



FRANCISCO POZUELO ANTONI

Inspector de Finanzas del Estado

Extracto:

SE analizan las novedades introducidas por la Ley 13/1996 en la regulación de las exenciones del Impuesto sobre el Patrimonio relativas a la empresa individual y a las participaciones. Se estudia también la difícil relación de esas novedades con el desarrollo reglamentario ya existente y con el criterio administrativo.

La incidencia de esta normativa en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se abordará en un próximo trabajo.

Sumario:

- I. Introducción.

- II. Exención relativa a los «útiles de trabajo» (art. 4, octavo, uno de la Ley 19/1991, de 6 de junio).
 1. Ámbito objetivo.
 2. Sujeto pasivo beneficiado por la exención.
 3. Requisito cuantitativo.
 4. Cargas, gravámenes y deudas relativas al negocio.

- III. Exención relativa a las participaciones en determinadas entidades (art. 4, octavo, dos de la Ley 19/1991, de 6 de junio).
 1. Participaciones exentas.
 2. Titularidad sobre las participaciones.
 3. Requisitos que debe cumplir la entidad.
 4. Requisitos que debe cumplir el sujeto pasivo.
 5. Determinación del importe de la exención.

I. INTRODUCCIÓN

En el Impuesto sobre el Patrimonio (en adelante IP) los beneficios fiscales que disfrutaban las empresas se concretan en dos exenciones: la que afecta al negocio individual y la relativa a determinadas participaciones.

La importancia de las mismas reside tanto en la disminución de deuda tributaria que puedan suponerle al contribuyente como, en el caso de las participaciones, en ser punto de referencia para los beneficios que respecto de las transmisiones lucrativas se recogen en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones.

Por tratarse de dos beneficios fiscales configurados técnicamente como exenciones y en consonancia con la función fundamentalmente censal que se predica de este impuesto, los bienes afectados deben (y así el art. 8 del R.D. 2481/1994) declararse aunque no se computen para el cálculo de la base imponible. Son exenciones, por otro lado, cuya procedencia debe plantearse año a año pues, entre otros requisitos, exigen un determinado nivel de renta que lógicamente variará de un ejercicio a otro.

En cuanto a su regulación, se resume en las siguientes normas:

- Surgen con la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales que introdujo un nuevo apartado octavo en el artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, que es la que contenía la redacción inicial de la Ley del IP.
- Tal norma fue posteriormente desarrollada por el Real Decreto 2481/1994, de 23 de diciembre, que determinaba los requisitos y condiciones de las actividades empresariales y participaciones para beneficiarse de la exención. Esta norma reglamentaria -que será objeto de especial atención en estos comentarios- fue objeto de recurso que resolvió el Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de junio de 1996 declarándola ajustada a Derecho.

- La penúltima modificación la efectuó la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, rectificando el porcentaje de participación que debía cumplirse para tener derecho a la exención.
- Finalmente la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social es la que fija su redacción actual.

A pesar de su común origen y de responder a una idéntica política de favorecimiento de las PYMES, la distinta naturaleza y configuración de las dos exenciones exigen su estudio separado.

II. EXENCIÓN RELATIVA A LOS «ÚTILES DE TRABAJO» (ART. 4, OCTAVO, UNO DE LA LEY 19/1991, DE 6 DE JUNIO)

1. Ámbito objetivo.

Esta exención comprende cualquier tipo de bienes y derechos necesarios para el desarrollo de la actividad empresarial de una persona física.

1.1. El beneficio existe siempre **con independencia del régimen de estimación** de base imponible que corresponda al sujeto pasivo en el IRPF. Por tanto, el beneficio es aplicable tanto a los empresarios que tributen en estimación directa como a los que lo hagan en la modalidad de estimación objetiva, sea por coeficientes o por signos, índices o módulos. Y al margen de la llevanza o no de contabilidad oficial.

1.2. De su simple lectura resulta que la norma excluye de la exención a los bienes afectos al desarrollo de **actividades profesionales**.

Tal criterio lo confirma el artículo 1.1 de Real Decreto 2481/1994 que al enumerar los supuestos de actividades empresariales incluye todas las que el artículo 40 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, incluye como rendimientos de la actividad empresarial o profesional con la excepción de «el ejercicio de profesiones liberales, artísticas y deportivas».

En relación a esta exclusión debe tenerse presente que las actividades artísticas y deportivas no tienen autonomía conceptual ni trato distinto en el IRPF (1) con la excepción, en su caso, del régimen de transparencia fiscal. Por tanto, no gozarán de exención en el IP por no considerarse actividad empresarial.

(1) La rúbrica del artículo 40 de la Ley del IRPF es «Rendimientos íntegros de actividades empresariales o profesionales» incluyendo el segundo párrafo del primer apartado a las rentas artísticas y deportivas.

La limitación de la exención a las actividades empresariales traslada a este impuesto las dificultades que en el IRPF presentan determinadas actividades para su calificación como empresariales o profesionales.

La guía que el Derecho positivo ofrece (2) para esta distinción consiste en una remisión a las Tarifas del IAE y en una enumeración de los supuestos tradicionalmente problemáticos (entre otros autores, traductores, comisionistas, etc.).

1.3. Supuesto concreto del **alquiler o compraventa de inmuebles.**

La existencia o no de actividad empresarial en estos casos debe resolverse también acudiendo al IRPF (3), reputándose empresarial aquella actividad que se realice contando con un local propio y un empleado con contrato laboral y al margen de que en el IAE o en el IVA se incluya siempre como actividad empresarial el alquiler de bienes inmuebles.

1.4. Exigencia de que el bien sea *necesario* para la actividad empresarial.

Desde una perspectiva teórica la necesidad debe identificarse (y en tal sentido el art. 6 de la Ley del IRPF y el art. 2.1 del R.D. 2481/1994) con afectación del bien a la actividad y, por tanto, supone la aplicación de los criterios que al respecto establece el artículo 1 del Real Decreto 1841/1991, que aprobó el Reglamento del IRPF (en adelante, RIR).

La remisión al IRPF es coherente y parece obligada pero la experiencia demuestra que la claridad teórica sobre la afectación se torna oscuridad en cuanto se plantea al caso concreto que en cada momento proceda. De este modo todas las dificultades de prueba sobre la exclusividad o no de los bienes no sólo tendrán relieve en el IRPF o en el IVA sino también en el IP con motivo de calibrar la procedencia de la exención.

2. Sujeto pasivo beneficiado por la exención.

La concesión de la exención beneficia exclusivamente a quien «ejerza de forma habitual, personal y directa» la actividad. Tal expresión es también la que el artículo 43, uno de la Ley del IRPF emplea para individualizar, en caso de matrimonio, los rendimientos de la actividad.

(2) La distinción se contiene en el artículo 51, dos del reglamento del impuesto regulador de las retenciones sobre rendimientos de actividades profesionales.

(3) Ése es el criterio del artículo 1.2 del Real Decreto 2481/1994 de redacción idéntica al artículo 40, dos de la Ley del IRPF.

Su significado en el IP debe referirse fundamentalmente a la atribución de la exención exclusivamente al cónyuge que realice la actividad de modo tal que, en aquellos regímenes matrimoniales de titularidad común de los bienes en los que sólo un cónyuge sea, a efectos fiscales, empresario, se producirá la siguiente situación:

- La titularidad de los bienes que compongan el «patrimonio empresarial» será común a los dos cónyuges. Tal situación se dará normalmente en las personas sujetas al Derecho del Código Civil y en las que la normativa foral así se prevea dejando siempre a salvo lo que mediante capitulaciones matrimoniales se haya podido pactar.

Si el régimen económico matrimonial (4) determina la titularidad privativa de uno de los cónyuges sobre el negocio, sólo este cónyuge se atribuirá la titularidad de los bienes disfrutando de la exención sobre la totalidad de los mismos.

- En el IRPF los rendimientos de la actividad se imputan exclusivamente al cónyuge que realice la actividad. En esto se diferencia de lo que ocurre con los rendimientos de capital o los incrementos de patrimonio en los que se sigue la regla civil de titularidad de los bienes.
- La afectación de un bien consorcial a la actividad exclusiva de un cónyuge se entiende en el IRPF cumplida con independencia de su titularidad civil (art. 1 del RIR).
- En el IP (5) cada cónyuge debe atribuirse el porcentaje de valor que sobre los bienes comunes le corresponda según su régimen económico. Esta regla se aplica tanto a los bienes afectos a una actividad como a los que formen parte de la esfera particular del patrimonio de la persona física.
- El porcentaje del valor de los bienes y derechos afectos que corresponda al cónyuge empresario se beneficiará de la exención.
- El porcentaje de bienes atribuidos al cónyuge no empresario no gozará de exención en el impuesto aunque estén totalmente afectos a la actividad del consorte conforme al artículo 1 del RIR antes citado.

Entiendo (6) que, para la tasación de esos bienes, no se seguirán los criterios de valoración de los activos empresariales sino que se aplicarán las reglas del impuesto apropiadas para cada tipo de bien.

(4) Y tal circunstancia puede suceder tanto por pacto expreso como por aplicación del régimen de separación de bienes o por ser bienes privativos dentro de un régimen consorcial.

(5) La norma se contiene en el artículo 7 de la Ley 19/1991 y supone la adopción en el IP de los criterios de titularidad jurídica de los bienes.

(6) La cesión de bienes de un cónyuge para la actividad exclusiva del otro no tiene una regulación expresa en el IP. En el IRPF, que es donde la afectación cobra pleno significado, este tipo de cesiones puede presentar dos consecuencias (art. 43, tres *in fine* de la Ley 18/1991): como norma general se considera una cesión que originará gasto deducible en el cónyuge empresario y rendimiento de capital en el cedente. La excepción se reserva para los bienes comunes a ambos cónyuges -y tal es el caso que nos interesa ahora- determinándose que no habrá ni ingreso ni gasto para ninguno de los dos cónyuges.

3. Requisito cuantitativo.

Establece la ley para beneficiarse de la exención que la actividad empresarial debe constituir la **principal** fuente de renta del sujeto pasivo.

Esa **principalidad** la mide el párrafo segundo del artículo 3.1 del Real Decreto 2481/1994 comparando la suma de la parte regular e irregular de la base imponible del IRPF con los rendimientos netos de la actividad empresarial. Si estos rendimientos empresariales son igual o superiores al 50 por 100 del importe agregado de bases imponibles, se tendrá derecho a la exención en el IP.

Este sistema de cálculo fue impugnado ante el Tribunal Supremo por eventual exceso reglamentario pero el criterio del Tribunal fue el de la plena legalidad de tal sistema (7).

Prescindiendo de los efectos desfavorables que esa comparación pueda suponer en determinados casos (si por la actividad empresarial se declara un rendimiento neto negativo no habrá derecho a la exención en IP) lo cierto es que, entre otras, la norma tiene la ventaja de su remisión a conceptos fiscales **perfectamente tipificados**. De este modo el importe del rendimiento neto de la actividad y la base imponible serán los que resulten de la declaración del sujeto pasivo o de las liquidaciones firmes que la Administración hubiera practicado con posterioridad.

Al remitirse la norma al rendimiento neto debe tomarse, en los casos de estimación objetiva, el rendimiento fiscalmente procedente prescindiéndose de cuál fuera el beneficio real que la contabilidad de la actividad pudiera mostrar.

En el caso de que el sujeto pasivo ejerza varias actividades empresariales, la magnitud que debe tomar como rendimiento neto de las mismas es, precisamente y como indica el artículo 3.2 del Real Decreto 2481/1994, la suma de los rendimientos empresariales de todas las actividades desarrolladas.

Por lo que respecta al importe total de la base imponible debe subrayarse que desde 1 de enero de 1997 (8) en ese cómputo deben excluirse las remuneraciones que por cualquier motivo (no sólo por labores de dirección) se perciban de las entidades cuyas participaciones estén exentas en el IP.

Este tratamiento en el IRPF supone que los bienes utilizados por el cónyuge empresario sin ser íntegramente suyos se consideran, desde la perspectiva del no empresario, o bienes generadores de rentas del capital o bienes no susceptibles de generar renta. Es decir, que en ninguna de las dos hipótesis cabe entenderlos, para el cónyuge no empresario, bienes afectos.

Por tanto, el artículo 11 de la Ley del IP relativo a «bienes y derechos de las personas físicas, afectos a actividades...» no les resultará de aplicación.

(7) En concreto los recurrentes planteaban la extralimitación reglamentaria por los perversos efectos que pudieran provocar la existencia de pérdidas en la actividad, la existencia de incrementos por bienes no afectos o el cálculo estimado y no real del beneficio en el sistema de estimación objetiva por módulos. El Tribunal Supremo no apreció extralimitación en ninguno de tales supuestos.

(8) La modificación se ha efectuado por la Ley 13/1996.

1

Ejemplo:

El sujeto pasivo A es titular de participaciones de la sociedad X que reúnen los requisitos para estar exentas del IP. De su declaración de IRPF se desprenden los siguientes datos sobre rendimientos netos:

– Rendimientos del trabajo	1.000.000
– Capital inmobiliario	1.000.000
– Dividendos de la sociedad X	3.000.000
– Dividendos de la sociedad Y	1.000.000
– Actividad empresarial	3.500.000
TOTAL BASE IMPONIBLE	9.500.000
TOTAL IMPORTE «AGREGADO» A CONSIDERAR excluyendo los 3.000.000 que recibe de X ...	6.500.000

Como $3.500.000 > 50\%$ de $6.500.000$ los bienes afectos a su actividad empresarial estarán exentos en el IP.

No obstante esta remisión a conceptos perfectamente acuñados en la imposición directa, es posible el señalar algún supuesto cuya tributación pueda no resultar tan pacífica:

a) Lo que la norma, por ejemplo, no precisa es el criterio a seguir en el caso de que se presente **declaración conjunta** con el resto de miembros de la unidad familiar.

¿Debe compararse su renta empresarial con la base imponible declarada o con la que le correspondería de aplicarse los criterios de individualización de rendimientos previstos en el IRPF?

- En el caso de presentar declaración conjunta pero no existir rendimientos de otros miembros de la unidad familiar, la base imponible de la declaración corresponderá íntegramente al sujeto pasivo que ha realizado el hecho imponible por lo que esa base declarada es la que debería considerarse en el IP.

Es cierto que las diferencias que pueda presentar con la base imponible que le correspondería en declaración individual serán mínimas pero existir, pueden existir (9).

(9) Por ejemplo por el distinto límite de deducción de gastos financieros en el caso de adquisición de la vivienda habitual (art. 35 B y 92, uno de la Ley 18/1991 del IRPF).

- En el caso de declaración conjunta existiendo rendimientos de otros familiares, entiendo que la base a considerar no sería la declarada sino la base que le hubiera resultado de haber presentado la liquidación individual.

En este sentido debe señalarse que la Ley del IP ordena comparar con los rendimientos netos el importe agregado de bases imponibles del IRPF *del sujeto pasivo*.

En la declaración conjunta correspondiente a varios sujetos pasivos no existe una base imponible que pueda imputarse al sujeto pasivo realizador de actividades empresariales. Como mucho existiría una porción de base imponible a él imputable. Ante la inexistencia de una base imponible del sujeto pasivo en sentido estricto cabrían dos soluciones: o tomar la parte de base imponible que en función de la cuantía de sus rentas corresponda al cónyuge empresario o bien calcular la base que le correspondería de haber presentado la declaración de modo individual.

Esta segunda opción parece más convincente por resultar más coherente que la primera. En efecto, si por los rendimientos netos empresariales se toman los que según el criterio de individualización de rentas correspondan al sujeto pasivo, la magnitud con los que se compararán será más homogénea si se calcula en base a esos mismos criterios de individualización y no mediante un mero cálculo proporcional.

b) También puede plantear dudas el **período de tiempo** al que debe referirse esa comparación.

La causa de tales interrogantes debe situarse en la utilización de un criterio con una clara dimensión temporal, como es la comparación de rentas, en un impuesto como el IP que grava la situación del patrimonio en una fecha concreta. Es notorio que en la inmensa mayoría de supuestos el período de tiempo al que referir los rendimientos empresariales y la base imponible coincidirá con el año natural.

Ahora bien, ¿qué ocurre en aquellos casos en los que no coincide el año natural con el período impositivo del IRPF, pudiendo haber varios períodos impositivos en un mismo año o en los supuestos en que la actividad empresarial no se ha desarrollado todo el año? (10).

La existencia de un período impositivo en el IRPF de duración distinta al año natural puede suceder por varios motivos (art. 94 de la Ley 18/1991 del IRPF) que, a los efectos de calcular si la actividad empresarial es la principal fuente de renta, agrupamos de la siguiente manera:

(10) El supuesto de período impositivo no coincidente con el año natural en el IP no se plantea por cuanto el devengo del impuesto se produce (art. 29 de la Ley del IP) a 31 de diciembre y respecto de la situación patrimonial del sujeto pasivo a esa fecha.

- Por fallecimiento en día distinto al 31 de diciembre del sujeto pasivo que tribute individualmente o del padre o madre separados o no casados:

En esta hipótesis el IP relativo a los fallecidos no se llega a devengar por lo que no será preciso efectuar comparación alguna.

- En otro grupo de supuestos, como son la disolución, nulidad o separación matrimonial y cuando el sujeto pasivo contraiga matrimonio (y no presente una única declaración separada por todo el período impositivo), el cumplimiento de las obligaciones formales de declaración se materializará en la presentación por cada cónyuge de una declaración individual y otra conjunta con su consorte, existiendo, según el artículo 94, dos de la Ley del IRPF, varios períodos impositivos en un mismo año natural y finalizando el último de ellos en 31 de diciembre.

En tal caso, la consideración del devengo del IP el último día del año natural, el asentado criterio de que los requisitos que las normas tributarias puedan exigir deben referirse al momento del devengo de cada gravamen y la literalidad del artículo 94, dos de la Ley del IRPF, nos llevan a concluir que la comparación que el IP exige deberá hacerse considerando el rendimiento neto empresarial y la base imponible del sujeto pasivo correspondientes al último período impositivo del IRPF devengado en 31 de diciembre por ser ésta la fecha en que también se devenga el IP.

Por otro lado, la existencia de una actividad empresarial que no se haya desarrollado durante todo el período impositivo (por ser, por ejemplo, el ejercicio de inicio) no debería suponer la modificación del criterio que literalmente se desprende de la norma. Es decir, se comparará la renta empresarial del ejercicio con la base imponible del mismo sin resultar procedente ningún tipo de prorrateo o «elevación al año» de los rendimientos netos empresariales.

4. Cargas, gravámenes y deudas relativas al negocio.

Estando sujeta en el IP la titularidad de un patrimonio neto (art. 3 de la Ley 19/1991) es obligado que la existencia de «pasivos» en tal caudal deba reflejarse a la hora de cuantificar la base imponible.

Esa exigencia conceptual la cumple el artículo 9 de la Ley del Impuesto al definir la base como el valor del patrimonio neto y determinar éste por diferencia entre el valor real de los bienes y derechos y determinadas cargas, gravámenes y deudas (11).

(11) La letra b) del apartado dos del artículo 9 incluye las cargas y gravámenes de naturaleza real, cuando disminuyan el valor de los respectivos bienes o derechos, y las deudas y obligaciones personales de las que deba responder el sujeto pasivo.

El análisis de los efectos de tales minoraciones cuando existen bienes exentos debe hacerse distinguiendo, por un lado, las cargas y gravámenes y, por otro, las deudas.

El concepto de carga o gravamen no es de fácil delimitación en la esfera tributaria. El único (12) auxilio que la Ley del Impuesto proporciona es la exigencia de que tales pasivos tengan naturaleza real y disminuyan el valor de los respectivos bienes o derechos sobre los que estén establecidos.

Es precisamente esa naturaleza real (entendida frente a obligación meramente personal) y esa vinculación a un bien o derecho concreto lo que justifica el que el apartado tres del artículo 9 disponga que las cargas y gravámenes sobre bienes exentos -y por lo que ahora nos ocupa sobre los bienes empresariales- no tengan la consideración de deducibles para la determinación del patrimonio neto.

Por tanto, aquellos actos, negocios o derechos (como, por ejemplo, las pensiones) que se reputen fiscalmente como carga de algún activo empresarial no se tomarán a la hora de cuantificar la base imponible al no incluirse tampoco el bien o derecho al que van inevitablemente unidos.

Por su parte, el tratamiento de las deudas u obligaciones personales que afecten a bienes exentos no está expresamente recogido en la ley. El silencio de la norma está justificado por cuanto, casi por definición y por la no identificación o atribución de las obligaciones con un bien o derecho concreto, las deudas son deducibles en el IP con independencia de la tributación de los bienes y derechos.

Esa desvinculación entre deudas y activo patrimonial obedece tanto a la naturaleza jurídica de las obligaciones personales (no proyectadas sobre un bien en concreto a la hora de garantizar su cumplimiento) como a la técnica de liquidación del impuesto. No obstante lo anterior, la realidad económica suele mostrar la «conexión» de una determinada deuda con un determinado bien por ser aquélla el medio de financiación de la adquisición de éste. Y ejemplos del relieve tributario de esa conexión entre deuda y bien hay muchos (13). Todas estas circunstancias son las que se deben tener presente a la hora de ponderar la tributación de las deudas por la actividad empresarial cuando sea aplicable la exención pues deben servir de justificante o apoyo para concluir en la especialidad que esta exención presenta respecto a las existentes para otro tipo de bienes.

(12) El artículo 37.2 del Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (aprobado por R.D. 828/1995, de 29 de mayo) y el artículo 12 de la Ley 29/1987, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones son un poco más explícitos a la hora de definir el concepto fiscal de carga o gravamen. Tales preceptos no diferencian las cargas en función de su naturaleza perpetua, temporal o redimible pero exigen en todo caso que estén directamente establecidos sobre los bienes y que disminuyan su valor. Proponen como ejemplos el censo y las pensiones, y no consideran carga a aquellas que constituyan obligación personal del sujeto pasivo aunque se hallen garantizadas con prenda o hipoteca.

(13) Entre otros, la deducción de los gastos financieros en el IRPF por las cantidades destinadas a la adquisición de la vivienda habitual.

La particularidad fundamental que presenta esta exención frente a otras es que si bien se extiende exclusivamente sobre los *bienes y derechos* (14) afectos a la actividad, el valor de los mismos se cuantifica por diferencia entre el activo real y el pasivo exigible (art. 11). Es decir, la consideración de las deudas de la actividad empresarial como gasto deducible no se ubicaría formalmente en la letra b) del artículo 9, dos regulador de las cargas, gravámenes y deudas sino en la letra a) que define el valor de los bienes y derechos de que sea titular el sujeto pasivo, determinado conforme a las reglas de los artículos siguientes. Pues bien, entre esos «artículos siguientes» está, precisamente, el artículo 11 de valoración de las actividades empresariales.

Todo ello nos lleva a considerar que aunque la dicción literal del artículo 4, octavo regulador de la exención limita ésta a los bienes y derechos, como el valor de los mismos incluye ya la deducción del pasivo exigible, la aplicación de la exención no debe permitir la deducción de las deudas.

A la misma conclusión se llega por la aplicación del Derecho positivo al reconocer el artículo 2 del Real Decreto 2481/1994 que en ningún caso, el importe de tales deudas se tendrá en cuenta de nuevo a efectos de determinar la base imponible del Impuesto sobre el Patrimonio.

Las deudas a las que se refiere ese precepto son las «*derivadas de la actividad*». Respecto de esta precisión debe considerarse que el precepto escoge adecuadamente los términos para delimitar las deudas a las que pretende referirse, huyendo de conceptos tales como deudas afectas o deudas necesarias que casarían mal con el significado mismo de la afectación (15).

Como ejemplo, entendemos que paradigmático, de deuda derivada de la actividad habría que incluir a la deuda que por el IRPF del ejercicio correspondiente pudiera deducirse el contribuyente en su declaración de Patrimonio. En tal caso, la parte de cuota (16) que corresponda al rendimiento neto empresarial no resultaría deducible en la medida en que deriva de la actividad cuyos bienes afectos gozan de la exención en el IP.

III. EXENCIÓN RELATIVA A LAS PARTICIPACIONES EN DETERMINADAS ENTIDADES (ART. 4, OCTAVO, DOS DE LA LEY 19/1991, DE 6 DE JUNIO)

La exención que el apartado dos del artículo 4, octavo de la Ley del IP regula tiene peculiaridades que obligan a una cierta diferenciación con la relativa al negocio individual. Desde una perspectiva teórica, la diferencia más relevante entre ambas exenciones reside en su modo de aplicación.

(14) El que la ley declarara exentas a las deudas no dejaría de producir una cierta contradicción conceptual por lo inapropiado de calificar como exento un gasto deducible.

(15) Tal y como definen la afectación la Ley y el Reglamento del IRPF ésta sólo debería predicarse de los bienes y derechos que constituyan un activo patrimonial pero no de los pasivos con que aquéllos se financiaran.

(16) Si la deuda, conforme al régimen económico matrimonial del contribuyente, fuera a cargo de la sociedad de gananciales, su importe (art. 7 de la Ley del IP) debería distribuirse entre los dos cónyuges siendo deducible en el cónyuge no empresario y no siéndolo en el cónyuge empresario.

Y así mientras la exención benefactora de la empresa individual se resuelve en una alternativa bien simple: se aplica o no se aplica, la relativa a las participaciones exige calibrar no sólo su procedencia sino también en qué grado se aplica (17).

Se trata, por otro lado, de una exención cuya importancia económica es notablemente superior a la anterior y que, tanto desde la perspectiva del sujeto pasivo como desde la de la Administración acreedora, y a pesar del relativo poder recaudatorio de este tributo, tiene una cierta significación cuantitativa. Esa importancia, basta para ello comparar los supuestos subsumibles en la redacción primera de la norma en 1994 con las participaciones beneficiadas por la misma a fecha de 1997, se ha ido incrementando paulatinamente con la ampliación del ámbito de la exención. Este dulce discurrir hacia una benigna tributación de uno de los bienes mejor tratados en casi todos los tributos se culmina al constituir estas participaciones exentas en el IP, uno de los presupuestos de hecho de los beneficios fiscales que nuestra actual normativa prevé en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

1. Participaciones exentas.

1.1. La cotización en un mercado.

Según la redacción actual de la norma están exentas, reuniendo determinados requisitos, las «participaciones en entidades» con o sin cotización en mercados organizados.

La novedad consiste en que hasta el 31 de diciembre de 1996 la norma dejaba fuera de su ámbito a las entidades con cotización y ahora también éstas resultan beneficiadas. No es momento ni ocasión para opinar sobre una modificación que, previsiblemente, no tendrá un alcance generalizado pero quizás sí lo sea para recordar lo que la Exposición de Motivos del Real Decreto 2481/1994 señalaba sobre la finalidad de esta exención: «El objetivo de estas exenciones es, al igual que la mayoría de las medidas tributarias contenidas en la Ley 22/1993 citada, favorecer la inversión empresarial, especialmente en el área de las pequeñas y medianas empresas (PYMES). Es en este sentido, por lo que sólo los empresarios individuales y las participaciones en PYMES resultan beneficiadas por la medida, pues en otras circunstancias se incurriría en un grave daño a la equidad tributaria». Sospechando que más bien son pocas las PYMES que cotizan en Bolsa, quizás debería reflexionarse sobre el efecto de esta modificación en el principio de equidad tributaria que la normativa anterior proclamaba.

Una vez subrayada la última modificación de la norma, su estudio debe comenzarse por la delimitación de los conceptos «participación» y «entidad».

(17) El limitar el importe de la exención -nada extraordinario por otra parte en nuestro ordenamiento- complica no sólo el proceso de liquidación del impuesto sino también la propia comprensión teórica de la exención. Tampoco ayuda a esa comprensión el hecho de las sucesivas modificaciones normativas de su regulación ni su dependencia de otros tributos (señaladamente el Impuesto sobre Sociedades) igualmente modificados.

Dispone el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 4 del Real Decreto 2481/1994 que: «A estos efectos se entenderá por participación la titularidad en el capital o patrimonio de una entidad». Sobre qué tipo de entidades se proyecte la exención nada dice la norma. El alcance de estas dos expresiones dista de ser una mera cuestión semántica o teórica si se tiene en cuenta la multitud de «entes» que pueblan los distintos censos fiscales y el número de personas físicas relacionadas con los mismos, ¿se exige forma societaria? ¿sólo las sociedades mercantiles son las beneficiadas? ¿deben tributar en el Impuesto sobre Sociedades? ¿se exige personalidad jurídica? ¿tienen derecho las comunidades de bienes a la exención?

Una aproximación sistemática (18) a la norma permite despejar buena parte de esos interrogantes pero la respuesta sobre la aplicación, en concreto, a las comunidades de bienes exige necesariamente, y más allá de una respuesta «intuitiva» que razonara la exención sobre la base de que el legislador las debe contemplar o en la exención relativa al apartado uno de este artículo 4, octavo (bienes y derechos de las personas físicas) o en el apartado dos (participaciones en entidades), ahondar en los conceptos tanto de «participación» como de «entidad». Además, el acceso de estos entes a la exención por una u otra vía tiene, por lo diferente de su régimen, especial importancia.

1.2. Concepto de entidad. Casos concretos de la comunidad de bienes y la cuenta en participación.

El concepto de entidad no tiene una configuración propia e inequívoca en el Derecho Civil. En el Derecho público, y en concreto en el Tributario, la expresión se ha generalizado intentando abarcar, y siempre dependiendo de cada tributo o norma, al mayor número de sujetos y situaciones jurídicas.

Ante el silencio de la normativa del IP sobre esta cuestión, y no considerando argumentos prevalentes los que pudiera proporcionar la imposición indirecta (19), las normas que procede repasar son la Ley del IRPF y la Ley General Tributaria (en adelante, LGT).

El artículo 33 de la LGT, uno de los más conocidos de todo el ámbito tributario, deja bien sentado que en este sector del ordenamiento jurídico el concepto de entidades (20) prescinde de la personalidad jurídica bastando para su consideración la existencia de una unidad económica o un patri-

(18) Sin perjuicio de retomar luego la cuestión debe razonarse que si la dicción literal de la letra b) del apartado dos de este artículo 4, octavo, en su primer inciso, dice: «b) Que, cuando la entidad revista forma societaria...», está aceptando cualquier forma societaria (civil o mercantil) pero también que se beneficien de la exención «entidades» no societarias.

(19) La normativa del IVA no tiene ningún reparo en considerar sujeto pasivo a cualquier «entidad» societaria o no y pro vista o no de personalidad jurídica. Algo parecido ocurre con el gravamen sobre las operaciones societarias pero no en el concepto de transmisiones patrimoniales onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados donde la cualidad de sujeto pasivo precisa siempre de la personalidad jurídica de la que pueden carecer muchas de estas entidades.

(20) A las que se refiere con mayúscula a diferencia de las leyes posteriores de cada tributo (art. 10 de la Ley 18/1991 del IRPF o art. 84 de la Ley 37/1992, reguladora del IVA).

monio separado. El artículo 10 de la Ley del IRPF reproduce de modo casi idéntico tal precepto aunque concluya en su no sujeción y en la tributación en el régimen de atribución de rentas. Entiendo que no existiendo norma especial en el IP, abarcando el concepto de la LGT a las unidades sin personalidad jurídica y ratificando tal alcance el impuesto central de la tributación directa sobre las personas físicas, la conclusión debería ser la inclusión de las comunidades de bienes en el concepto de entidad de que se sirve la exención.

Coherentemente también se considerará como entidad a las sociedades civiles, tengan o no personalidad jurídica, a cualquier «ente» que atribuya sus rentas a sus partícipes según la normativa del IRPF o el Impuesto sobre Sociedades, a formas de colaboración empresarial como las Uniones Temporales de Empresas, los Fondos de Inversión, o los Fondos de Pensiones, con independencia tanto de su personalidad jurídica diferenciada como de su sujeción o no al Impuesto sobre Sociedades.

Cuestión parcialmente distinta es la calificación de las cuentas en participación. Este tipo de contrato mercantil (21), sin equivalente en el Derecho Civil, ha recibido un notable impulso por el protagonismo que la cambiante tributación de sus rentas viene experimentando en los últimos años. Desde la perspectiva del IP, y teniendo presente que no se puede apreciar en este contrato una suerte de comunidad más allá de la que nazca de la coincidencia de intereses económicos, la no existencia de personalidad jurídica diferenciada, la no concurrencia (STS 4-12-92) de un patrimonio común independiente del de las partes intervinientes y, finalmente, la relevancia fiscal de tales circunstancias (las cuentas en participación no tributan en el régimen de atribución de rentas) habría que concluir que este tipo de colaboración empresarial no se considera entidad y no puede beneficiarse de la exención relativa a las participaciones.

Su no inclusión en esta exención no impide, sin embargo, que el partícipe gestor que ejerza la actividad, y sea titular de los bienes, pueda beneficiarse de la prevista para la empresa de las personas físicas.

1.3. Concepto de participaciones.

Desde la óptica del Derecho Mercantil la expresión «participación» suele reservarse para determinado tipo de valores que documentan inversiones y derechos de muy distinto carácter (participaciones de sociedades limitadas, participaciones en Fondo de Inversión,...).

El concepto más amplio que recoge el desarrollo reglamentario de esta exención (art. 4.1 segundo párrafo ya citado) es el de titularidad en el capital o patrimonio de una entidad. Más que una definición de las participaciones lo que parece definir es el derecho o poder económico que esas participaciones deben conferir a su propietario pues de otro modo, el concepto se adaptaría sin espe-

(21) Su regulación se encuentra en el artículo 239 y ss. del Código de Comercio.

cial problema a cualquier entidad carente de personalidad jurídica (y sobre cuyo capital no cabría otra titularidad que la de sus partícipes) pero en el caso de entidades con personalidad jurídica la titularidad formal de su capital o patrimonio sólo a la entidad debería corresponder.

O quizás la norma pretendía incluir con esa definición todos aquellos casos en los que esa titularidad no estaba representada en un valor, bien o documento, dando por sentado que si existía tal «cosificación» (acción en una sociedad anónima, participación en una sociedad limitada, participación de Fondos de Inversión,...), la exención, con mayor razón, debía entenderse aplicable.

Sea como fuere, todo parece llevar a una interpretación de la expresión sin especial rigor jurídico pues en otro caso ni las acciones (22) de una sociedad anónima podrían entenderse incluidas. Desde esa perspectiva, deberían incluirse no sólo las participaciones que constituyan auténticos valores mobiliarios sino también aquellas especiales situaciones activas no representadas por un valor que supongan para un sujeto pasivo un porcentaje de propiedad sobre un determinado fondo económico. En este sentido sería participación la cuota de cada partícipe en una comunidad de bienes pero no el derecho del cuentapartícipe no gestor a recibir un porcentaje del resultado próspero o adverso de la cuenta en participación pues tal derecho o situación jurídica activa no se extiende sobre un capital o patrimonio sino sobre las rentas generadas por éste.

2. Titularidad sobre las participaciones.

Es el artículo 4 del Real Decreto 2481/1994 el que se ocupa de esta cuestión haciendo dos precisiones:

- La titularidad de esas participaciones debe corresponder «*directamente al sujeto pasivo*», y
- En el caso de desmembración del derecho de propiedad sobre las participaciones, el beneficio fiscal corresponderá al nudo propietario.

a) La primera cuestión a resolver sobre la **titularidad directa** de que habla el precepto es si verdaderamente hay que atribuirle algún significado como requisito adicional de la exención o si por el contrario no deja de ser una inevitable consecuencia de la redacción del artículo sin mayor trascendencia.

La natural inclinación hacia la sencillez y facilidad en la aplicación de la norma podría suponer la no consideración de esta expresión como un presupuesto más para gozar de la exención pero si se considera que el adverbio «directamente» podría haber sido omitido por la norma y que el apartado 2 del artículo 5 del reglamento lo reitera, hay que pensar que su inclusión es deliberada y por tanto relevante.

(22) El concepto de acción tiene múltiples acepciones (parte alícuota del capital, valor mobiliario, conjunto de derechos,...) pero no es exactamente una titularidad del capital de una sociedad anónima.

Cuestión distinta es que su inclusión en una norma reglamentaria que no se ha modificado, a pesar de los sustanciales cambios de la ley que desarrolla, pueda hacer necesaria una revisión y adecuación de los requisitos de la exención.

Aceptado el carácter imperativo de esa correspondencia directa, debe determinarse cuál sea su contenido. Y en este punto la norma no resulta todo lo clara que debiera: por un lado, declara exentas a «las participaciones en entidades cuya titularidad corresponda directamente al sujeto pasivo». Acto seguido define a la participación como «la titularidad en el capital o patrimonio de una entidad». Tres grandes cuestiones nos plantean estas dos expresiones legales:

2.1. *¿La correspondencia directa al sujeto pasivo se predica de la titularidad sobre la participación o sobre el capital?*

- a) Si la correspondencia directa se proyecta sobre la titularidad que el partícipe tenga en el capital o patrimonio, la precisión resultaría superflua. La razón es que la propia definición de participación (titularidad en un patrimonio) lleva implícito el que necesariamente, esa cuota de titularidad corresponda directamente al sujeto pasivo.
- b) Por otro lado, si como parece que es el sentido de la norma en concordancia con el artículo 5.2 del mismo reglamento, la correspondencia directa se predica exclusivamente del poder que se tenga sobre la participación, y no se exige expresamente esa correspondencia directa sobre el capital, ¿se está permitiendo el que el control de la entidad pueda obtenerse, al menos parcialmente, mediante inversiones indirectas? Sobre esta posibilidad se volverá más adelante al estudiar el requisito del porcentaje que debe tenerse sobre la entidad.

2.2. *En todo caso, ¿qué es una correspondencia directa?*

El acercamiento jurídico a la expresión de titularidad o dominio directo de poca ayuda resulta (23). Tampoco una delimitación negativa del concepto aclara nada pues la noción de dominio indirecto sigue siendo igual de oscura. Por tanto, parece preferible su análisis a través de las diversas situaciones que pueden verse afectadas por tal exigencia.

2.3. *Situaciones que pueden verse afectadas por esta exigencia de correspondencia directa. Caso concreto de la copropiedad de participaciones.*

¿Puede referirse la norma a que las participaciones correspondan privativamente al sujeto pasivo y no sean bien común del matrimonio?, ¿Puede referirse a que la adquisición originaria o derivativa de la participación la realizara el sujeto pasivo *directamente* al margen de que la ley económica de su matrimonio convirtiera el bien en ganancial teniendo el otro cónyuge propietario, pero no estrictamente adquirente, una titularidad indirecta?, ¿Puede estar excluyendo a las situaciones de condominio sobre las participaciones en las que no cabe apreciar una titularidad directa del sujeto pasivo?

(23) Al margen de calificaciones doctrinales no generalizadas, la tipificación legal de una titularidad directa sobre un bien sólo se recoge en el Código Civil para supuestos muy concretos como es el caso (art. 1.605) del censo enfiteútico pero no creemos errar al afirmar que no era precisamente en esta figura en lo que pensaba el legislador de 1994.

No pensamos que el requisito de la titularidad directa haga relación a la situación jurídica de las participaciones dentro del régimen matrimonial pero interpretando (24) que este precepto trata de resolver las dudas sobre las distintas situaciones en que se puede encontrar la propiedad de las participaciones exentas, la situación de **condominio** sí puede verse afectada por esa exigencia.

La situación de condominio, analizado desde la perspectiva de la relación interna entre comuneros, atribuye un derecho de propiedad pleno a cada copropietario limitado por un derecho idéntico en favor de los restantes. ¿Permite concluir tal situación en que no existe una titularidad jurídica directa en el sentido de que no es plena? En cierto sentido, la titularidad de la propiedad está limitada (que no dividida) y no es exclusiva. En esa medida, sí podría concluirse en que no hay una titularidad directa.

Más aún, en los supuestos de copropiedad de participaciones difícilmente puede delimitarse la condición de socio entre los comuneros, por lo que no pudiendo atribuir a un sujeto pasivo concreto el carácter de socio, no existiría en estos casos una titularidad directa.

Para el estudio de los efectos que la copropiedad de unas participaciones supone para los terceros, el caso concreto de la relación externa entre los copropietarios de acciones y la sociedad de la que forman parte sí ha sido objeto de regulación en el artículo 66 de la Ley de Sociedades Anónimas. Lo fiscalmente relevante en tal norma es la figura del representante de los copropietarios que sin necesidad de formar parte de la copropiedad (la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 17-2-65 sólo exige capacidad jurídica bastante) es el único legitimado frente a la sociedad para el ejercicio de sus derechos. Este régimen legal -nacido de la dificultad que la radical indivisibilidad de la acción provoca para atribuir a cada comunero la posibilidad del ejercicio de los distintos derechos que la titularidad de una acción confiere- supone no poder identificar en ningún comunero la condición plena de socio y necesitar un «tercero mediador» para ejercitar los derechos de la participación. Es decir, que el pleno uso y disfrute de los derechos de la participación no puede hacerse «directamente».

Si a tal hecho se une que la finalidad (25) de la exención es beneficiar al socio con una labor activa en la sociedad debería entenderse que, fiscalmente, no es posible el concretar en ningún comunero la titularidad directa de la participación.

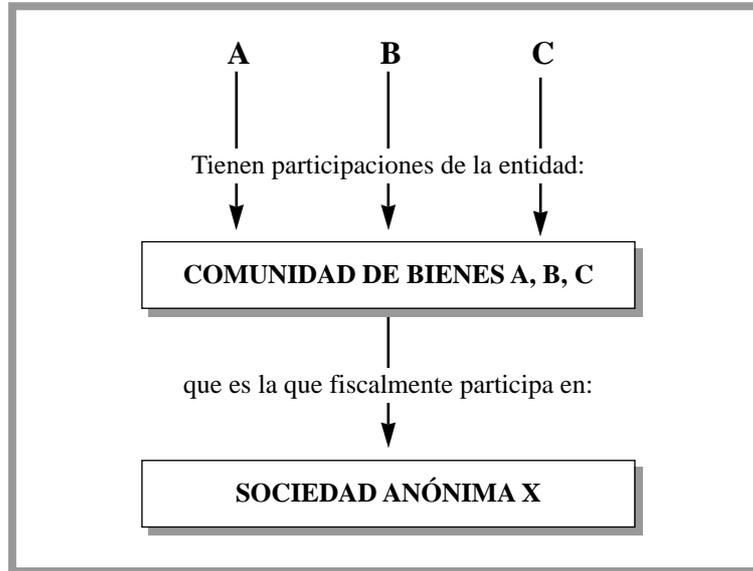
Por otro lado, desde una perspectiva tributaria, y con fundamento en el concepto particular que de las entidades tiene la LGT, podría negarse la titularidad directa del sujeto pasivo A que juntamente con B y C tienen el condominio de unas acciones de la sociedad X afirmando que, a efectos

(24) Esta argumentación *sedes materiae* se apoyaría en la interpretación de que este precepto establece en el apartado 1 la regla general de qué tipo de titularidad deba tenerse sobre las participaciones y en el apartado 2 regula el caso especial, pero frecuente, de un usufructo sobre la participación.

(25) Esta finalidad ha quedado enormemente matizada con la modificación de la norma para 1997 en el sentido de que basta con que un miembro del «grupo familiar» trabaje en la empresa para que todos se beneficien de la exención.

fiscales, *A* tiene una participación en la entidad formada con *B* y *C* (la comunidad de bienes que surge del condominio) que es quien realmente tiene, desde esta perspectiva fiscalista (26), la titularidad directa de las acciones de *X*.

Es decir, fiscalmente la situación sería:



b) El caso del usufructo.

Para el supuesto de usufructo sobre una participación, el artículo 4.2 del Real Decreto 2481/1994 determina que la exención corresponderá al nudo propietario pues conforme al Derecho Civil y Mercantil sólo a él es atribuible la condición de socio. La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1996 confirma expresamente la legalidad formal de tal decisión.

3. Requisitos que debe cumplir la entidad.

Las letras a) y b) del apartado dos del artículo 4, octavo de la Ley del IP 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).

(26) Claro, explícito y oportuno ejemplo de esta perspectiva lo constituía el artículo 4.3 de la Ley 50/1977 (que contenía la normativa del IP hasta 1991) al señalar que «los bienes y derechos de que sean titulares las entidades a las que se refiere el artículo 33 de la Ley General Tributaria se atribuirán a los condueños, socios o partícipes,...»

3.1. 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.

Desde una perspectiva formal debe constatarse que la primitiva redacción del precepto se remitía al artículo 52 de la Ley del IRPF haciéndolo ahora al artículo 75 de la Ley 43/1995 (en adelante LIS) relativo a la transparencia fiscal. Por otro lado, hay que remarcar que no se aplica a cualquier entidad sino sólo a aquellas que revistan forma societaria. Lo decisivo es tal forma societaria con independencia de que se tenga o no personalidad jurídica, de la forma civil o mercantil o de que se sea o no sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades. Es decir, a una sociedad civil que atribuya sus rentas a sus socios y no tribute en el Impuesto sobre Sociedades (y, por supuesto, no lo hará en transparencia fiscal) se le debe aplicar esta limitación cuando tal precepto nunca le va a ser directamente aplicable.

Este requisito, por tanto, no debe identificarse total y automáticamente en una prohibición de la transparencia fiscal pues no es ése el mandato expreso de la ley y hay casos, como este de las sociedades civiles, en los que se aplican los criterios del artículo 75 aun sin serle directamente aplicable.

Lo que la norma exige es que «no concurren los supuestos» del artículo 75 de la 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. Es decir, en el caso, por ejemplo, de las sociedades con actividad profesional, ¿debe comprobarse sólo la procedencia de sus ingresos o debe comprobarse también la participación que en la misma tengan los socios? Si entendemos que la «conurrencia» del supuesto previsto en cada caso por la LIS exige que se den todos los requisitos, en una sociedad con ingresos exclusivamente «profesionales» pero en la que los profesionales no tengan un 50 por 100 de participación no «concorre el supuesto» del artículo 75.1 letra b) por no ser aplicable la transparencia fiscal. Por tanto, podrían los socios beneficiarse de la exención.

Entiendo que la interpretación correcta debe ser ésa: exigir todos los requisitos previstos para cada supuesto de transparencia al margen de que ello provoque una cierta asimetría con el requisito que luego se analizará.

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

Para el análisis de este requisito, modificado a partir de 1 de enero de 1997, es conveniente recordar la redacción primera de la ley, el desarrollo reglamentario y, finalmente, la interpretación administrativa.

La primera redacción de este requisito era la prohibición como actividad principal de la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario.

El Real Decreto 2481/1994 entiende por actividad principal «la que proporcione mayor renta a la entidad» pero transforma ese requisito en «que la entidad realice de manera efectiva una actividad empresarial y no tenga por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario».

Si la expresión «actividad empresarial» excluye -como en la otra exención del IP- a la actividad profesional, la modificación del requisito se explica rápidamente: de exigirse una limitación pasa el reglamento a exigir dos. Pero la duda también es inmediata: las entidades con actividad profesional que no gestionaran un patrimonio, no excluidas por el texto de la ley, ¿no tendrán derecho a la exención según la precisión reglamentaria?

El criterio administrativo (27), por su parte, ha venido refundiendo los dos requisitos, convirtiéndolos en «que no se trate de una entidad de mera tenencia de bienes». De este modo, las participaciones de entidades dedicadas al alquiler de inmuebles, si lo realizan con actividad empresarial, estarán exentas aunque gestionen un patrimonio inmobiliario.

En resumen, que del requisito inicial de la ley de que no se gestione un patrimonio mobiliario o inmobiliario pasa el reglamento a exigir adicionalmente actividad empresarial y se remata administrativamente la evolución prescindiendo de que se trate de dos requisitos diferenciados entendiendo que es suficiente el que no se trate de una mera tenencia de bienes.

La modificación para 1997 combina (28) y agita esta evolución de modo tal que si no se reúnen los requisitos del artículo 75 para considerarse una sociedad de mera tenencia de bienes o para considerar que más de la mitad de su activo está constituido por valores, se entiende que no se gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario. Y si no se gestiona tal tipo de patrimonio se entenderá «por lo tanto» [*sic* en la letra a) de este art. 4, octavo] que tiene actividad empresarial.

¿Qué necesidad hay de calificar esas actividades de empresariales si la norma no exige tal tipo de actividad? ¿Por qué la no realización de un tipo de actividad determinada implica actividad empresarial? ¿Por no gestionar un patrimonio mobiliario o inmobiliario una sociedad, civil o mercantil, de profesionales tiene actividad empresarial a estos efectos? ¿Está dando por sentado la ley que una sociedad o tiene rendimientos de la actividad empresarial o los tiene por cesión-gestión de su patrimonio siendo irrelevante que esos rendimientos de la actividad sean empresariales, profesionales, artísticos o de cualquier otro tipo? Esta interpretación no es tan descabellada si se recuerda lo siguiente:

(27) Plasmado, entre otras, en Consultas de 23 de febrero y 3 de octubre de 1995.

(28) En general, la definición de los presupuestos de una norma en base a sucesivas negaciones suele complicar su correcto entendimiento. Tal parece el caso.

- En el Impuesto sobre Sociedades no existe la distinción de tipos de rentas que predica el IRPF.
- El propio artículo 75 de la Ley 43/1995, a los efectos de definir en función del activo a las sociedades de mera tenencia, opone tal concepto al de bienes afectos a actividades empresariales o profesionales según el criterio del artículo 40 de la Ley del IRPF. Luego para el Impuesto de Sociedades lo relevante es la existencia o no de organización empresarial con independencia del tipo de ingresos que pueda obtenerse de la actividad.
- El artículo 6.3 del Real Decreto 2481/1994 considera afecto al ejercicio de una actividad empresarial a cualquier elemento cuya «gestión requiera una organización empresarial». Y si por organización empresarial se entiende (como sucede en IVA, Impuesto sobre Sociedades e IRPF) la ordenación por cuenta propia de medios de producción, tal ordenación se daría también en los ingresos profesionales procedentes del trabajo y/o del capital.
- Fuera de los ingresos realizados con «organización empresarial» quedarían, en IRPF y en una clasificación teórica de los distintos tipos de renta, los rendimientos del trabajo, los incrementos de bienes no afectos y los de cesión de capital. Como las rentas del trabajo no caben en el Impuesto sobre Sociedades, quedarían fuera del concepto de actividad empresarial los procedentes de la cesión o venta de elementos no afectos que es precisamente la delimitación que se desprende de la nueva redacción de la Ley del IP.
- Con esta interpretación tiene algo de sentido la aparente desconexión que antes se describía entre la redacción primera de la ley, el desarrollo reglamentario y el criterio administrativo:
 - Cuando el Real Decreto 2481/1994 exige, a diferencia de la ley, actividad empresarial no lo hace para excluir a otro tipo de actividad sino en el sentido de oponerla a sociedad de mera tenencia. Con esta interpretación, además, no se incurre en exceso reglamentario.
 - El criterio administrativo de identificar en una misma idea la actividad empresarial y la no gestión patrimonial -permitiendo a las entidades con alquileres inmobiliarios «empresariales» entrar en la exención- sólo se justifica desde la perspectiva de no oponer empresarial a profesional. De otro modo estas entidades de alquiler cumplirían el requisito de actividad empresarial pero no el de gestionar un patrimonio inmobiliario.

Uniendo la actual redacción de la ley con su anticipado desarrollo reglamentario resulta la siguiente regulación:

- Al no hacer la norma del IP ninguna limitación, este requisito, a diferencia del analizado anteriormente, se exige para cualquier tipo de entidad, tenga o no forma societaria. Si esto es así, en el caso de tener forma societaria normalmente se superpondrá con el requisito de no incurrir en los supuestos del artículo 75 de la LIS pero incluso en tal tipo de entidades puede advertirse alguna diferencia entre los dos requisitos.

2

Ejemplo:

Una sociedad en la que más de la mitad de su activo esté compuesto por valores pero cuyo capital esté repartido entre más de 10 socios no estará incurso en transparencia fiscal y cumplirá uno de los requisitos de la exención. Pero si se analiza el otro requisito, se comprueba que como la sociedad tiene más de la mitad de su activo constituido por valores, y a pesar de no tributar en transparencia fiscal, no se tendrá derecho a la exención.

- No se exige expresamente en la ley que la entidad desarrolle una actividad empresarial. Y, además, parece definir la actividad empresarial a los efectos de esta exención como la no gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. ¿Pueden las entidades, societarias o no, con actividad profesional beneficiarse de la exención? Atendiendo exclusivamente a la ley debería concluirse que sí, con la excepción de que tributase en transparencia fiscal.

Esta conclusión debe, no obstante, matizarse por las siguientes circunstancias:

- Quizás la ley sí ha querido exigir la actividad empresarial al identificar la no gestión de un patrimonio con actividad empresarial. Pero, desde luego, tal supuesta *voluntas legislatoris* ha tenido una muy desafortunada plasmación en la norma. Lo que ésta dice es, simplemente, que la entidad que no gestione un patrimonio realiza actividad empresarial pero no exige, autónoma y diferenciadamente, tal clase de actividad.
- El Real Decreto 2481/1994 no ha sido formalmente modificado y sigue exigiendo actividad empresarial. La validez de esta exigencia -como ya se ha argumentado- no parece muy sólida por cuanto es un desarrollo de una norma modificada en ese punto concreto, es un requisito que no aparece en la ley y, finalmente, aunque se entendiera que la exigencia reglamentaria de actividad empresarial es válida, la propia ley la entiende cumplida con tal de que no se gestione un patrimonio mobiliario o inmobiliario.
- Como posteriormente se analizará, la cuantía de la exención se limita al valor de los activos de la entidad necesarios para la actividad empresarial. ¿Supone tal límite una manera indirecta de exigir actividad empresarial? Literalmente sí, pero tampoco resulta de la mejor técnica legislativa el no exigir actividad empresarial para tener derecho a la exención y añadir tal requisito a la hora de cuantificar el importe de la misma: una entidad con actividad profesional tendría derecho a la exención pero el importe de la exención sería cero por no tener bienes afectos a la actividad empresarial (29).

(29) Salvo que se comparta que, a los efectos de esta exención, la actividad empresarial se cumple simplemente con no gestionar un patrimonio mobiliario o inmobiliario.

- La definición de la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario se remite al artículo 75 de la LIS pero a los solos efectos de definir las sociedades de cartera y las de mera tenencia de bienes por la composición de su activo prescindiendo de que, por la especial composición de su accionariado, estén o no incluidas en transparencia fiscal.
- Lo que la norma prohíbe no es la gestión patrimonial sino que ésta sea su actividad principal. La compatibilidad entre la exigencia de que las entidades no tengan por actividad principal la gestión patrimonial y la presunción legal de que las sociedades que no puedan calificarse de cartera o de mera tenencia no gestionan un patrimonio no es absoluta. Cuatro grandes supuestos pueden plantearse:
 - La sociedad no es de mera tenencia (o de cartera) y las rentas que obtiene de la gestión patrimonial no son su renta principal: se tendrá derecho a la exención.
 - La sociedad es de mera tenencia y esa gestión supone la principal fuente de renta: no se tendrá derecho a la exención.
 - La sociedad no es de mera tenencia pero la gestión patrimonial es su principal fuente de renta. Este supuesto es el más problemático.

3

Ejemplo:

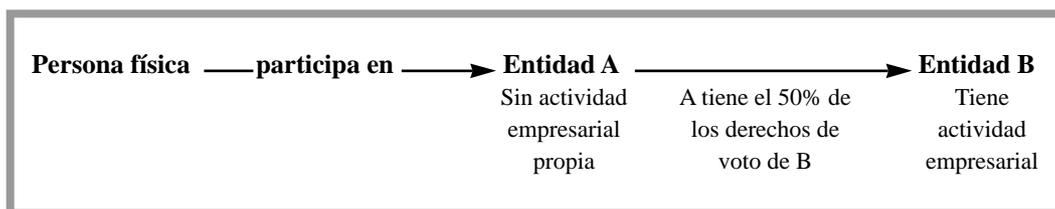
¿Están exentas las participaciones de una sociedad en la que el 40 por 100 de su activo está formado por valores pero que obtiene el 90 por 100 de su renta de la gestión de esos valores? La principal fuente de renta de la entidad es la gestión de un patrimonio mobiliario -por aplicación del R.D. 2481/1994 [segundo párrafo del art. 5.1a)]- y por tanto no se tendría derecho a la exención. Ahora bien, como la ley niega tajantemente la existencia de una gestión de patrimonio mobiliario si más del 50 por 100 del activo no son valores, ¿debe concluirse que no hay gestión patrimonial alguna y que, no habiéndola a estos efectos, difícilmente puede ser ésta la actividad principal de la entidad? El principio de jerarquía normativa y la ordenada (30) aplicación de las normas parecen llevar a esa conclusión (31) con la misma claridad con que se vulneraría el espíritu de la norma.

(30) El orden lógico de aplicar la norma sería: determinar primero si hay gestión patrimonial y posteriormente calibrar si es la renta principal. Si a la primera cuestión, y por definición legal, se responde negativamente en base al activo de la entidad, ni siquiera procedería plantearse la siguiente fase.

(31) Y todo ello sin perjuicio de considerar que esos activos «no empresariales» reducirán el importe de la exención como posteriormente se comenta.

- La entidad es de mera tenencia pero su principal fuente de renta es una actividad empresarial. En tal caso, por aplicación de la ley sí hay gestión patrimonial pero como no constituye la principal fuente de renta se tiene derecho a la exención.
- El Real Decreto 2481/1994 [tercer párrafo del art. 5.1 a)] recoge un supuesto especial para medir la actividad empresarial en una entidad que, no teniéndola estrictamente, se dedique a dirigir y gestionar las actividades empresariales de otra u otras en las que participe teniendo al menos un 50 por 100 de los derechos de voto (32).

La norma declara exentas las participaciones que de A tenga la persona física en un esquema como el siguiente:



Esta norma -publicada en el BOE de 28-12-1994- debe ponerse en relación con el artículo 75 de la Ley 43/1995 (de diciembre de 1995) que dispone que no se computan como valores no afectos a actividades empresariales «los que otorguen al menos el 5 por 100 de los derechos de voto y se posean con la finalidad de dirigir y gestionar la participación siempre que, a estos efectos, se disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales...». Son claramente dos normas que responden a una misma filosofía de calificar como empresarial la actividad de una entidad que consiste en dirigir y controlar la actividad empresarial de otra u otras. Dada tal identidad, y siendo evidente que la norma posterior es más generosa (basta un 5% frente al 50% de la Ley del IP), surge la cuestión de la derogación o compatibilidad entre ambas normas.

Entendemos que ambas normas son compatibles por jugar en momentos distintos:

Teniendo una entidad un 5 por 100 de los derechos de voto de otra entidad, las participaciones que aquélla tenga de ésta no se considerarán en el cómputo de los activos no afectos a actividades empresariales. Si por aplicación de esta norma la entidad primera no se cataloga de cartera o mera tenencia, la exención en el IP de las participaciones que una persona física tenga queda expedita. Y en tal caso no sería preciso aplicar la norma de la Ley del IP.

(32) Obsérvese que estrictamente no se exige participación en el capital de la otra entidad.

Pero puede suceder que una entidad se repunte como de cartera por el artículo 75 de la Ley 43/1995 a pesar de dirigir la actividad empresarial de otra. En tal caso, la fase siguiente es determinar si las rentas procedentes de la actividad empresarial son o no superiores a las de la gestión patrimonial.

4

Ejemplo:

La persona física *A* participa en la entidad *X*. El activo de *X* es el siguiente:

Tesorería	100
Acciones de <i>Z</i> (participa en un 2%)	500
Acciones de <i>G</i> (participa en un 10%)	100
Acciones de <i>W</i> (participa en un 70%)	200

X dirige la actividad empresarial de las sociedades *G* y *W*. La renta de *X* proviene exclusivamente de la sociedad *W*.

Solución:

- a) La sociedad *X* debe calificarse como sociedad de cartera por cuanto su activo (900 u.m.) está compuesto en más de un 50 por 100 por valores (500 de las Acciones de *Z*). Las acciones de *G* y *W*, al superar el porcentaje del 5 por 100 de derechos de voto, no se consideran, a estos efectos, como valores.

Por tanto, siendo sociedad de cartera según el artículo 75 de la LIS, se entiende en el IP que gestiona un capital mobiliario.

- b) La fase siguiente es determinar si esa gestión patrimonial constituye la actividad principal de la sociedad. Para ello, las normas a emplear son el párrafo segundo y tercero de la letra a) del apartado 1 del artículo 5 del Real Decreto 2481/1994. De ellos se desprende que:

- La actividad principal de la sociedad *X* es la que procede de *W*.
- Tal actividad, a pesar de consistir en la gestión de otra sociedad, debe reputarse empresarial pues reúne para ello los requisitos antes explicados.

En consecuencia, tendrá derecho *A* a la exención en el IP de las acciones que posee de *X*.

4. Requisitos que debe cumplir el sujeto pasivo.

Tres son los requisitos que debe cumplir el sujeto pasivo para beneficiarse de la exención. Ha sido precisamente en este punto donde la ley para 1997 ha experimentado una mayor modificación. Sin perjuicio de calibrarla al hilo de los comentarios de cada requisito, se puede resumir esa modificación en que los requisitos subjetivos de la exención ya no se miden en cada sujeto pasivo sino en el grupo familiar que a estos efectos se delimita.

Esta novedad sorprende técnicamente por considerar ese grupo familiar en un impuesto decidida e inevitablemente individualista a la hora de definir el sujeto pasivo. En la práctica es fácil pronosticar que va a tener una decisiva importancia tanto en las participaciones de entidades que no cotizan como en las que sí cotizan pues de otro modo las acciones de tales sociedades difícilmente hubieran llegado a estar exentas. Finalmente, y desde una perspectiva más general, hay que destacar que esta modificación encaja en una cierta tendencia del legislador estatal a considerar favorablemente el núcleo familiar en determinados (33) impuestos: beneficios en las adquisiciones *mortis causa* por la transmisión del negocio, de participaciones, o de la vivienda habitual, o beneficios también para el donatario persona física en las adquisiciones lucrativas *inter vivos*.

4.1. Porcentaje de participación en el capital de la entidad.

En lo que se ha de participar es en el capital de la entidad. Entiendo que en aquellos casos en los que la entidad no tenga jurídicamente un capital el porcentaje se calcula sobre el patrimonio, pues el concepto de participación incluye, a estos efectos (art. 4.1 del R.D. 2481/1994), la titularidad tanto en capital como en patrimonio.

Ese porcentaje puede calcularse de dos formas distintas, bastando que se cumpla por una de ellas para gozar del beneficio:

- Si se computa por cada sujeto pasivo basta el 15 por 100. El proyecto de ley de la Ley 22/1993 creadora de esta exención fijaba el porcentaje en el 25 por 100. En el texto definitivo de la norma se fijó en un 20 por 100 aunque la Exposición de Motivos de tal norma lo mantenía en un 25 por 100. Para 1995 el porcentaje se redujo al 15 por 100 y se mantuvo también en 1996.
- La novedad estriba en que basta un porcentaje del 20 por 100 calculado sumando las participaciones que puedan tener el sujeto pasivo y las que posean sus ascendientes, descendientes, o colaterales de segundo grado por consanguinidad, afinidad o adopción. No sólo

(33) Tributos todos ellos cuyo rendimiento, por cierto, corresponde a las CCAA.

la remisión a un grupo familiar (34) es novedosa sino que la propia composición de tal grupo no deja de sorprender, tanto por delimitarse de modo distinto a los beneficios fiscales antes mencionados para las adquisiciones lucrativas como, especialmente, al incluir a los colaterales de segundo grado (hermanos si es por consanguinidad pero también los cuñados por afinidad) cuando, por ejemplo, en un impuesto de cierta solera en la «graduación fiscal» del parentesco como es el de Sucesiones, los cuñados -a los efectos de considerar las reducciones generales de la base imponible- tienen la misma consideración que los extraños.

Naturalmente, para beneficiarse de la exención cada sujeto pasivo ha de tener, al menos, una participación pues de otro modo no habría bien que se pudiera declarar exento. Cuestión distinta es si el porcentaje (del 15 o del 20% pues en este punto es irrelevante) se puede alcanzar a través de participaciones indirectas en la entidad. La duda -de difícil solución- surge porque aunque el reglamento (arts. 4.1 y 5.2) exige una titularidad directa del sujeto pasivo sobre la participación, lo hace a los efectos de identificar las participaciones exentas pero no para regular el cálculo del porcentaje que el sujeto pasivo tenga en esa entidad.

5

Ejemplo:

Si un sujeto pasivo A tiene el 10 por 100 de las acciones de la S.A. Z y el 100 por 100 de las acciones de la S.A. Y que a su vez posee el 90 por 100 de Z, ¿se cumple el requisito del porcentaje?

En el activo del sujeto pasivo figura un 10 por 100 de las acciones de Z y todas las de Y. Desde el punto de vista del «control» que A ejerce sobre Z hay un control directo del 10 por 100 y uno indirecto (a través del 100% de Y) del 90 por 100.

En el IP, y respecto de las acciones de Z podría plantearse que el 10 por 100 que tiene directamente está exento pues la participación total (directa más indirecta) en el capital es superior al 15 por 100. Razones en favor de computar el control indirecto pueden ser el que la ley exija simplemente una participación sin distinguir si directa o indirecta y el hecho de que en normas fiscales que se sirven del concepto de participación en entidades (y .../...

(34) Un detallado repaso del parentesco que los impuestos suelen considerar, quizás arrojaría un parentesco más amplio cuando se trata de delimitar el hecho imponible (por ejemplo arts. 16, 75 y disp. final octava de la Ley 43/1995 para operaciones vinculadas, transparencia fiscal interna e internacional, respectivamente; art. 36 de la Ley 18/1991 para la presunción de rendimientos de capital inmobiliario...) que cuando se trata de delimitar algún beneficio fiscal como los recogidos en el Impuesto de Sucesiones.

.../...

ejemplos son los arts. 28.2, 30 *bis* 3 a), 121.5 o el 129.1 de la Ley 43/1995 relativos a la deducción en cuota por doble imposición interna o internacional, a la transparencia fiscal internacional o al régimen especial de entidades de tenencia de valores extranjeros) se incluya tanto la directa como la indirecta.

En favor del no cómputo del control indirecto puede esgrimirse que la participación indirecta es un concepto propio de las relaciones societarias pero extraño al sentido jurídico-civil del concepto «participación» aplicado al patrimonio de los particulares; el que el concepto de participación del artículo 4.1 del Real Decreto 2481/1994 sea el de titularidad en el capital, no habiendo tal si se «participa» indirectamente; el que el artículo 5.1 a) se ocupa de la participación indirecta en entidades resolviendo la exención en favor de las participaciones en la entidad «intermedia»; y finalmente, el que si la norma exige una titularidad directa sobre la participación debe entenderse, entre otras cosas, que el cálculo del porcentaje debe referirse exclusivamente a esas participaciones.

4.2. Ejercicio efectivo de funciones de dirección en la entidad.

Este requisito lo puede cumplir cualquier persona del «grupo familiar» beneficiando al resto que tendrán derecho pleno a la exención.

Nuevamente hay que remitirse al Real Decreto 2481/1994 que señala: «A estos efectos se considerarán funciones de dirección, que deberán acreditarse fehacientemente mediante el correspondiente contrato o nombramiento, los cargos de: presidente, director general, gerente, administrador, directores de departamento, consejeros y miembros del consejo de administración u órgano de administración equivalente».

Del precepto puede deducirse lo siguiente:

- Debe darse un ejercicio efectivo de funciones de dirección. Y tal prueba no se acredita con el mero contrato o nombramiento que la norma propone. Ese tipo de nombramiento equivale, simplemente y por efecto del precepto, a función de dirección. Pero el ejercicio efectivo debe probarse diferenciadamente. De otro modo no tendría sentido ni el propio requisito ni el énfasis de la ley y reglamento exigiendo un ejercicio «efectivo».

- No existe, en consecuencia, una presunción de efectivo ejercicio por el mero hecho del contrato o nombramiento. Cuestión distinta es que la dificultad de prueba para el contribuyente de tal efectivo ejercicio pueda relajar la exigencia de la Administración, pero no casa ni con la literalidad de la norma ni con su sentido teleológico el que el mero nombramiento equivalga a un efectivo ejercicio de esas funciones.

4.3. Que se perciba una remuneración por el ejercicio de esas funciones que supere el 50 por 100 de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal.

Entre los rendimientos percibidos por labores de dirección no deben incluirse ni las retribuciones del trabajo que perciba por tareas distintas a las directivas ni las que perciba en virtud de su condición de socio, accionista o asociado que constituyen, según el artículo 37.1.2 de la Ley del IRPF, rendimientos de capital mobiliario. En el caso de sociedades, la identificación del motivo de las retribuciones puede resultar delicada en algún caso concreto pero se hace especialmente ardua en las entidades no societarias en las que la presencia y labor de los comuneros suele abarcar todas las facetas de la actividad empresarial.

Y todo ello con independencia tanto del tipo de retención que sobre tales rendimientos pueda corresponder (no sólo se consideran las retribuciones sujetas a la retención específica del 30% de los administradores) como del régimen de Seguridad Social aplicable. Lo que, en todo caso, sí es exigible es el ejercicio real de tareas directivas. Si no se ejercen reales labores de dirección, pero se percibe alguna remuneración -por el mero hecho del nombramiento, por los servicios prestados, por la representatividad del cargo o por la delicada responsabilidad que el mismo represente-, falta el ejercicio efectivo de cualquier tipo de función y por tanto tal retribución no cumpliría el requisito de la norma.

El otro término de la comparación no es, como en la exención relativa al negocio individual, la totalidad de la base imponible del contribuyente sino que se excluyen conceptos tan significativos como los rendimientos de capital mobiliario: con la exclusión de los dividendos -que suele ser la forma normal, y principal, de retribución de este tipo de partícipes- se facilita el acceso a la exención.

El cálculo en el caso de que una misma persona sea titular de participaciones en varias entidades se detalla en el artículo 5.2 del Real Decreto 2481/1994.

6

Ejemplo:

El sujeto pasivo A, abogado, presenta los siguientes datos:

- Tiene en su cartera de valores acciones de las sociedades X, Z, y W de las que es administrador y en las que se dan los requisitos exigidos por la exención de Patrimonio.
- Sus remuneraciones son:

Dividendos de X	1.000
Dividendos de W	2.000
Dividendos de otras sociedades	500
Rendimientos profesionales	3.000
Rentas del trabajo:	
Recibe de X como directivo	4.000
Recibe de X como abogado	500
Recibe de Z como administrador	90

Para determinar el derecho a la exención deben separarse las retribuciones percibidas de cada entidad:

- De la entidad W no se recibe remuneración por labores de dirección por lo que, aun siendo administrador y pudiendo haber efectuado tales labores, no cabe la exención.
- De Z se reciben 90 u.m. Tal magnitud se compara con el resto de rendimientos de trabajo, empresariales y profesionales, pero excluyendo **los rendimientos derivados de las funciones de dirección en las otras entidades**. Por tanto:

Rendimientos profesionales	3.000	
Rendimientos de X	500	(no se incluye el rendimiento por dirección)
Rendimientos de Z	90	(no se excluye el rendimiento de la propia entidad)

TOTAL MAGNITUD	3.590	

Como $90 < 50\%$ de 3.590 no se tiene derecho a la exención.

- De X recibe por dirección 4.000. La magnitud con la que debe compararse es:

Rendimientos profesionales	3.000
Rendimientos de X	4.500
TOTAL MAGNITUD	7.500

Como $4.000 > 50\%$ de 7.500 tiene derecho a la exención por las acciones de X.

5. Determinación del importe de la exención.

En el último párrafo del artículo 4, octavo, dos dispone la redacción actual de la Ley 19/1991 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, minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma y el valor del patrimonio neto de la entidad».

Este párrafo, no sufriendo variación si se compara con la redacción original de la norma, provoca, sin embargo, una 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 cotizaran 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 mercados organizados».

Resulta lógico concluir que en el caso de participaciones con cotización, y a pesar de lo infrecuente tanto del caso como de la existencia de activos no afectos en tal tipo de entidades, la valoración de la acción deberá hacerse conforme al artículo 15.

5.1. Cálculo de la exención.

7

Ejemplo:

El Sr. A tiene el 50 por 100 de las acciones de la S.A. Q cuyo resumen de balance es el siguiente:

Activos afectos	1.000	Neto patrimonial	800
Activos no afectos	500	Deudas de la actividad	600
		Deudas por adquisición del activo no afecto.....	100
		.../...	

.../...

Sobre un valor teórico total de las acciones de 800, la exención sólo alcanzará a:

$$\text{Valor teórico de las acciones exentas} \times \frac{\text{Activos afectos} - \text{Deudas de la actividad}}{\text{Patrimonio neto total de la entidad}}$$

$$400 \times \frac{1.000 - 600}{800} = 200$$

5.2. Sentido de la limitación.

La limitación que este cálculo plantea tiene una justificación innegable: si el espíritu de la exención es beneficiar a los partícipes de entidades con actividad empresarial, la parte del valor de la participación que corresponda a activos no empresariales no debe estar exenta.

Aceptada la lógica del cálculo, el procedimiento se antoja también como el más adecuado en la medida en que es aplicable no sólo al caso en que las participaciones se valoren conforme a su valor teórico sino también cuando la valoración se haga por capitalización de beneficios o cotización bursátil.

5.3. Activos afectos y deudas derivadas de la actividad.

Antes de entrar en el comentario de tales conceptos debe volverse sobre una reflexión ya apuntada: el cálculo del importe de la exención se hace en base a los activos necesarios para el ejercicio de una actividad empresarial siendo que la exención -tal y como se razonó anteriormente- podría resultar aplicable a entidades sin tal tipo de actividad.

¿Es ésta una manera indirecta de exigir actividad empresarial? Literalmente sí. Pero varias objeciones pueden plantearse a tal conclusión:

- Cuando la norma define los requisitos de la exención no exige expresamente actividad empresarial.

- Puede entenderse que el legislador no ha sido especialmente cuidadoso al reproducir textualmente este párrafo de la ley, cuando, habiendo cambiado las participaciones exentas (al incluirse las cotizadas) y habiéndose modificado el requisito de la actividad de la entidad, sigue manteniendo la referencia al artículo 16 y a la exigencia de afectación de los activos a una actividad empresarial.
- Incluso aunque se mantuviera la validez de esa exigencia, la ley parece definir la actividad empresarial como cualquier actividad distinta de la gestión patrimonial: dice textualmente: «Se entenderá que una entidad no gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario **y, que por lo tanto**, realiza una actividad empresarial...». Y la única consecuencia que puede desprenderse de la catalogación como empresarial es a la hora de determinar el importe de la exención.

Por lo que respecta a los conceptos mismos de bien afecto y deuda de la actividad además de la remisión a lo ya comentado anteriormente debe subrayarse el desfase temporal entre la ley y la norma reglamentaria del IP y entre ésta y las normas del Impuesto sobre Sociedades en que supuestamente se inspiró.

En concreto hay que referirse a la no consideración en IP como elementos afectos de «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». Este supuesto de no afectación era también una limitación tradicional en el Impuesto sobre Sociedades para determinar la inclusión en el régimen de transparencia fiscal. Ocurre, sin embargo, que la Ley 43/1995 ha suprimido tal precisión como supuesto de bien no afecto, ¿debe entenderse vigente en el IP? No existiendo una modificación en la propia Ley 19/1991 que haga inviable tal precepto debe concluirse que en el IP este requisito sigue teniendo plena vigencia aunque la norma de la que posiblemente tomó el presupuesto de hecho se haya modificado.