello, al no haber verdadera trascendencia tributaria, el criterio de distinción que establecen sus normas reguladoras hay que situarlo en un adecuado contexto de contribución a la seguridad jurídica. Y así centrado, la arbitrariedad del criterio tiene escaso debate porque, además del fácil ejercicio de esta economía de opción, tributar por uno u otro concepto no tiene gran trascendencia.

¹¹ Artículo 25.2 LIRPF: A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá que el arrendamiento o compraventa de inmuebles se realiza como actividad económica, únicamente cuando concurren las siguientes circunstancias:

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

Por su parte, en los impuestos que no gravan el rendimiento de los bienes inmuebles, sino el valor de los mismos, el elemento objetivo del hecho imponible no es la renta, sino el bien en cuestión. Y si por hipótesis se contempla un inmueble alquilado, habrá que convenir que sobre el valor del bien puede predicarse la irrelevancia de su carácter de bien afecto o no afecto. Sin embargo, en estos impuestos que gravan en función del valor del bien, las consecuencias que se derivan normativamente de la calificación como actividad económica o meramente gestora, son de una gran trascendencia. En el IP la diferencia es estar o no estar exento el bien. En el ISD tener o no derecho a una reducción del 95% de su valor.

En otras palabras, un criterio para decidir el modo de tributación en los impuestos sobre la renta se traslada a impuestos en los que pasa a dilucidar el tributar o no tributar. Pasar de criterio de clasificación de unos rendimientos a ser presupuesto de hecho de unos importantes beneficios fiscales no es cuestión baladí. Sin embargo, la transposición del criterio del IRPF al IP y al ISD parece olvidar, además de los muy distintos efectos que le acompañan, tanto el elemento material que se grava, como el sentido de los beneficios a los que se aplica el criterio.

Se nos antoja que la traslación del criterio obedece más a una inercia de aprovechamiento¹² normativo de un criterio simple ya establecido, que a una serena reflexión sobre su significado. Y frente a su justificación por una interpretación sistemática y uniforme del ordenamiento, habría que oponer, con mayor valor, el estudio de la materia imponible de cada impuesto y el de la finalidad de los beneficios ventilados.

Ante este panorama parecería mejor no privilegiar algo que, desde la perspectiva de impuestos claramente patrimonialistas, no parece merecer ni equiparación a bienes empresariales, ni consideración como útil de trabajo, ni especial protección fiscal.

La no equiparación a otros bienes empresariales, que arrastra su no consideración como útil de trabajo, la razonamos en que un inmueble alquilado, si es el único activo, no es más que la explotación de un capital inmobiliario. Y si forma parte de un patrimonio empresarial más amplio, con el que sí se desarrolla una actividad económica no inmobiliaria, también parece evidente que es un activo claramente separable del resto, en la medida en que su contribución a la actividad desarrollada por la empresa es, como mucho, financiera. Y por eso, su venta no afecta al desarrollo de la actividad económica.

En esta senda, el siguiente paso sería el negar que un inmueble alquilado sea un útil de trabajo de su titular. Con toda la dificultad de precisar tal concepto, hay una nota diferenciadora que puede ser clave. La mayor parte de los útiles de trabajo valen en cuanto están afectos a una actividad. Tanto

¹² Es más que dudoso que de no existir ese criterio de distinción en el IRPF, se hubiera planteado clasificar los alquileres inmobiliarios en empresariales y no empresariales. Y tiene algo de penoso el que un criterio que nació como una contribución a la seguridad jurídica suponga un claro atentado a la equidad en otros impuestos.

en ella como en situación de desafectación, su valor estará casi siempre en función de su aptitud para un destino empresarial. Un inmueble tiene un valor que no lo da su contribución a la actividad de su titular, sino el mercado de ese tipo de bien.

Si no es bien empresarial «típico», si su valor no lo da su afectación a una actividad empresarial y sí el mercado, y si constatamos que el ordenamiento fiscal, cuando de valorar empresas se trata, siempre presenta cautelas especiales respecto de los inmuebles, tendría algo de ilógico el privilegiar este tipo de bienes.

Incluso desde la vertiente del significado del beneficio fiscal no parece que la actividad humana que constituye la empresa, sea del mismo tipo en el caso de un alquiler que en una empresa «normal». Si además en estos impuestos lo relevante es la propiedad del inmueble, ¿qué mayor mérito protegible fiscalmente revela quien obtiene rentas inmobiliarias frente a quien las obtiene mobiliarias? ¿Tiene el mismo significado la actividad humana en un alquiler inmobiliario que, por ejemplo, en una ferretería? Descartado ¹³ que el mérito sea mantener un local separado y una persona asalariada, ¿hay verdadera justificación para que no tribute en un impuesto que grava la riqueza patrimonial o en el que grava la adquisición lucrativa de bienes? Con estas reflexiones no se está proponiendo suprimir los beneficios a las empresas, sino, en consonancia con lo que nuestro Derecho Mercantil también establece, el no hacer tributar un alquiler inmobiliario del mismo modo que una empresa. Y es que, en estos tributos, la exigencia de un tratamiento uniforme del alquiler de inmuebles es la misma que se da en el IVA. Sólo que, en el impuesto indirecto, y conforme a su materia imponible, lo propio es su consideración como actividad económica. Tanto como en los impuestos «patrimoniales» lo es la conclusión contraria.

Otra alternativa a la supresión del beneficio sería reconsiderar el criterio (al menos en el IP y el ISD) de acceso a la categoría de actividad económica. Dada la radical diferencia entre los elementos objetivos de los respectivos hechos imponibles, dada la trascendente diferencia en las consecuencias fiscales en unos y otros impuestos, dado el mínimo significado de la distinción en el IRPF, y dado la permisividad y artificialidad (razonables, como ya se ha dicho, cuando se limita a la imposición sobre la renta) del actual criterio, su traslado a estos impuestos no resulta convincente. Para ellos habría que diseñar un criterio de definición de qué sea una empresa, más acorde con las consecuencias que va acarrear (exención de impuestos), y prefiriendo la atención al objeto imponible antes que a la simplicidad de su aplicación. La dificultad de la formulación de un tal criterio nace de la previa dificultad de tipificar el concepto de empresa, pero especialmente de la todavía inexplicada (con la precisión y rango que merece la cuestión) razón de que tal ente, tal actividad, sea acreedor de beneficios fiscales.

¹³ Desde luego si existe una voluntad de plasmar en el IP y en el ISD una economía de opción (consistente en pagar o no pagar) sobre tal criterio, el juicio crítico que nos merece la actual legislación lo sería un tanto más.

IV. LA EXENCIÓN DE LAS PARTICIPACIONES ¹⁴: LA «FRACTURA» ENTRE EL ELEMENTO OBJETIVO DEL HECHO IMPONIBLE Y EL ELEMENTO OBJETIVO DE LA EXENCIÓN

La Exposición de Motivos de la norma ¹⁵ que incorporó las dos exenciones que se están comentando presentaba la relativa a las participaciones, después de referirse a la del negocio individual, del siguiente modo: «*La misma exención se aplica, asimismo, a las participaciones en entidades que cumplan determinadas condiciones, tanto en cuanto a las actividades que realizan, como en cuanto al sujeto pasivo beneficiario de la exención, el cual, aparte de detentar una participación del capital superior al 25 por 100, deberá ejercer efectivamente funciones de dirección y percibir por ello una remuneración*».

Este aparentemente inocuo inicio (y especialmente por no tener verdadero rango normativo al ubicarse en la Exposición de Motivos) nos parece fundamental, o al menos, congruente con lo que entendemos debe significar esta segunda exención. Y ese significado no es otro que el de extender, si resultara posible, la misma exención que disfruta la persona física empresario individual a la situación fiscal de la persona física que «desarrolla» esa misma actividad en forma societaria. Sea o no reveladora esta escueta mención (nos referimos a ese inicio de «... *la misma exención se aplica*») de lo que exponemos, lo cierto es que las dos exenciones deberían moverse en el terreno de la neutralidad, de modo que la forma jurídica con que se desenvuelve un negocio no supusiera injustificada diferencia fiscal.

En esta pretensión legislativa existe un escollo de cierta enjundia. El accionista no tiene la condición de empresario en ningún impuesto. Luego el primer obstáculo a salvar es que el ser propietario (persona física) de unas acciones (y vale la reflexión para cualquier otro tipo de participaciones) supone una relación jurídica de dominio sobre un bien que no tiene la consideración de activo empresarial. Sin embargo, en una visión económica que no puede desdeñarse cuando de desenmarañar la verdadera naturaleza de una operación se trata, sí que es cierto que la riqueza que aportan esas participaciones al patrimonio particular del socio, es la que se derive del valor patrimonial de la entidad que porcentualmente quepa atribuirle. De ahí que la participación directa de una persona física en una entidad pueda representarse –desde una perspectiva económica pero también desde una visión «patrimonialista»¹⁶– como una «propiedad económica» que el socio tiene sobre los activos de la entidad.

¹⁴ A lo largo de este trabajo todas las referencias hechas a las «acciones» deberán equipararse al concepto más amplio de participaciones excepto cuando expresamente se aluda a las participaciones de SL.

¹⁵ Siguiendo la tónica del apartado anterior se prescindirá del recorrido por las diversas y sucesivas redacciones del beneficio. No obstante, su recordatorio no es ocioso. La exención ha visto ampliado su ámbito por la extensión del beneficio a las acciones negociadas en Bolsa, el aumento de las actividades que pueden desarrollar las sociedades, el número de parientes a considerar para alcanzar el porcentaje de control requerido, o el número de sujetos pasivos beneficiados. A la misma ampliación ha contribuido la reducción de los porcentajes exigidos de participación en el capital. El estiramiento del beneficio es evidente. Pero como el momento de ruptura con los principios constitucionales, de existir, es irrelevante en nuestro análisis, tomaremos sólo de la primera redacción (y nada de las intermedias) este primer inciso de la exposición de motivos («*La misma exención se aplica...*»).

¹⁶ Esta perspectiva debería estar, en nuestra opinión, en la base de la justificación de la exención. De otro modo –ya lo hemos señalado alguna vez– explicar la exención de un bien tan representativo de la riqueza capitalista (en el puro sentido fiscal del término) tiene más de una dificultad.

En este contexto, dado que las entidades (residentes en España) no satisfacen pago fiscal alguno por la propiedad de sus bienes y derechos, tiene algo de sentido el que, uniendo tal circunstancia con la exención del empresario persona física, los socios que valoran su patrimonio, en parte, por el valor económico de los activos propiedad de las entidades en que participan, disfruten de igual situación.

Pero casar la condición empresarial de los bienes justificadores de la exención con que el bien sujeto al impuesto es otro distinto (la acción considerada como tal bien objeto de tráfico jurídico), y conciliar el que la titularidad jurídica de los mismos corresponde a persona distinta de quien es titular jurídico del bien sujeto al impuesto (y sobre el que, obviamente, ha de proyectarse la exención), no puede hacerse sin advertir la «fractura» de delimitar el hecho imponible sobre una titularidad jurídica (sobre las participaciones) y articular la exención sobre lo que venimos llamando titularidad económica (sobre unos activos empresariales que jurídicamente son propiedad de una sociedad).

Si de tal circunstancia no se derivaran importantes consecuencias prácticas, nos moveríamos en el terreno de la reflexión estéril. Pero, como se verá en los siguientes epígrafes, no es éste el caso.

De esta particular comprensión de la exención deducimos tres reflexiones que parece oportuno exponer en esta introducción:

- Cuanto más alejado esté el bien que desencadena el impuesto (o sea, las participaciones) de representar una parte alícuota de la riqueza patrimonial de una entidad, tanto más alejada de una fácil aceptación estará la exención. Y con mayor precisión, cuanto más dependa el valor de las acciones de su consideración autónoma y diferenciada como bien objeto de tráfico jurídico, tanto más se aleja del sentido que cabe reconocer a esta exención. Obvia y congruentemente, la exención sobre las acciones negociadas en mercados organizados está, en nuestra opinión, a la mayor distancia de donde situamos el centro de la exención.

Con idéntico hilo argumental habría que concluir que cuanto menor sea el porcentaje en que se participe en una entidad, más difícil se hará equiparar, a efectos de esta exención, la propiedad jurídica y la propiedad económica.

- En la legitimidad de la exención debe jugar también un papel importante la implicación personal del socio en la actividad de la entidad. Parece evidente, en efecto, que una exención debe montarse sobre una base más sólida que la de tener situada parte de la riqueza en activos empresariales. Cuanto más importante sea esa intervención tanto más se aproxima la exención a la equivalente de las personas físicas y tanto más se desplaza el beneficio hacia la actividad económica en lugar de decantarse hacia la riqueza en activos empresariales. Por todo ello, cuanto más apegados a una actividad estén los requisitos exigidos al sujeto pasivo tanto más razonable resultará la exención. El poder situar el cumplimiento de los requisitos exigibles al sujeto pasivo en persona distinta a éste no ayuda, aunque estén en su ámbito familiar y pueda haber otro tipo de justificación, a esa percepción de la exención.

- Esa quiebra entre propiedad jurídica y económica (aquella relevante como elemento de sujeción, ésta para la exención) trasciende a un terreno menos teórico cuando la participación en una sociedad con actividad empresarial no es directa sino indirecta. El que esa mayor lejanía se salve para permitir la exención a estructuras societarias construidas sobre la racionalidad económica y empresarial parece inevitable. Que se aproveche, en las formas que luego se detallan, para romper la finalidad de la exención no resulta, por el contrario, aceptable y por ello no puede presentarse como inevitable.

Al final de este primer apartado dedicado a la exención de las participaciones puede anticiparse lo que luego se justificará: que si la exención de las participaciones es una extensión de la aplicable al empresario persona física, se ha llegado al sinsentido de que la exención que nació para asegurar la neutralidad de las formas jurídicas empleadas para desarrollar una actividad, excede, con mucho, el ámbito y ventajas que la exención «de referencia» otorga.

De manera esquemática las diferencias de requisitos entre ambas exenciones pueden representarse del siguiente modo:

EMPRESARIO INDIVIDUAL	EMPRESA SOCIETARIA
Ejercicio personal, directo y habitual	Puede realizarlo algún pariente
Propiedad de los bienes o carácter ganancial	Basta participar en un 15% en la entidad
Exclusión del capital mobiliario o inmobiliario	Puede estar exento ese tipo de capital
Actividad económica como principal fuente de renta	Basta que sea la principal fuente de renta de algún pariente

V. LOS DOS NIVELES DE DEFINICIÓN DEL BENEFICIO PARA LAS PARTICIPACIONES EN EL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO: REQUISITOS DE ACCESO A LA EXENCIÓN E IMPORTE DE LA EXENCIÓN

En los beneficios fiscales que se están analizando hay que distinguir dos fases en el cálculo del importe de la exención. La primera es la de examen de la concurrencia de los requisitos para el acceso a la exención. La segunda, una vez acreditada la inicial procedencia de la exención, la determinación del importe exonerado de gravamen.

La distinción no es ociosa. En primer lugar revela que la exención de las participaciones (que como tal bien no es sino un instrumento para representar el poder que se tiene sobre los elementos de una sociedad) no existe ni para privilegiar los valores mobiliarios (como lo están, por razones bien distintas, en la imposición indirecta) ni para beneficiar el ser «propietario económico» de una sociedad. El beneficio se da para exonerar de tributación al socio en el importe que representen los activos empresariales que, siendo titularidad jurídica de una sociedad, son «patrimonio» suyo. Y todo ello por el carácter instrumental («comunicante») que, en este sentido, cabe atribuir a las acciones.

Pero, además, la práctica enseña que las actuales estructuras societarias no van dirigidas a cumplir los fáciles requisitos de acceso a la exención, sino que se ordenan con la finalidad de que el «quantum» de la exención sea el más amplio posible. Cuando esta pretensión tiene la consecuencia de incluir como bien «indirectamente» exento a un bien no afecto, el detenimiento en el estudio de esta cuestión queda sobradamente justificado.

VI. REQUISITOS PARA EL ACCESO A LA EXENCIÓN

1. Requisitos que debe cumplir la entidad.

Las letras a) y b) del apartado Dos del artículo 4 Octavo de la LIP contienen los requisitos que debe reunir la entidad para beneficiar al partícipe. A pesar de presentarse formalmente como dos requisitos independientes lo cierto es que están íntima y confusamente relacionados. Para su comentario alteramos el orden de la Ley analizando en primer lugar el requisito incluido en la letra b).

- a) Cuando la entidad revista forma societaria no deben concurrir los supuestos establecidos en el artículo 75 de la Ley 43/1995 del Impuesto sobre Sociedades (salvo el de sociedades de profesionales).

Lo que la norma exige es que «no concurran los supuestos» del artículo 75 LIS. De los seis apartados de este precepto sólo el primero delimita el ámbito de la transparencia, siendo los siguientes el desarrollo de tal régimen. Ubicados formalmente en ese apartado 1, el paso siguiente es precisar el modo de trasladar el concepto de cada supuesto a la exención del IP. Y, en concreto, debe resolverse si por «supuesto» se entiende la totalidad de requisitos que en cada caso la LIS exige para ser aplicable la transparencia o sólo el referente a la delimitación objetiva del patrimonio o actividad de la sociedad.

Entendemos que la interpretación correcta debe ser el exigir todos los requisitos previstos para cada supuesto de transparencia fiscal pues, de otro modo, se vaciaría de contenido el requisito siguiente.

La riqueza de este requisito es la simplicidad que da el remitir a otra norma. Aunque el trasladar al IS la decisión final en el IP supone traer a este último tributo las dificultades de la normativa de aquél. Especialmente reseñable –junto a las derivadas del concepto mismo de «valor» o de definir un régimen en un impuesto sobre la renta en función del tipo de activos poseídos– es, como luego se verá, la que nace de «crear» con requisitos diferenciados (en ambos casos en función de su patrimonio) dos tipos de sociedades (las de mera tenencia de bienes y las de valores) y, no estableciendo diferente regulación para ambos tipos de entidades, no despejar la duda –especialmente relevante en el IP– de cómo medir el patrimonio de una entidad que, junto a bienes afectos, tenga bienes no afectos y valores.

b) Que la entidad no tenga por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario ¹⁷.

El entendimiento de este requisito –que vuelve a remitir al mismo artículo 75 LIS– pasa necesariamente por su delimitación con el anterior. Para ello lo mejor es retomar los tres grandes supuestos de transparencia fiscal analizados desde la perspectiva del IP:

- Las sociedades de profesionales, aunque tributen en el régimen de transparencia fiscal, sí dan derecho a la exención de las acciones como expresamente previene la LIP.
- Las sociedades de artistas o deportistas, si cumplen los requisitos de la letra c) del artículo 75.1 LIS, tributan en transparencia fiscal y por tanto no existe posibilidad de exención. Si por faltar alguno de los requisitos que se exigen la sociedad no tributara en transparencia, las acciones sí darían derecho a la exención.
- Con las sociedades de mera tenencia de bienes y sociedades de cartera [las aludidas en la letra a) del art. 75.1 LIS] la aplicación del régimen de transparencia fiscal (que depende tanto de la composición del activo como del número de socios) supone también la imposibilidad de la exención. Pero tampoco existe exención, y ésta es la virtualidad del requisito que se analiza, cuando se dé una sociedad que, no estando en transparencia fiscal, presente la composición de activo propia de las de mera tenencia o cartera.

Al margen de lo que la norma entienda por gestión patrimonial (que, en definitiva, se transforma en no tener afecto a una explotación económica más de un 50% de los activos), debe reflexionarse si ésta es la mejor opción legislativa. De entrada hay que recordar que, a pesar de ser el efecto propio de cualquier límite cuantitativo, no deja de ser llamativo que una entidad con un nivel de activos no afectos del 49% permita la exención de sus participaciones y otra que llegue al 51% invalide tal beneficio.

Pero desde el estudio teórico –en el que puede chirriar tanto que la gestión se defina por activos y no por rentas, como que, sustanciándose por activos, no se haga activo por activo sino por referencia al umbral del 50%– también resultan posibles otras alternativas para redefinir, a efectos de esta exención, qué deba entenderse por gestión patrimonial.

En este sentido, parece que semánticamente tener como actividad principal una gestión patrimonial debería conducir al análisis del tipo de renta obtenido antes que a la dimensión económica de cada uno de los activos sobre su importe total. Además, y en perfecta consonancia con la anterior visión lingüística, si la exención tiene por finalidad beneficiar los activos empresariales, parecería también más congruente teleológicamente que la gestión patrimonial se midiera por el tipo de renta generada por cada activo. En esta hipótesis esta-

¹⁷ Artículo 4.8.Dos a) de la LIP: «Que la entidad no tenga por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. Se entenderá que una entidad no gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario y que, por lo tanto, realiza una actividad empresarial cuando, por aplicación de lo establecido en el artículo 75 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, dicha entidad no reúna las condiciones para considerar que más de la mitad de su activo está constituido por valores o es de mera tenencia de bienes.»

ría más justificado redefinir tanto la solución normativa de cuándo deba apreciarse actividad empresarial en un alquiler inmobiliario, como la actualmente vigente de cuándo unas participaciones en otra entidad deben considerarse afectas.

A esta alternativa legislativa –que posiblemente evitaría alguna de las vías de fraude¹⁸ que luego se analizan– se le puede reprochar, al margen de la simplicidad de su formulación y la ausencia de un mayor desarrollo, una más difícil gestión del impuesto. Pero no nos lo parece.

Primero porque es una técnica que, salvando las distancias que marcan la distinta finalidad y el diferente número de contribuyentes afectados, ya se conoce en nuestro ordenamiento tributario con la transparencia fiscal internacional. En efecto, en este régimen, determinadas rentas (las que la LIS entiende rentas «pasivas») obtenidas por entidades no residentes controladas por personas residentes en España se imputan a éstas. Sería éste un ejemplo de cómo la gestión patrimonial «pasiva» puede determinarse por rentas y no por activos.

Pero, además, tener que examinar cada tipo de renta no es una complicación nueva (ni para el contribuyente ni para la Administración) pues, como se verá, una vez acreditado que se tiene derecho a la exención debe hacerse una segunda comprobación (para determinar en qué grado se consolida la exención) de cada tipo de activo.

2. Requisitos que debe cumplir el sujeto pasivo.

El sujeto pasivo titular de las participaciones debe cumplir estos requisitos:

- Participar en un 15% en el capital de la entidad. Si no alcanza tal porcentaje puede acceder a la exención si juntamente con su cónyuge, ascendientes, descendientes y colaterales de segundo grado suman una participación igual o superior al 20%. El sentido de esta exigencia debe buscarse en la necesidad de que exista una participación significativa que permita diferenciar lo que es una inversión mobiliaria en una sociedad, de la empresa societaria merecedora de beneficios fiscales. Poder cubrirse el porcentaje acumulando el de parientes va, justamente, en el sentido contrario de lo que exige la finalidad del beneficio.
- Que él o alguno de los parientes antes indicados realicen labores de dirección en la entidad con una remuneración superior al 50% de los rendimientos del trabajo o de la actividad económica. El fundamento va parejo al de la previsión anterior. Una participación significativa en una entidad, pero en la que no existe una labor directiva, no es sino una inversión financiera. Si el beneficio se da para los «útiles de trabajo», no tendría sentido (en un impuesto como el IP que grava la riqueza) el no limitarlo a los casos en los que hay una intervención efectiva en el desarrollo de la actividad económica.

¹⁸ Sin perjuicio de posterior desarrollo puede anticiparse que tales lagunas las crea, en parte, el escalonamiento en dos niveles de la exención cuando el primero de ellos permite tener un 49% de bienes no afectos.

VII. IMPORTE DE LA EXENCIÓN. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 6 RIP

Finaliza el artículo 4.Ocho de la LIP estableciendo que *«La exención sólo alcanzará al valor de las participaciones, determinado conforme a las reglas que se establecen en el artículo 16, uno, de esta Ley, en la parte que corresponda a la proporción existente entre los activos necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial o profesional, minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma y el valor del patrimonio neto de la entidad.»*¹⁹

La norma no parece necesitar excesiva justificación. Conforme a lo que se viene argumentando, el beneficio se da en el importe del valor económico que los «activos necesarios para el ejercicio de la actividad» representen sobre el total valor de la empresa. Interesa destacar, por el manejo instrumental que luego se hará de la idea, que lo que decide el nivel de exención es la valoración de los activos necesarios en una explotación económica. De este modo, aquellos activos que la sociedad pueda tener, pero que no emplee en su actividad, no darán, de modo análogo a lo que ocurre con los bienes de la esfera particular del patrimonio de un empresario individual, derecho a la exención. La norma es congruente con su finalidad y proporciona neutralidad – al equipararlas– en la opción del desarrollo de una actividad en forma individual o societaria.

Del desarrollo reglamentario²⁰ de este párrafo debe destacarse la sustitución²¹ del adjetivo «necesarios» (empleado en la Ley) por el de «afectos», pero especialmente la peculiar remisión que

¹⁹ Este párrafo, no sufriendo variación si se compara con la redacción original de la norma, provoca, sin embargo, una posible incongruencia antes inexistente: la remisión al artículo 16.uno –que contiene la norma de valoración de las participaciones sin cotización– tenía pleno sentido cuando las que estaban exentas eran exclusivamente las de entidades que no cotizaban en mercados organizados. Cuando la Ley 13/1996 de Medidas Fiscales amplía el ámbito a las que sí cotizan, lo congruente hubiera sido el remitirse tanto al artículo 16 («*Demás valores representativos de la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad*») como al artículo 15 que valora los «*Valores representativos de la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad, negociados en mercado organizados*».

Sin embargo, según la Consulta de la Dirección General de Tributos de 8-10-1998, hay que entender que, cuando en el balance de una sociedad cotizada existen elementos no afectos, el porcentaje de valor que representen los activos afectos se calculará sobre el valor teórico de las acciones (pues al existir la obligación de que todas las sociedades cotizadas deben estar auditadas, tal criterio de valoración será el que prevalezca) y no sobre su cotización media del cuarto trimestre (norma general de valoración de tal tipo de participaciones).

²⁰ Artículo 6 RIP:

1. La exención sólo alcanzará al valor de las participaciones determinado conforme a las reglas establecidas en el artículo 16.uno de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio en la parte que corresponda a la proporción existente entre los activos afectos al ejercicio de una actividad económica, minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma, y el valor del patrimonio neto de la entidad.
2. Tanto el valor de los activos como el de las deudas de la entidad, será el que se deduzca de su contabilidad, siempre que ésta refleje fielmente la verdadera situación patrimonial de la entidad, determinándose dichos valores, en defecto de contabilidad, de acuerdo con los criterios del Impuesto sobre el Patrimonio.
3. Para determinar si un elemento patrimonial se encuentra o no afecto a una actividad económica, se estará a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras normas tributarias, salvo en lo que se refiere a los activos previstos en el inciso final del párrafo c) del apartado 1 de dicho artículo, que, en su caso, podrán estar afectos a la actividad económica. Nunca se considerarán elementos afectos los destinados exclusivamente al uso personal del sujeto pasivo o de cualquiera de los integrantes del grupo de parentesco a que se refiere el artículo 5 del presente Real Decreto o aquellos que estén cedidos, por precio inferior al de mercado, a personas o entidades vinculadas de acuerdo con lo establecido en el artículo 16 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.
4. En particular, no se considerarán elementos afectos a actividades empresariales los que estén cedidos a personas o entidades vinculadas directa o indirectamente a la entidad de que se trate, ni los destinados exclusivamente al uso particular del sujeto pasivo.

²¹ Elemento afecto es [letra c) del art. 27.1 LIRPF] el activo necesario. Con lo cual el baile de adjetivos entre ley y reglamento no parece tener mayor trascendencia.

se hace en su apartado tercero al artículo 27 LIRPF para solventar la afectación de un bien a una actividad económica.

La primera observación, fácil de aclarar, es si el precepto es aplicable a las dos exenciones del IP o sólo a la de las participaciones. Aunque de su tenor pudiera desprenderse su más amplia aplicación, la ubicación del precepto –en el capítulo II de la norma relativo a las participaciones– y la rúbrica que lo encabeza, limitarían su ámbito a esta segunda exención.

Tampoco es difícil el decidir que lo dispuesto en ese artículo es aplicable exclusivamente cuando se esté ventilando el importe de exención a que se tiene derecho. Tal afirmación –de la que luego se derivarán importantes consecuencias– la asentamos en los mismos elementos formales que acabamos de manejar para centrar este precepto en la segunda exención.

A mayor y nada ocioso abundamiento hay que razonar, respecto del importantísimo apartado tercero de este artículo, que lo ahí dispuesto sólo tiene validez para su aplicación en la deliberación sobre el importe de la exención y no en el estudio de si se tiene o no derecho a la exención. La explicación que aportamos es que el artículo 6.3 contiene todo un régimen legal que debe restringirse a los casos en que se esté determinando en el IP «*si un elemento patrimonial se encuentra o no afecto a una actividad económica*». Y tal cuestión, da igual que se plantee en positivo (es precisamente lo que se exige en el artículo 6.1 como delimitación del alcance de la exención) o en negativo (para medir el acceso a la exención lo que se exige es cumplir las normas del artículo 75 LIS que son distintas), sólo es procedente en este Impuesto para medir el alcance de la exención.

Más problemático –y de un mayor interés– es explicar por qué para determinar si una sociedad gestiona capital mobiliario o inmobiliario (lo que determinará el acceso o no a la exención) se acude a los criterios del artículo 75 LIS y para determinar el alcance de la exención (el «segundo nivel» al que venimos refiriéndonos) existe una remisión al IRPF. Obsérvese que la gestión de un capital mobiliario o inmobiliario se define²² en función de la afectación o no de los activos de una sociedad. Y ese dato (la afectación) también es el criterio decisivo para medir el alcance de la exención. ¿Tiene lógica esa distinta remisión en los dos «niveles» de la exención cuándo ambos se sus-

²² El que la existencia de una «gestión patrimonial» se mida fiscalmente por la dimensión de los activos debe justificarse (pues parece merecer una explicación esa aparente distancia entre el concepto «gestión» y su explicación en función de la composición del activo) por la sencillez de la regla que lo define. Pero donde apreciamos un asomo de incongruencia es en mantener como requisito de la exención que la entidad no tenga por actividad principal un determinado tipo de gestión y que luego se explique normativamente qué deba entenderse por gestión patrimonial pero no cómo medir si ésta es la actividad principal. Y la incongruencia no es tanto la de carácter semántico (parece que la principalidad de un tipo de actividad en una entidad debería resolverse en función del volumen de ingresos) sino la que deriva de explicar una parte del requisito (definición de gestión mobiliaria e inmobiliaria) dejando vacía la que correspondería a cómo medir si los distintos tipos de gestión que desarrolla una entidad (puramente empresariales o puramente gestores de patrimonio) son la actividad principal.

Tal y como está la norma, si más del 50% de los activos no se consideran no afectos, no hay gestión patrimonial. Y así solucionado el problema (que desde luego se celebra desde el plano de preferir normas fácilmente aplicables) huelga el medir si la gestión patrimonial es la principal o no. Es casi principio filosófico que si no hay gestión patrimonial difícilmente será la actividad principal.

tancian sobre un mismo concepto? El interrogante tendrá tanto más sentido cuanto más distintas sean las consecuencias de la remisión a normas diferentes (IS para medir la afectación de activos en el primer nivel de la exención e IRPF para medir la afectación de activos en el segundo nivel de la exención).

Cuando la norma del IP remite a la composición del activo de una entidad para decidir si procede o no la exención (lo que venimos llamando primer nivel) lo hace formalmente al artículo 75 LIS. En este precepto la afectación se resuelve de dos modos distintos según se trate de acciones potencialmente catalogables como de mera tenencia de bienes o «sociedades de cartera».

Para el caso de las sociedades de cartera el salto del IP al IS, sobre todo a la vista de la excepción que luego se comenta sobre la consideración de bien afecto de los valores, exige especial cuidado. No se niega en el IP realmente la exención a la que venimos denominando sociedad de cartera, sino [textualmente en el inciso final de la letra a) del artículo 4.Ocho.Dos LIP] a las entidades en que más de la mitad de su activo esté constituido por valores. El matiz puede ser relevante. El artículo 75 LIS contiene una enumeración de valores que no van a computarse como tales «a efectos de lo previsto... en relación con las sociedades en que más de la mitad de su activo esté constituido por valores». Luego el incidir en alguno de esos supuestos hasta el punto de alcanzar el porcentaje exigido evita el que la sociedad se configure como entidad en que más de la mitad de su activo está constituido por valores. Y así se salva uno de los supuestos de transparencia y derivativamente una de las exclusiones para la exención.

Ahora bien, no tener la consideración de «sociedad de cartera» no impide²³ su consideración como entidad de mera tenencia de bienes. Y en esa posibilidad, definida precisamente por una mala definición de los dos tipos de sociedades transparentes, hay dos cuestiones diferenciables que pueden ser capitales en la aplicación de la exención:

- La tenencia de participaciones como activos de una entidad debe resolverse²⁴, conforme al propio artículo 75 LIS, según las normas del IRPF. Entre las que se incluye²⁵ la imposible afectación de unas acciones a una actividad económica.

²³ Es justo advertir que esta línea argumental se apoya en la separación que hay en la LIS de dos tipos de sociedades por su estructura patrimonial. Además, como se ha dicho, esos dos tipos se definen por requisitos distintos (con la duda de la «comunicación» de requisitos de uno al otro) siendo que el régimen legal va a ser el mismo.

²⁴ Aunque resulte un argumento apegado a la literalidad de la norma así nos lo parece. Sí que es verdad que también parece buena la interpretación de aplicar los supuestos de exclusión de la consideración como valores que establece el artículo 75 LIS. Pero tal posición no se deriva directamente de la norma (más bien al contrario), interfiere en la querida separación normativa de sociedades de valores y de mera tenencia de bienes, y lleva, en el IP, a consecuencias mal conciliables con la exención.

²⁵ Esta inclusión debe salvar el confusiónismo (uno más en esta materia) que crea el que la normativa de la LIS (en la que se citan preceptos de la ya derogada LIRPF de 1991) no haya actualizado la remisión. El asunto es relevante por cuanto en la Ley 18/1991 no existía la exclusión expresa como bien afecto de las participaciones. Apoyamos la remisión al artículo 27 en la DA 7.ª de la LIRPF que establece que, con efectos desde el 1 de enero de 1999, las referencias efectuadas por la Ley 43/1995 a la Ley 18/1991 se entenderán hechas a los preceptos correspondientes de esta ley.

Ocurre, sin embargo, que el artículo 6.tres RIP enerva la imposibilidad de afectación de los valores, aunque lo hace, en nuestra ya expuesta opinión, a los solos efectos de medir el grado de exención que se alcanza. Es decir, que aunque unas acciones evitaran la excepción relativa a la mayoritaria presencia de valores en el activo de la sociedad, no ocurriría lo mismo cuando esos valores se utilizaran como baremo de la existencia de una sociedad de mera tenencia. En contra de este razonamiento no parece que pueda alegarse que, por interpretación sistemática, si el artículo 6.3 permite la afectación de los valores también debería ocurrir lo mismo, en el IP, cuando el precepto a emplear sea el 75 LIS.

- Más importante puede ser el contemplar el caso concreto de las participaciones en SL que formen parte del activo de una entidad. Conforme al artículo 5.2 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada, «*las participaciones sociales no tendrán el carácter de valores...*». Si las participaciones en SL no son valores no podrían considerarse como tales para configurar un activo propio de las sociedades de valores. Ahora bien, excluidas de tal cómputo, deberían ser consideradas como bienes a los efectos de determinar si la entidad propietaria de las mismas es transparente por ser entidad de mera tenencia de bienes. En tal comprobación nunca podrán considerarse bienes afectos por cuanto la LIRPF excluye de esta categoría a tal tipo de bienes.

Para el caso de las entidades de mera tenencia el artículo 75 LIS remite, a su vez, a la legislación del IRPF. Además esa remisión ²⁶ se escalona en una primera referencia a qué sea actividad económica (art. 25 LIRPF) y en otra posterior (art. 27) al concepto de activo afecto a tal tipo de actividad. En este planteamiento, por ejemplo, el alquiler de un bien inmueble por parte de una sociedad será actividad económica cuando cumpla los requisitos del artículo 25 y se considerará afecto pues debe entenderse (art. 27.1.^a LIRPF) bien en el que se desarrolla la actividad económica del contribuyente.

En el segundo nivel de la exención la consideración de bien afecto (art. 6.3 LIP) se resuelve directamente por el artículo 27 LIRPF. Y así, el inmueble alquilado «empresarialmente» estará afecto conforme al artículo 27. Un inmueble alquilado sin constituir actividad económica de la entidad no puede considerarse merecedor de la exención por cuanto, aunque fuera posible subsumirlo en el artículo 27.1.c) (cualesquiera otros elementos patrimoniales que sean necesarios para la obtención de los respectivos rendimientos), habría que referir esos rendimientos a la concreta actividad de alquiler que, por hipótesis, no constituiría actividad económica.

La última peculiaridad a destacar de la remisión a las reglas del IRPF es, precisamente, la excepción que a la misma se hace. Nos referimos en concreto a las participaciones, que, no considerándose nunca bienes afectos en el IRPF [así de tajantemente se pronuncia el artículo 27.1.c) LIRPF], sí pueden ²⁷ estarlo en el IP. En la imposición sobre la renta los activos representativos de

²⁶ La remisión sigue haciéndose a los preceptos de la anterior ley del impuesto (la 18/1991), lo que exige su traslado a los preceptos concordantes de la actual LIRPF.

²⁷ Deja claro la norma que la afectación de las acciones a la actividad de una entidad es una posibilidad. No una regla diametralmente opuesta a la no afectación en el IRPF. Se echa en falta, no obstante, alguna precisión adicional sobre cuándo pueda apreciarse tal afectación.

la participación en fondos propios de una entidad (y lo mismo si representan la cesión de capitales a terceros, aunque tal supuesto sea ahora irrelevante) «*en ningún caso*» tendrán la consideración de activos necesarios para la obtención de los respectivos rendimientos. Sin embargo, en el IP, «*podrán estar afectos a la actividad económica*».

El distinto tratamiento de los bienes según el impuesto que se considere estará justificado si obedece a justificadas razones. Cabría pensar que las diferencias entre el IRPF y el IP pueden llegar a justificar ²⁸ el distinto trato, pero es preciso el ajustar la verdadera razón de ser de la norma. Lo propio sería encontrar el sentido de la diferencia en hacer posible ²⁹ la exención de las acciones de una sociedad *holding*. Aplazando al tratamiento de este tipo de estructura societaria la valoración de esta circunstancia, simplemente procede apuntar que aprovechar la consideración como bien afecto de las acciones (lo cual puede tener justificación, pues eso, en definitiva, permite que la participación indirecta en sociedades con real actividad económica no se vea discriminada respecto a la ventaja fiscal que tiene quien es partícipe directo) para instrumentar la exención respecto del valor económico de bienes no empleados en una actividad económica, es un abuso que ni siquiera una hipotética mala redacción normativa puede amparar.

VIII. LAS ESTRUCTURAS *HOLDING* ³⁰

Por *holding* vamos a entender, en una primera aproximación, aquella sociedad cuyo activo (en todo o en parte) son participaciones en otras entidades. Con más precisión, la entidad *holding* que nuestro sistema fiscal diseña como «protegable» ³¹ es aquella en la que las inversiones que se tienen en otras entidades ³² superan el 5% del capital (de los derechos de voto dice la norma) de éstas y cuenta con una estructura organizativa de medios materiales y personales para dirigir y gestionar la participación.

²⁸ Sobre lo que no nos pronunciamos es sobre si en el sentido que marca nuestro ordenamiento (no afectos en IRPF y afectos en IP) o en el sentido contrario.

²⁹ Ilustrativa en este sentido es la Consulta DGT de 8-6-2001 en la que, tras razonar la proyección de la exención sobre las acciones de una entidad *holding*, y apoyar la condición de bien afecto de los valores en la excepción que el artículo 6 RIP hace en la remisión a la LIRPF, condiciona el ámbito de la exención a que las acciones que constituyen el activo de la entidad *holding* «sean necesarias para la obtención de rendimientos». Y si la mayor parte de los rendimientos, como es normal, procede de dividendos, difícilmente podrán considerarse no necesarios esos activos para la obtención de tales rendimientos.

³⁰ Como «*holding*» aludiremos indistintamente tanto a la estructura formada por varias sociedades (matriz y filiales), como a la sociedad matriz individualmente considerada.

³¹ Realmente lo protegido no es el tipo de entidad. Es el tipo de inversión que estas u otras entidades realizan en otras. Las ventajas que se asocian a este concepto son, fundamentalmente, que este tipo de valores no se tienen en cuenta como activos no afectos para calibrar la existencia de transparencia fiscal y, derivativamente, se arrastra tal idea al IP y al ISD.

³² Estas entidades, en las que la persona física participa en segundo grado, no pueden estar en transparencia fiscal.

La medición del porcentaje del 5% queda a una operación aritmética. Pero la mención a la estructura organizativa presenta cariz distinto. De entrada, lo que la norma no hace es considerar como estructura la que se propone para convertir un alquiler en actividad empresarial, esto es, conseguir local y empleado. Y esto, que se agradece en lo teórico pero que puede dificultar la carga probatoria, lleva a la necesidad de profundizar en qué sea esa estructura.

Intento fallido, presentado como un lapsus, fue la primera redacción de Real Decreto 1704/1999 que tuvo la «osadía» de entender que si esas participaciones no se poseían con la estructura necesaria para gestionar la actividad de las entidades participadas, habría que negar el carácter de empresarial a la entidad *holding*. A los dos meses de publicarse la norma se modificó el texto reglamentario suprimiendo la precisión que se comenta. Aunque la opinión tenga escaso sentido al tratarse de una precisión derogada, no se puede dejar de reconocer que la precisión no era en absoluto desmesurada. Sí que la norma con valor y rango de ley (la LIS, por remisión expresa de la LIP) alude a la gestión y dirección de las participaciones (en lugar de la proscrita referencia a la gestión y dirección de las entidades participadas), pero lo hace para medir la aplicación de la transparencia fiscal, por lo que parecía buen desarrollo reglamentario de la LIP (que niega la exención a la gestión de un patrimonio mobiliario) el precisar que cuando no se dirigen las sociedades, la gestión de las participaciones es gestión de capital mobiliario. No lo entendió así el Real Decreto 25/2000, de 14 de enero, que, con la supresión de lo establecido en la redacción inicial del Reglamento, se inclina por entender que gestionar unas participaciones no es realizar gestión de capital. Hay que reconocer que algo de paradójico ya tiene la norma.

En este punto, y sin pretender la traslación directa de los argumentos o conclusiones, es procedente la reflexión sobre el tratamiento que la imposición indirecta reserva para las *holding*. Y, en concreto, para analizar si el IVA, cuyo centro de gravedad es la existencia de una actividad económica, reconoce tal actividad en este tipo de entidades. Quizás su estudio no sea exportable a la imposición directa pero sí que parece una buena referencia sobre esta cuestión. Especialmente cuando se cuenta con jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre esta cuestión. De entre ese cuerpo jurisprudencial, y por su cercanía temporal, se toma como guía la Sentencia de 27 de septiembre de 2001 (Asunto C-16/00).

La primera cuestión que se le plantea al Tribunal es cuándo la intervención de una sociedad *holding* en la gestión de las sociedades en las que participa constituye una actividad económica en el sentido del artículo 4.º, apartado 2, de la Sexta Directiva. Ese precepto³³ incluye una definición descriptiva de qué sea actividad económica como elemento de definición de sujeto pasivo del impuesto. No es por tanto una definición orientada a desarrollar el concepto de entrega de bienes o prestación de servicios como elemento objetivo del hecho imponible del impuesto. Si así lo fuera, su valor como referencia podría ser menor por ser una mención instrumental para articular

³³ En el mismo se definen como actividades económicas todas las actividades de fabricación, comercio o prestación de servicios, y en especial las operaciones que impliquen la explotación de un bien corporal o incorporeal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo.

un hecho imponible. Pero no es así, pues el concepto que se da (amplísimo pues abarca la explotación de bienes) puede desligarse fácilmente del impuesto en el que se inserta. En esto reside la importancia de su cita.

De las conclusiones a que llega el Tribunal pueden destacarse las siguientes:

- El eventual dividendo que se obtenga fruto de la participación es resultado de la mera propiedad del bien y no constituye actividad económica (y aun incluyendo en tal noción –como hace la legislación del IVA– la explotación de bienes).
- Si la sociedad *holding* no interviene directa ni indirectamente en la gestión de estas empresas no puede apreciarse actividad económica.
- Sólo cuando haya una intervención directa o indirecta en la gestión de las filiales (mediante prestación de servicios administrativos, financieros, comerciales y técnicos) se entenderá que existe actividad económica.

De la lectura de estas consideraciones, y sin necesidad de argumentos adicionales, es inmediato concluir en que la efímera exigencia en el IP de intervención en la gestión de las entidades filiales no era en absoluto desproporcionada.

Sea como fuere lo cierto es que, con la supresión de la redacción reglamentaria inicial, la gestión de unas acciones no es gestión de capital mobiliario cuando se tiene más de un 5% del capital. Y sobre semejante sinsentido, el razonar qué tipo de estructura se necesite para gestionar unas participaciones (¿teléfono, fax y alguien que sepa leer y escribir?) resulta un tanto esperpéntico.

El optar por organizar las distintas sociedades de que es propietario una persona física o un grupo familiar alrededor de una estructura *holding* tiene sólidas razones empresariales. La centralización de los aspectos comunes de la gestión del grupo de sociedades (en cualquiera de los ámbitos en que sea posible: laboral, financiero, contractual, suministros, publicidad...) es el principal argumento. Pero incluso abandonando el estricto marco de la eficiencia empresarial, podemos advertir elementos puramente organizativos en el uso de la entidad *holding* como ordenadora y separadora de los aspectos gestores (que quedan encomendados a las filiales) y patrimoniales (residenciando la propiedad de las acciones en una única entidad).

Junto a las razones extrafiscales hay motivos tributarios que, constituyendo claros ejemplos de economías de opción, pueden aconsejar este tipo de estructuras. Sin ánimo de exhaustividad parecen ejemplo de lo dicho el acceso al régimen fiscal de la declaración consolidada o a la no tributación de los dividendos por aplicación de la deducción que elimina la doble imposición económica intersocietaria (art. 28 LIS).

Precisamente por la existencia de tan fundados intereses, la legislación fiscal española cuenta con un atractivo régimen especial para las operaciones de concentración empresarial y, por lo que nos interesa, también para las *holding*.

Esta intensa protección de determinadas operaciones societarias (que se extiende desde el IS al ITP y AJD ³⁴ y al Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de Bienes de Naturaleza Urbana en determinados supuestos) no es incompatible –más bien, todo lo contrario– con las caute- las sobre una aplicación congruente con la finalidad de la norma. En este sentido –y al margen las dificultades de aplicación y las posibilidades varias de interpretación– es el más destacable expo- nente el artículo 110.2 LIS ³⁵. Un precepto similar es el que inmediatamente se echa en falta –con mayor precisión ³⁶ sobre el juego de la intencionalidad fiscal y los válidos motivos empresariales– en los impuestos sobre las personas físicas.

La voluntad –y la actualidad de tal voluntad– de protección de las estructuras *holding* cuan- do el «propietario» de las sociedades es una persona física la exterioriza la nueva redacción del artícu- lo 108 de la LIS. Conforme al mismo, y es la novedad respecto de la redacción anterior al 1-1-2002, el diferimiento de la ganancia patrimonial derivada de la aportación no dineraria a una entidad tiene (sobre la común exigencia de aportación a una sociedad residente en territorio español de la que se llega a poseer, una vez realizada la aportación, al menos el 5% de sus fondos propios) reglas distin- tas según se aporten acciones (para las que se crea un régimen distinto del preexistente) u otro tipo de bienes. Para estos últimos se exige –como ya se hacía por la doctrina administrativa– afectación a actividad económica del aportante y llevanza de contabilidad oficial.

Para las acciones la normativa establece que sean representativas del capital social (al menos en un 5%) de una entidad residente en territorio español pero que no tribute en régimen de transpa- rencia fiscal, y que esas acciones (las que se aportan a título de capital) se posean de manera ininte- rrumpida por el aportante durante el año anterior a la fecha del documento público en que se for- malice la aportación.

La consecuencia de la norma no parece difícil ³⁷ de encontrar. Las aportaciones de acciones (bien que nunca tiene la consideración de elemento afecto en el IRPF) a una entidad (cuyo supues- to más claro es la entidad *holding*) no van a suponer ganancia patrimonial cuando representen al menos el 5% de los fondos de una entidad residente y no transparente. De este modo se enerva el último impedimento fiscal para realizar este tipo de estructuras. Llama la atención que el porcenta- je de control que se exige con carácter previo a la aportación sea del 5% y no el del 15%. El 5%

³⁴ Con la habitual diferencia (bien es cierto que en este caso nos parece justificada) de que el beneficio supone en el IS un mero diferimiento de tributación mientras que en el impuesto autonómico y en el local se configura como exención.

³⁵ Artículo 110.2 LIS: «No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal.»

³⁶ Una norma de este cariz debe dejar más claro si la ventaja fiscal y los motivos económicos válidos son incompatibles y, de no serlo, el cómo ponderar la preeminencia de uno u otro.

³⁷ La Memoria del anteproyecto de ley justifica la modificación para «no establecer diferencias de trato en las operacio- nes de reestructuración empresarial realizadas por las personas físicas por la sola razón de que aquellas actividades empresariales sean realizadas directamente por las mismas o a través de sociedades holding de cuyo capital son titula- res las personas físicas».

suponemos que deriva de la intención de aproximar los requisitos a los existentes en el IP para entender «afecta» una participación, pero no deja de resultar revelador (en el sentido que en el siguiente ejemplo se indicará) que se fije como requisito un porcentaje que como persona física no permite la exención en el IP (ese porcentaje es del 15% si se mide individualmente) mientras que, situadas ya las participaciones en una persona jurídica, tras la aportación sí lo permitirán.

IX. SITUACIONES EN QUE LA NORMATIVA PROPICIA (DE UN MODO IMPLÍCITO) UN TRATO DE FAVOR DE LAS ESTRUCTURAS *HOLDING* APARENTEMENTE AJENO A SU SENTIDO Y FINALIDAD

A través de unos elementales ejemplos se pretende exponer como la falta de atención hacia estas tan singulares estructuras propicia resultados que nos parecen poco conformes con el sentido de los beneficios fiscales que generan. Sin perjuicio de indicaciones particularizadas puede situarse la razón de esta discordancia en la inexistencia de un auténtico régimen especial que en la imposición directa sobre las personas físicas tenga en cuenta –para incentivarlo si así se considera oportuno pero también para prevenir abusos indeseables– las singularidades de estas operaciones.

1. Caso de que la entidad matriz no reúna las condiciones para que sus participaciones estén exentas.

Conviene fijar la atención en primer lugar en las posibilidades que da esta estructura cuando tales participaciones no están, total o parcialmente, exentas. Nos referimos a algo que, siendo elemental, sí merece su cita en este contexto de evaluación de estas estructuras.

Siempre que los ingresos que generan las sociedades participadas por la matriz queden en el pasivo de aquéllas, el valor contable de las acciones de ésta permanece sin variación y las ganancias acumuladas por las entidades que se controlan indirectamente no se «atribuyen» al patrimonio del socio.

1

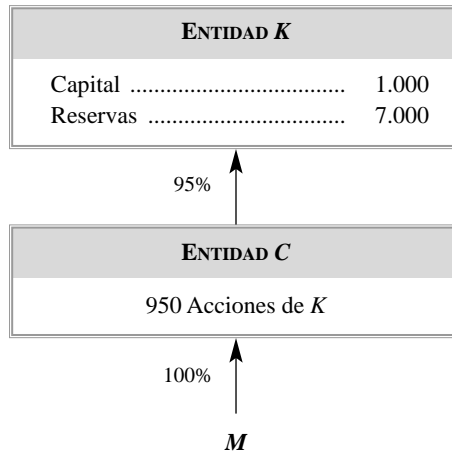
Ejemplo:

La persona física *M* participa al 100% en la entidad *C* cuyo único activo son acciones (en un porcentaje del 95%) de la entidad *K* que se encuentra en transparencia fiscal. Las acciones de *K* figuran en el activo de *C* por su precio de adquisición (el de suscripción de las acciones en su constitución) de 950 u.m. Siete años después de la constitución, *K* acumula unas reservas de 7.000 que no ha distribuido.

SE PIDE: Base imponible en el IP correspondiente a *M* suponiendo que no tiene derecho a la exención.

.../...

.../...



Como la norma de valoración de las acciones de entidades que no cotizan es (art. 16 LIP) el valor teórico, las acciones que *M* tiene de *C* se valorarán a precio de adquisición que es por el que figuran en balance.

Si la participación de *M* en *K* fuera directa (y suponiendo que fuera del 95%) el valor a declarar en patrimonio sería de 7.600.

	Si participa indirectamente en <i>K</i> en un 95%	Si participa directamente en <i>K</i> en un 95%
Valor a declarar por <i>M</i>	950	7.600

Todavía más, la distribución de beneficios por parte de *K*, y siempre que a su vez *C* los distribuyera, tampoco alteraría la valoración de *C* por cuanto no supondrían mayor neto patrimonial de la matriz.

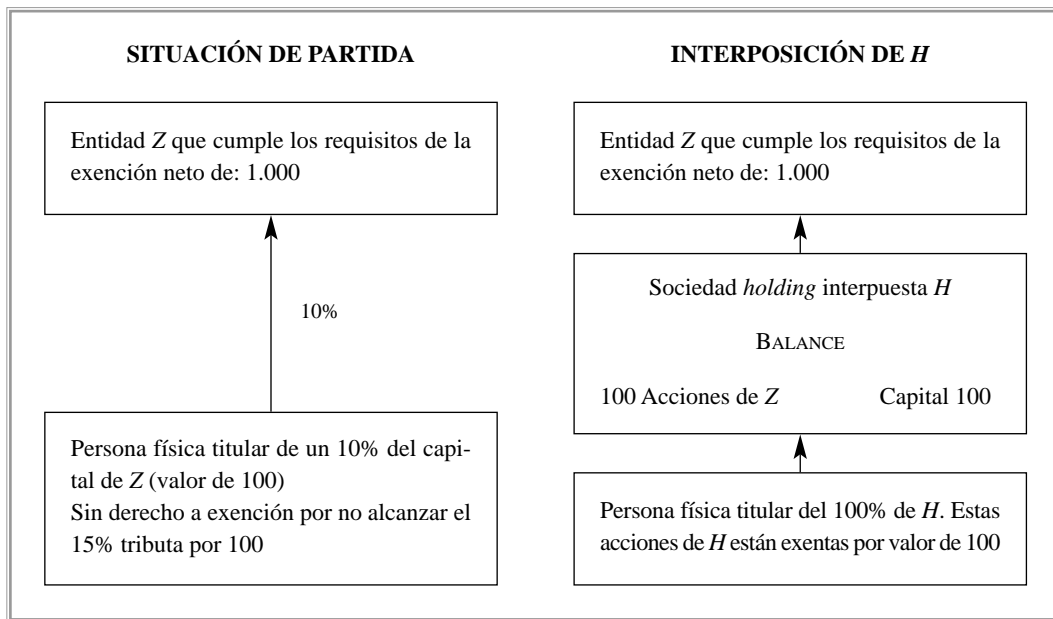
Incluso la inexistencia de válida auditoría –que remite en el impuesto a la posible valoración por la capitalización de los beneficios de los tres ejercicios anteriores– sería irrelevante siempre que la entidad matriz tuviera buen cuidado de distribuir temporal y adecuadamente sus eventuales beneficios.

Lo que este ejemplo pone de relieve es que, incluso cuando las acciones de una sociedad matriz están sujetas y no exentas, la combinación de las normas valorativas ³⁸ del IP y la no singularización en nuestro ordenamiento de algo tan especial como las estructuras *holding* (que abo-

³⁸ En honor a la verdad más que la norma de valoración del IP (que remite como primera alternativa al valor contable) es la norma contable la que genera la consecuencia que se expone. Y es que, la norma contable, imbuída del principio de prudencia, aboga por valorar los activos por el precio de adquisición no aceptando correcciones valorativas al alza. Sin embargo, a efectos del IP, y dado que el valor neto contable de una entidad matriz que no acumula los beneficios de las participadas no varía con los años, habría que ir a un sistema que reflejara más adecuadamente la imagen fiel (y no se olvide que el principio contable de imagen fiel es el prevalente) del valor de la entidad.

naría la idea de crear una norma de valoración especial de base imponible para estas organizaciones), dan un trato de favor respecto de lo que sería el régimen tributario de una participación directa en una entidad.

2. Interposición de *holding* para eludir el límite del porcentaje de participación en el patrimonio de una entidad.



En esta elemental operación se pone de manifiesto como, interponiendo una sociedad H (sin más activo que acciones de otra) entre el socio persona física (con una participación directa del 10%) y la entidad Z, se consigue la exención que antes no se disfrutaba.

Sin ignorar los buenos argumentos que pueden esgrimirse en defensa de la legitimidad de esta operación, y sin desconocer la dificultad de evitar este resultado sin vulnerar el acceso a la exención de las estructuras *holding*, debería compartirse que tiene algo de incongruente que una participación directa del 10% en una entidad no dé derecho a la exención y que sí lo dé una participación indirecta en esa entidad en ese mismo porcentaje del 10%. Este resultado, en un impuesto que grava la riqueza económica, y que otorga un beneficio en función del valor económico que representen los activos empresariales sobre los que se proyecta una suerte de «propiedad económica», tiene difícil encaje. Lo que permite este resultado es la ya explicada fractura entre el objeto de dominio jurídico (las acciones) y el objeto justificador de la exención (el valor económico de los activos empresariales) sobre el que no se tiene verdadera propiedad.

3. La insuficiencia de la remisión a la LIS.

Uno de los soportes de la exención en los casos de cadenas de sociedades es que las entidades participadas en segundo o ulterior grado no estén en transparencia fiscal. Esta razonable exigencia se contiene en la LIS cuando a la hora de no computar como valores a los que otorguen, al menos, el 5%, exige que la entidad participada no esté comprendida «en la presente letra ni en alguna de las dos siguientes». Esas letras son los distintos supuestos de transparencia fiscal en que puede incurrir una entidad.

En la norma reglamentaria aprobada en noviembre de 1999 y derogada en enero de 2000 lo que se exigía a la entidad participada era que no tuviera como actividad principal la gestión mobiliaria o inmobiliaria y que no estuviera en transparencia fiscal (excepto en el caso de sociedades de profesionales).

Las diferencias entre los dos regímenes son claras: las sociedades de profesionales participadas indirectamente por una persona física no dan derecho a la exención y la prohibición doble de no hacer gestión patrimonial ni ser transparente ha quedado reducida a no ser transparente.

Es precisamente este segundo aspecto el que se va a desarrollar. Para ello es preciso recordar que cuando una entidad, que por activo o actividad reúne los requisitos para ser transparente, tiene como socios exclusivamente a personas jurídicas, no le resulta aplicable tan régimen. La justificación de esta norma hay que buscarla en que quiebra la explicación primera de la transparencia que es evitar la elusión de la progresividad del IRPF.

Tenga o no sentido la previsión, tenga o no matices su aplicación práctica, lo cierto es que la combinación de la misma con la interposición de entidades da lugar a resultados poco congruentes.

2

Ejemplo:

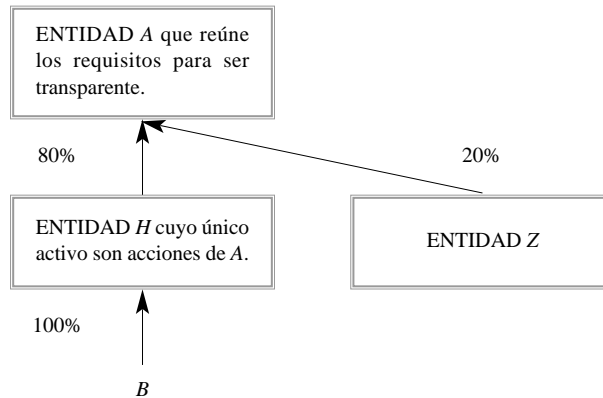
La entidad *A* reúne los requisitos para ser considerada transparente. Está participada en un 80% por la persona física *B* y en un 20% por la entidad *Z*. Posteriormente *B* aporta sus participaciones a la entidad *H* constituida al efecto.

SE PIDE: Efectos en el IP.

.../...

.../...

La nueva situación puede reflejarse del siguiente modo:



Como según la normativa del IS la entidad *A* no está en transparencia fiscal al tener exclusivamente socios personas jurídicas, *B* participa en una entidad que dirige su participación en *A* que es sociedad no transparente. El resultado es que las acciones que *B* tiene de *H* (pero que en definitiva es el valor económico que *B* tenía con anterioridad en *A*) están exentos.

Si este tipo de interposición queda bendecida por la normativa del IS y del IP se vuelve a dar la situación de que una participación directa en una entidad (*A*) del 80% no da derecho a la exención y si se convierte en indirecta (a través de *H*) sí otorga la exención. Si eso es así, y quizás serían oponibles algunos argumentos, lo grave no es el mejor trato de la participación indirecta sobre la directa (fenómeno que no deja de ser una llamativa conclusión) sino que el espíritu (en este caso clarísimamente) de la norma (tanto la del beneficio en IP como la de aplicación de la transparencia) quedaría vulnerado.

Sirva este ejemplo para ilustrar cómo la remisión a una norma (la de la transparencia fiscal) con unas finalidades muy concretas no satisface las exigencias que, desde la equidad, le son reclamables a todo régimen legal que reconozca beneficios (en este caso en el IP pero también en el ISD).

No obstante lo dicho debe citarse una contestación de la DGT (de 8 de junio de 2001) donde percibimos una inclinación por la interpretación finalista del beneficio que bien podría extenderse a otros aspectos problemáticos de esta regulación.

La Consulta que se le plantea a la DGT es la aplicabilidad de la exención por las participaciones de una entidad que, a su vez, detenta participación mayoritaria en una SIMCAV.

El consultante lo que alega es que como la participación en la SIMCAV es superior al 5% de los derechos de voto, se dispone de la correspondiente organización de medios materiales y personales, y la entidad participada (la SIMCAV) no está comprendida en ningún supuesto de transparencia (y no lo está como consecuencia de su legislación específica), esos valores no pueden computarse como tales en la matriz, liberándose ésta de la transparencia y consiguiendo para su socio (el consultante) la exención.

La literalidad de la norma, entendemos, da la razón al consultante. Sin embargo, la DGT, en una adecuada ³⁹ interpretación finalista (cuestión distinta es si es excesiva o no), contesta que aunque la SIMCAV no esté en transparencia, sí está comprendida (y eso es lo que literalmente dice la norma que cita el consultante) en alguna de las letras a), b) o c) del primer apartado del artículo 75 LIS, concretamente en la a), en cuanto más de la mitad de su activo está constituido por valores. Es decir, la DGT retoma, vía interpretación, lo que el Reglamento del Impuesto dictaba antes de su precipitada reforma (que la entidad participada en segundo grado no podía estar en transparencia ni tener el activo propio de éstas). Insistimos en que nos parece correcta la visión de la DGT, aunque el sentido del precepto que, en el IS, remite a esas letras del artículo 75 apunte más hacia lo sugerido por el consultante. Todo este entuerto es una consecuencia más de dejar al albur de la regulación de otros impuestos (con otro significado, con otro hecho imponible e incluso con otra materia imponible) los requisitos de un tan importante beneficio fiscal. Singularmente cuando la remisión a esos otros impuestos (en este caso al IS) lo es a un régimen especial, como es la transparencia fiscal.

Como la DGT añade que el que las SIMCAV no estén incurso en transparencia no altera su naturaleza y las características de la composición de su activo, podría trasladarse este razonamiento al ejemplo que planteábamos en el sentido de considerar invalidantes de la exención las participaciones en un 100% en otra entidad que, no estando en transparencia por su absoluto control por parte de otra entidad, tenga el activo propio de las transparentes.

4. La burla de la finalidad del artículo 6.1 RIP.

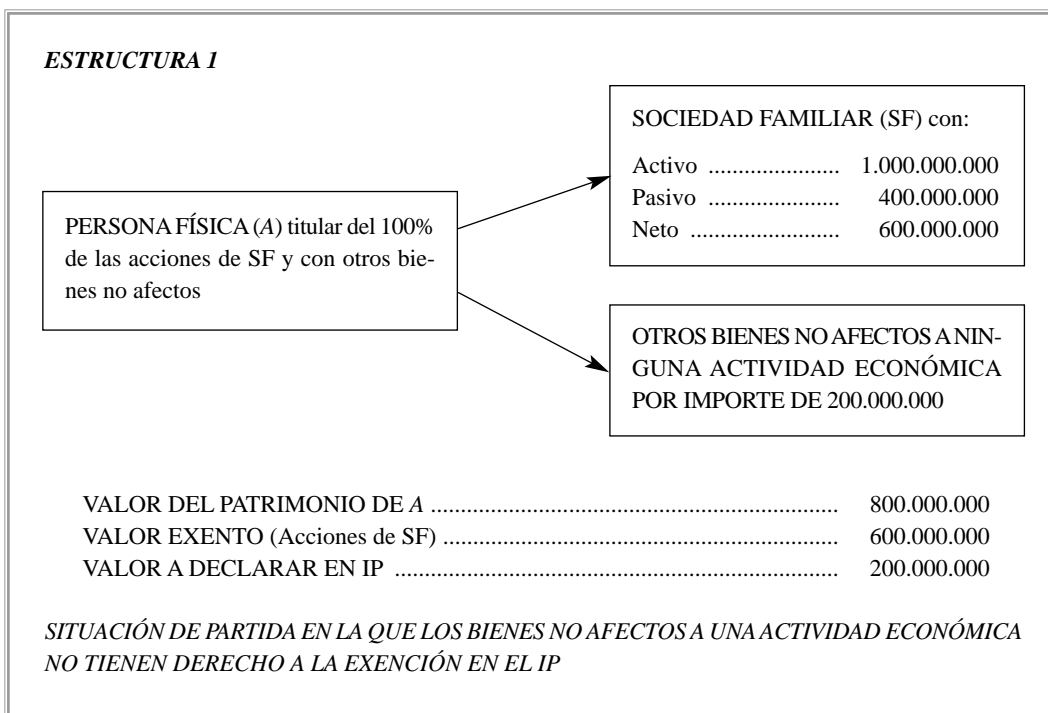
De una casi imposible aceptación resultan las operatorias que aprovechan que el alcance del artículo 6.1 RIP, verdadero garante del respeto a la esencia de este beneficio, no se proyecta normativamente más que a las entidades en que el sujeto pasivo del IP participa directamente. Es quizás la laguna más grave que provoca la utilización en un mismo elemento de la liquidación (el hecho imponible) de acepciones tan distantes como la propiedad jurídica y la económica.

³⁹ El mérito del esfuerzo de este Centro Directivo para forjar una coherente doctrina administrativa, en equilibrio entre la seguridad jurídica y la atención a principios no expresados literalmente en la norma, cuando la normativa de referencia es tan contradictoria, está tan llena de lagunas y es tan sensible a las exigencias del ámbito empresarial para su modificación, debe darse por reconocido sin mayor justificación.

En este ejemplo se presentan tres modos distintos de estructurar un mismo patrimonio empresarial poseído a través de entidades societarias.

En la **estructura 1** se refleja lo que se considera la situación de partida. En ella una persona física es titular de acciones de una sociedad en la que (por mayor claridad) participa en un 100%. Además de esas acciones (que le atribuyen una riqueza de 600.000.000) tiene, como persona física, otra serie de bienes que agrupamos bajo el genérico epígrafe de bienes no afectos (por un importe de 200.000.000).

De su total patrimonio personal (800.000.000) la parte que va a gozar de exención es la que representa el valor de los activos empresariales de la entidad en que participa (600.000.000). Los otros bienes, por su condición de no afectos, no gozan de la exención.

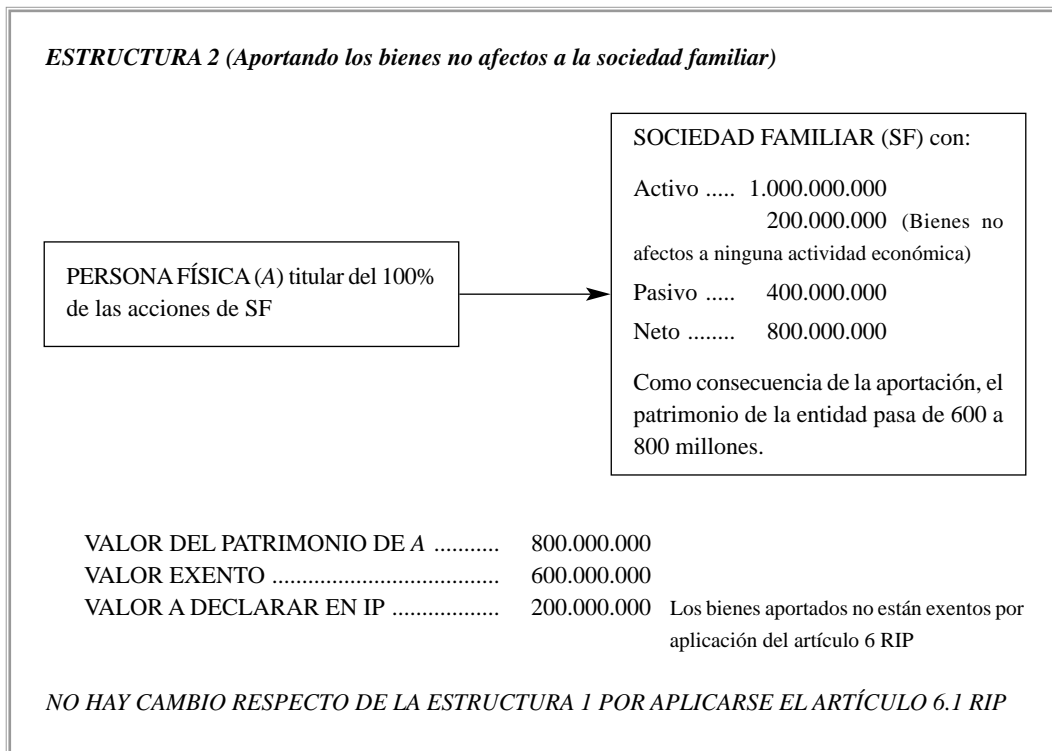


En la **estructura 2**, el valor total patrimonial del sujeto pasivo no varía respecto de la anterior. Su riqueza sigue siendo de 800.000.000. Sin embargo, no habiendo variado su patrimonio, se ha producido una alteración en su composición. Los bienes no afectos a alguna actividad empresarial han sido aportados a la sociedad en la que es único socio. De este modo el valor económico de éstos no se le «comunica» al sujeto pasivo vía su titularidad jurídica, pero sí a través del mayor valor (y normalmente mayor número de títulos) de las acciones de SF.

El sujeto pasivo *A* sigue teniendo derecho a la exención pues SF no entra en transparencia fiscal al no representar los bienes no afectos más del 50% del valor del total activo de la entidad. Sin embargo, del total valor de las acciones (800.000.000) no todo va a estar exento.

En efecto, dado que las acciones sujetas al impuesto son valores de una entidad que tiene activos no afectos, por aplicación del artículo 6.1 RIP la exención sólo alcanzará el valor que corresponda a la proporción existente entre los activos afectos al ejercicio de una actividad económica, minorado en el importe de las deudas derivadas de la misma, y el valor del patrimonio neto de la entidad.

No existiendo variación patrimonial, no existiendo un incremento en el número o valor de activos afectos, el resultado que genera el artículo 6.1 de equiparar el régimen fiscal de las estructuras 1 y 2 parece de lo más razonable.

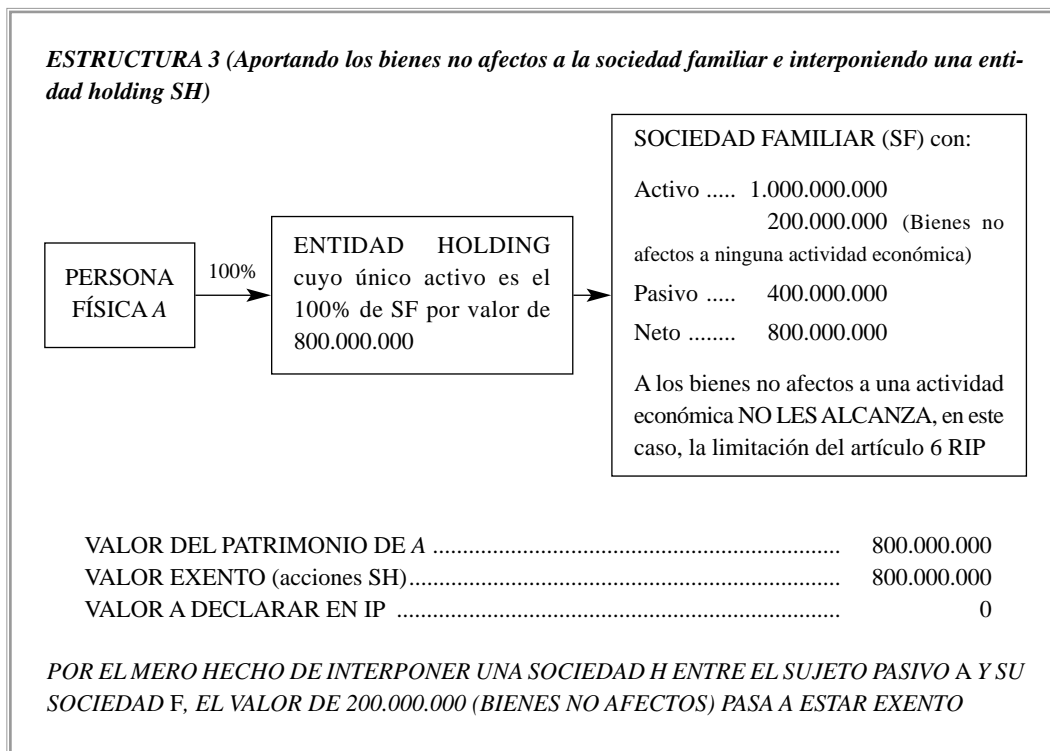


Es en la **estructura 3** donde la deseable neutralidad no se da. En esta organización empresarial, el cambio respecto de la número 2 es que entre la SF (con activos afectos y no afectos) y la persona física titular de sus acciones se interpone una nueva sociedad *H*. Esa interposición supone jurídicamente que *A* aporta las acciones de SF como único activo de la nueva sociedad *H*. Y si tal aportación lo es a título de capital recibe, en contraprestación, acciones de *H*.

Que el patrimonio no ha variado cuantitativamente es evidente. Que no se ha incrementado la inversión empresarial también. Y que la alteración cualitativa no merecería generar un mejor trato fiscal también nos parece irrefutable.

Obsérvese que A es ahora partícipe indirecto de SF. Y esa circunstancia le va a colocar en situación ventajosa:

A ejerce su dominio jurídico sobre acciones de la entidad H. Esas acciones, en la medida en que H no está en transparencia y no es sociedad de valores, gozan de la exención. Debe recordarse que el cumplimiento de este requisito negativo se logra por la consideración –que antes se ha visto que no era de tan inmediata justificación legal– de que el activo que tiene H (acciones de SF) es un activo afecto. Y lo es por entender cumplido el requisito de gestión de la participación y por representar las acciones un porcentaje de SF superior al 5%. Eso evita la consideración de sociedad de cartera, puede aceptarse dialécticamente ⁴⁰ que también la de mera tenencia de bienes, y la conclusión –conforme a lo que parece ser el criterio administrativo– es que queda expedita la exención.



⁴⁰ Antes se ha argumentado que no es tan evidente que la aplicación de los supuestos de exclusión como valores a efectos de determinar si se es sociedad de valores deban aplicarse para determinar si la entidad es de mera tenencia. No obstante, en el caso de las entidades holding debería aceptarse.

X. CRITERIOS ALTERNATIVOS QUE PROPONEMOS

Situaciones como las expuestas –que empiezan a ser habituales– deberían mover a una reflexión sobre el significado de las estructuras *holding* desde el punto de vista del IP.

De todas las situaciones que se han descrito, la que en nuestra opinión peor resiste el juicio del principio de equidad es la que considerábamos burla del artículo 6.1 RIP. Aplicar la exención sólo a la proporción que representen los activos afectos sobre el patrimonio neto es indispensable para la constitucionalidad del beneficio. Cuando tal medida no alcanza a las participaciones indirectas, es preciso la búsqueda de soluciones alternativas.

En nuestra opinión esa proporción entre activos afectos y valor del patrimonio neto de la entidad debería establecerse, en el caso de las entidades *holding*, no sólo en la entidad directamente participada por la persona física sino también en todas aquellas en las que, a través de la matriz, participe indirectamente. O dicho de otro modo, los activos no afectos a una actividad económica no pueden amparar la exención por el mero hecho de que se sitúen en entidades en las que la participación indirecta de la persona física o grupo familiar es de segundo o ulterior grado.

Esta afirmación, que nos parece irreprochable si se aborda el asunto desde la interpretación finalista de la norma, puede superar alguna de las críticas que sobre la misma se nos ocurren.

De entrada, no es contradictoria con la consideración como bien sujeto de las acciones poseídas en «primer grado». En primer lugar porque, como se ha argumentado, la exención acude más a la idea de control económico que a la de control jurídico que conforma la definición de sujeción. Y, en segundo y complementario lugar, porque la exención se basa en la información que arroja la situación de las entidades controladas indirectamente. En efecto, requisito clave para la exención es que las entidades en las que participa una sociedad matriz no estén en transparencia fiscal. Luego hay total congruencia entre este régimen legal (propio tanto del IS como del IP) y nuestra propuesta de análisis de esas entidades para determinar el importe de la exención.

La propuesta, por otro lado, no supone una suerte de levantamiento del velo de la sociedad en que participa la persona física. Primero porque, en todo caso, sería en una dirección opuesta a la habitual en esta técnica judicial, que va dirigida a actuar sobre los socios de la entidad en cuestión. Pero, además, atender al verdadero contenido económico de las acciones titularidad de la matriz resulta casi obligatorio tal y como está estructurada la exención.

Tampoco supone esta interpretación desconocer la relevancia que, como bien, tienen las acciones. Porque esa visión nos parece que no puede agotar la investigación tributaria (referida al IP) sobre tales elementos de sujeción, y porque puede completarse coherentemente con otra perspectiva. Esa perspectiva es la de que las acciones juegan en todo supuesto, pero especialmente en las estructuras *holding*, un papel «comunicante»⁴¹. Las acciones, conforme a su más genuina acepción mercantil,

⁴¹ Prueba de ello es la relevancia que el régimen fiscal de grupo ha dado siempre –como no podía ser de otra manera– a la participación indirecta.

por tanto jurídica, son parte alícuota del capital social. Y el valor que atribuyen a sus titulares es el que porcentualmente les corresponda sobre el patrimonio de la entidad. De ahí que no sea inapropiado contemplar las acciones como el instrumento jurídico que vincula la riqueza patrimonial de una entidad con sus socios. Y si ése es su papel –y así nos lo parece en el caso de las *holding*– la exención debe ganarse no por los méritos de lo que es una mera representación de valor (la acción) sino por el patrimonio en el que se participa. El que sea el valor teórico y no el de mercado el criterio de valoración de las acciones exentas (por la remisión que el artículo 6.1 RIP hace al artículo 16 LIP, coticen o no las acciones) puede tomarse como apoyo de esa preferencia de entender las acciones más como porcentaje de control de una entidad que bien en sí mismas.

El desconocimiento que pueda tener el contribuyente de la situación de entidades poseídas en un muy extenso grado de participación indirecta no nos parece argumento relevante. Ni por no ser autorización bastante para excusar el cumplimiento de las normas ni por representar verdadera dificultad. Y así, no sólo la consulta de la situación de todas las entidades en las que se participa indirectamente resulta prácticamente obligada siempre ya con el actual régimen normativo, sino que, alegar desconocimiento de esas estructuras cuando se está ventilando una exención argumentada por el control que sobre una entidad se posee tiene algo de contradictorio. O dicho de otro modo, escaso sentido tiene declarar la exención de unas participaciones cuando el grado de participación es tan insignificante que hasta le dificulta al contribuyente tener una completa información de la verdadera situación patrimonial de la entidad.

Siendo, en consecuencia, partidarios de una aplicación distinta de la norma que limita el ámbito de la exención, queda por opinar sobre si tal idea ⁴² debe quedar como mera propuesta de *legiferenda* o si tiene cabida con el actual texto. Y en tal disyuntiva parece que la aplicación de este criterio con la redacción actual encuentra cobijo sólo si se fuerza en exceso lo que es su tenor literal.

3

Ejemplo:

La persona física *F* participa en el 100% de la entidad *H* cuyo patrimonio está formado por activos no empresariales por importe de 1.000 y el 80% de las acciones de la entidad *Z* en importe de 2.400.

A su vez *Z* (con un neto patrimonial de 3.000) participa al 100% en la entidad *T* (con un patrimonio de 1.000) que está en transparencia fiscal y en el 60% de *J* que, tributando en el IS en el régimen general, tiene un 30% de sus activos no afectos a su actividad. *J* tiene un patrimonio de 2.000.

SE PIDE: Importe de la exención de las participaciones que *F* tiene de *H* suponiendo que en todas las entidades el activo coincide (por ausencia de pasivos) con el patrimonio neto y que todas ellas cuentan con la organización necesaria para gestionar las participaciones de que son titulares.

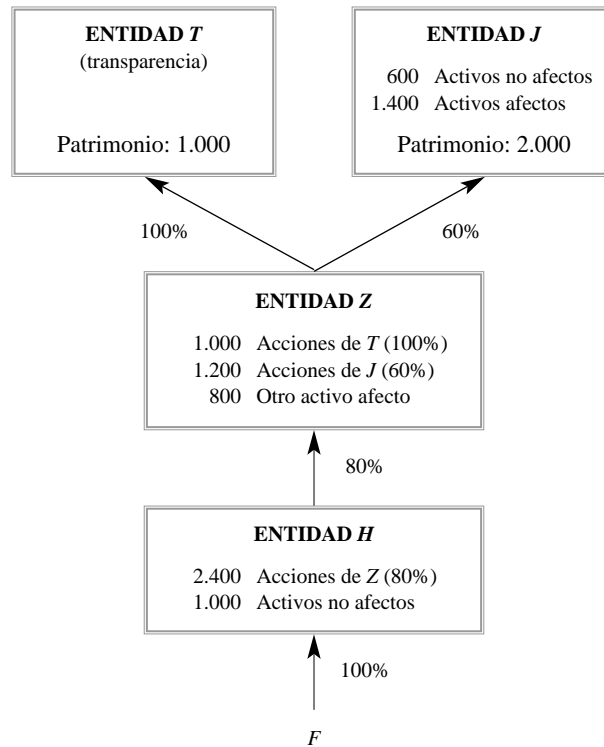
.../...

⁴² Naturalmente, sea cual sea la opinión sobre este asunto, no cabe duda que la seguridad jurídica obliga, de compartirse nuestra interpretación, a una modificación normativa.

.../...

Solución propuesta:

La estructura de esta participación puede representarse del siguiente modo:



F tiene acciones de H valoradas (según balance) en 3.400.

1. Procedencia de la exención:

¿Es H entidad transparente o tiene el activo propia de éstas?

- H tiene activos por importe de 1.000 que no se consideran afectos.
- Sobre el resto de activos (por valor de 2.400 que son las acciones que tiene de Z) hay que decidir si tienen, a estos efectos, la condición de valores. Dado que representan más de un 5% del valor de Z y se tiene la correspondiente organización, sólo queda por solventar si la entidad participada por H (o sea, Z) tiene la condición de transparente.

.../...

.../...

- Como *Z* tiene un patrimonio de 3.000, será transparente si los activos no afectos superan el valor de 1.500. De la composición de su activo se deduce que no es transparente:
 - Hay un activo afecto por importe de 800.
 - Las acciones de *J* (por valor de 1.200) se consideran afectas pues la entidad *J* no está en transparencia. Ya en este punto queda acreditado que *Z* no es transparente.
 - Las acciones de *T*, al ser sociedad transparente, computan por importe de 1.000 como bienes no afectos. No obstante debe recordarse algo que ya se ha desarrollado en otro supuesto. Como todos los socios de *T* son personas jurídicas (en este caso sólo hay un socio que es *Z*) sería defendible la condición de no transparente de *T*. A los efectos que ahora interesan –determinar la condición de transparente de *Z*– la alternativa es irrelevante.
- Al no ser *Z* transparente, tampoco lo es *H* y la exención a favor de *F* queda expedita.

2. Importe de la exención:

2.1. Según criterio administrativo basado en la literalidad de la norma:

Del valor de 3.400 el importe de 1.000 no está amparado por la exención.

La exención es de 2.400.

2.2. Según nuestra propuesta basada en una interpretación finalista de la norma:

Los activos afectos a una actividad económica que dan sentido al beneficio son de 1.400 en la entidad *J* y de 800 en la entidad *Z*. La situación de *T* es distinta. Sea o no transparente fiscal por la composición de su accionariado, es hipótesis de este supuesto que tiene el activo propio de las transparentes y en nuestra opinión eso invalida (o debería invalidar) la procedencia de la exención.

La participación indirecta que *F* tiene sobre esos activos afectos es de un 80% sobre los activos afectos de *Z* (lo que representa un valor de 640) y de un 48% sobre los de *J* (lo que supone un valor de 672).

Sobre la suma de ambos valores (1.312) es sobre la que debería extenderse la exención.

2.3. Comparación entre ambos sistemas:

La diferencia entre los dos importes de exención (1.088) corresponde al valor económico que los activos no afectos de *T* (800) y *J* (288) representan, a través de su participación indirecta, en el patrimonio de *F*. Sólo los activos no empresariales que tiene *H* (1.000) quedan excluidos de la exención.

A través de este sencillo ejemplo queda claro cómo la actual redacción e interpretación del artículo 6 RIP no evita respecto de participaciones de segundo o ulterior grado el que la exención se desvirtúe por amparar bienes no afectos a actividades económicas.

XI. LA TRANSPARENCIA FISCAL SOBREVENIDA

El que una sociedad esté incurso en el régimen de transparencia fiscal es motivo para la negación de beneficios fiscales a los socios personas físicas. Sin embargo, la LIS establece que no se computan como activos no afectos aquellos cuyo precio de adquisición no supere el importe de los beneficios que, obtenidos en el propio año o en los diez anteriores por la realización de actividades empresariales, no hayan sido distribuidos. Es decir, cuando se dé tal nivel y origen de reservas, un importe de activos (realmente no empresariales) igual a esos beneficios acumulados pasan a considerarse «afectos».

La justificación en el IS no parece especialmente problemática desde el conocimiento de que con tal previsión se evita la transparencia fiscal a sociedades que, transitoriamente, tienen parte de su patrimonio neto materializado en activos no destinados a su empleo en la actividad económica.

Desde 1 de enero de 2000, y con la finalidad de poder aplicar esta norma a las estructuras *holding*, se precisa⁴³ que los dividendos que procedan de sociedades y que, al menos en un 90%, realicen actividades económicas, tienen la consideración de beneficio «empresarial» para la sociedad socia de aquéllas.

Dada la interrelación entre la normativa de la LIS y la de los beneficios para los socios personas físicas, debe analizarse si las previsiones sobre la transparencia fiscal sobrevenida son aplicables a la exención del IP y, derivativamente, al ISD.

El criterio administrativo (si por tal debe tomarse el que se desprende de la contestación de 8 de junio de 2001 a consulta no vinculante número 35874) es favorable a tal traslación. Sin embargo, lo llamativo de las conclusiones que en algún caso (como el que ahora se desarrollará) pueden darse, merece un repaso de los argumentos que puedan sostener esa interpretación.

⁴³ Realmente la norma se dicta con una interminable sarta de negaciones consiguiendo la apariencia de que se está restringiendo el concepto de qué sea beneficio empresarial. La realidad es que se declara beneficio de la actividad empresarial de una sociedad al dividendo que procede de otra sociedad. Y eso, en contabilidad, es un ingreso financiero distinto tanto de la cifra de negocios como de los resultados de explotación. Por tanto, si la proclama del artículo 10.3 LIS sobre la importancia del resultado contable sigue teniendo algún sentido, habría que concluir que la consideración de los dividendos como resultados empresariales es una ampliación de tal concepto.

APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE LA «TRANSPARENCIA SOBREVENIDA» A LA EXENCIÓN DEL IP.**SITUACIÓN 1 (DE PARTIDA):**

PERSONA FÍSICA A — 100%	BALANCE DE LA SOCIEDAD F			
	1.000.000.000	Activo	Capital	350.000.000
			Reservas	250.000.000
			Pasivo	400.000.000
	Las reservas se han generado en los últimos 10 años			

Tiene otros bienes no afectos por importe de 200.000.000

SITUACIÓN 2 (INCORPORANDO LOS BIENES NO AFECTOS A LA SOCIEDAD F):

PERSONA FÍSICA A — 100%	BALANCE DE LA SOCIEDAD F			
	1.000.000.000	Activo	Capital	550.000.000
	200.000.000	Activo (no afecto)	Reservas	250.000.000
			Pasivo	400.000.000

POR EL HECHO DE QUE LA SOCIEDAD F TENGA RESERVAS GENERADAS EN LOS ÚLTIMOS 10 AÑOS, LOS 200.000.000 DE BIENES NO AFECTOS PASAN A ESTAR EXENTOS

El argumento a favor de esta traslación normativa es evidente: la regulación del IP sólo impide el acceso a la exención cuando la entidad, por aplicación de lo establecido en el artículo 75 LIS, no reúna las condiciones para considerar que más de la mitad de su activo está constituido por valores o es de mera tenencia de bienes. Aparentemente la remisión no deja resquicio a otra interpretación⁴⁴ pero sí a reflexiones sobre el sentido de tal solución.

La primera reflexión es que, incluso para el propio ámbito del IS, no se entiende cómo la norma no limita su ámbito a supuestos de transitoriedad. ¿qué sentido tiene el que, por ejemplo, una sociedad inmobiliaria «inmovilice» como su único activo el dinero resultante de una promoción y que durante diez años la sociedad esté «liberada» del régimen de transparencia fiscal y sus socios tengan exención en el IP cuando el activo de la sociedad en que participan es exclusivamente dinero?

La clave de estos interrogantes es si el no cómputo como activos no afectos convierte a esos activos en bienes afectos. Para la DGT (Consulta de 1-6-2000) la respuesta es afirmativa. La nuestra es negativa. De la propia consecuencia jurídica de la norma («... no se computarán como... elementos

⁴⁴ Una interpretación distinta la fundamentaría en que la regla de la transparencia sobrevenida, según tenor literal de la norma, es «a efectos de lo previsto en esta letra». Pudiera argumentarse que ese primer inciso está limitando la regla a los casos en que haya que determinar si, en el IS, es aplicable el régimen de transparencia fiscal.

no afectos...») se desprende que se opera sobre bienes no afectos y que el resultado obtenido es su no cómputo pero manteniéndose inmutable su calificación como bienes no afectos. Si eso es así, ¿qué sentido tiene que en un impuesto, como el IP, en el que la composición del activo no es sólo relevante para determinar la procedencia o no de la exención [y lo es a través de la remisión de las letras a) y b) del apartado Dos del artículo 4 Ocho LIP] sino también, una vez determinada la procedencia de ésta, para cuantificar su importe, se aplique la regla de la transparencia sobrevenida?

Por ello, y al menos en el segundo nivel de la exención, los bienes no afectos a una actividad económica pero que por aplicación de las reglas del IS no se computaron como tales, deberían tratarse como lo que son: como bienes no afectos que no dan derecho a la exención en la parte que proporcionalmente representen.

XII. CONCLUSIONES

1. Constitucionalmente todo beneficio fiscal ha de tener, por lo que implica de trato de favor, una justificación objetiva y razonable. Además, su alcance ha de ser proporcional a la importancia de dicha justificación.
2. Una exención (y lo mismo sería predicable de una reducción del 95%) supone el más amplio beneficio posible. Por ello, para respetar el principio de igualdad, debe contar con una justificación objetiva y razonable que resista el más exigente de los análisis.
3. La exención sobre los bienes que constituyen el activo de una empresa individual parece razonablemente justificada. El distinto trato tributario respecto de los bienes que generan rendimientos de capital (mobiliario o inmobiliario) se sustenta en la existencia, como principal fuente de renta, de un ejercicio personal de una actividad económica. Construir un beneficio sobre la diferencia que supone una implicación personal en algo tan útil a la riqueza nacional como la actividad económica no puede reputarse como trato injustificadamente desigual.
4. La exención de los bienes inmuebles cuando su alquiler se realice contando con un local separado y una persona asalariada no nos merece el mismo juicio. Ya la proyección del beneficio sobre inmuebles alquilados parece poco respetuosa con la materia imponible gravada (entre otras razones porque pocos bienes exteriorizan tan bien el índice de riqueza de una persona como los inmuebles) y con el sentido de la exención (distinguir favorablemente a quien ejerce una actividad económica en detrimento de quien obtiene rentas «pasivas»). Pero es que el criterio de distinción (valorando su sencillez y claridad y respetando el juego que pueda dar en el IRPF) resulta insatisfactorio para decidir, nada menos, que la propiedad, la donación o la herencia no resulten gravadas. De entenderse merecedor de exención de impuestos el valor inmobiliario habría que mejorar el criterio de distinción.
5. La exención sobre las participaciones queda justificada en la medida en que éstas representan una parte alícuota del valor económico de los activos empresariales titularidad de una entidad. En consecuencia, cuanto más dependa su valor de su cotización como tal bien objeto de tráfico jurídico, menos razonable parecerá la exención. Paradigma de tal distanciamiento son las acciones de entidades negociadas en mercados organizados.

6. Con el mismo anterior fundamento, cualquier extensión de la exención sobre el valor de bienes que, siendo titularidad de una entidad, no tienen un destino empresarial debe reputarse como grave lesión del principio de igualdad al quebrar la justificación razonable que todo beneficio exige.

El artículo 6 del Reglamento del impuesto es el garante de tal exigencia. Sin embargo resulta gravemente burlado cuando la participación directa en una entidad es cauce de participación indirecta en otras.

7. Los requisitos exigidos a la entidad para permitir la exención de sus participaciones presentan importantes problemas:
 - La negación del beneficio cuando no se tenga por actividad principal una gestión patrimonial tiene algo de incongruencia ya que no se define qué sea actividad principal y se resuelve la existencia de gestión patrimonial en función de la composición del activo.
 - La exclusión de las sociedades transparentes traslada al IP todos los problemas de definición y distinción entre sociedad de mera tenencia de bienes y sociedades de cartera. La indiscriminada aplicación de las normas de transparencia fiscal (valga el ejemplo de la relativa a la transparencia sobrevenida) al IP desvirtúa el sentido de la exención.
8. La remisión poco clara (se hace tanto al IS como al IRPF aunque sea para los dos niveles en que se estructura la exención) para medir la afectación en el IP permite defender (con razonamientos distintos, surgidos de la literalidad de la norma y de la imprecisa distinción entre sociedades de valores y de mera tenencia de bienes) que tanto las acciones de una SA como las participaciones en una SL, poseídas por otra entidad, siempre deben computarse como elementos no afectos.
9. Los requisitos exigidos al sujeto pasivo, desde el momento que es posible su cumplimiento por otra persona, debilitan la consistencia de la exención. Que una persona con un porcentaje ínfimo de participación, sin intervención alguna en la dirección de una entidad, tenga derecho a la exención por el hecho de que su cuñado sí cumpla los requisitos, resulta desproporcionado. Si se compara con la exigencia de ejercicio directo, personal y habitual para el empresario persona física la desproporción es un tanto mayor.
10. Las estructuras *holding* gozan de un trato privilegiado en el IP. Sin embargo, los requisitos de acceso a la exención no configuran como una auténtica actividad económica la que pueda tener por objeto las participaciones poseídas por una entidad.
11. Alrededor de la participación indirecta en entidades existe una pluralidad de posibilidades de elusión de las cautelas con que se protege la rectitud del beneficio que reclama una pronta reforma legislativa.
12. De no variar la aplicación de esta regulación habrá que entender que, al menos, existen fundadas sospechas de vicios de inconstitucionalidad en estos beneficios por lesionar el principio de igualdad.
13. La solución a tal situación no es enderezar administrativamente las lagunas legales. La interpretación de las normas, por brillante que sea, y por ajustada a su finalidad que se presente (y atisbos de ello hay en las contestaciones de la DGT), no puede sustituir la preferible solución de una reforma legislativa.