

I.2. DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO

LA EXENCIÓN EN EL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO RESPECTO A LA PARTICIPACIÓN EN DETERMINADAS ENTIDADES

Por el Dr. CLEMENTE CHECA GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. ALCANCE DE LA EXENCIÓN: LAS PARTICIPACIONES EN ENTIDADES, CON O SIN COTIZACIÓN EN MERCADOS ORGANIZADOS
3. REQUISITOS QUE DEBEN CUMPLIR LA ENTIDAD Y LOS SUJETOS PASIVOS PARA EL DISFRUTE DE ESTE BENEFICIO FISCAL
4. CUANTIFICACIÓN DEL IMPORTE DE LA EXENCIÓN
5. MOMENTO AL QUE SE REFIEREN LOS REQUISITOS Y CONDICIONES EXIGIDOS PARA EL DISFRUTE DE LA EXENCIÓN, Y OBLIGACIONES FORMALES A CUMPLIMENTAR
6. REFLEJO DE ESTA EXENCIÓN A EFECTOS DE LA BONIFICACIÓN EN EL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES DE LAS PARTICIPACIONES EN ENTIDADES
 - 6.1. BENEFICIO RELATIVO A LAS PARTICIPACIONES EN LAS ADQUISICIONES MORTIS CAUSA
 - 6.2. BENEFICIO RELATIVO A LAS PARTICIPACIONES EN LAS ADQUISICIONES LUCRATIVAS INTERVIVOS

1. INTRODUCCIÓN

En el I.P. los beneficios fiscales que disfrutaban las empresas se concretan en dos exenciones: la que afecta al negocio individual y la atinente a participaciones en ciertas entidades, siendo ésta última la única de la que me voy a ocupar en las páginas siguientes, debiendo reseñarse desde ya mismo que *la importancia de esta exención no radica tan sólo en la disminución de la deuda tributaria en favor del sujeto pasivo, sino también en que la misma constituye punto de referencia para los beneficios que en relación con las transmisiones lucrativas se recogen en la vigente Ley del I.S.D.*

El art. 4.º.8.2 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del I.P., en la redacción dada al mismo por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, dispone que gozan de exención en el I.P. las participaciones en entidades, con o sin cotización en mercados organizados, siempre que concurren una serie de requisitos, algunos de los cuales afectan a las entidades participadas y otros a los titulares de las participaciones.

Para analizar el alcance efectivo de esta exención es conveniente proceder al estudio de los distintos factores, legislativamente prefigurados, que la configuran.

2. ALCANCE DE LA EXENCIÓN: LAS PARTICIPACIONES EN ENTIDADES, CON O SIN COTIZACIÓN EN MERCADOS ORGANIZADOS

Sobre qué deba entenderse por participaciones, *el art. 4.º.1 del R.D. 2481/1994, de 23 de diciembre, por el que se determinan los requisitos y condiciones de las actividades empresariales y participaciones en entidades para la aplicación de la exención en el I.P., norma ésta que ha de entenderse parcialmente modificada en función de las respectivas reformas operadas en el art. 4.º.8.2 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del I.P., señala que a estos efectos por tal se alude a la titularidad en el capital o patrimonio de una entidad.*

Este concepto es, evidentemente, más amplio que el existente en el Derecho Mercantil, en el cual la expresión «participación» se reserva para cierto tipo de valores que documentan inversiones y derechos de muy distinto signo (participaciones de sociedades limitadas, participaciones en Fondos de Inversión, etc.), por lo cual todo parece indicar, como ha señalado Pozuelo Antoni (1997), que el legislador, más que una definición de las participaciones, lo que ha hecho es definir el derecho o poder económico que esas participaciones deben conferir a su propietario, perspectiva desde la que hay que interpretar la dicción reglamentaria en el sentido de que se incluyen no sólo las participaciones que constituyan auténticos valores mobiliarios, sino asimismo aquellas especiales situaciones activas no representadas por un valor que

supongan para el sujeto pasivo un porcentaje de propiedad sobre un determinado fondo económico.

Importa destacar que en la actualidad, a diferencia de lo que ocurría hasta el 31 de diciembre de 1996, *ya no se exige para el disfrute de la exención que la entidad no cotice en mercados organizados.* Ahora, pues, es indiferente la cotización, o no, en mercados organizados, de tal forma que las participaciones en entidades pueden negociarse en mercados organizados sin que ello obste al disfrute de la exención, siempre que, obviamente, se cumplan todos los restantes requisitos para ello establecidos, y de los que luego trataré.

La eliminación de esta restricción antes existente posibilita, en consecuencia, el acceso a la exención a las participaciones en entidades en mayor número que precedentemente, rompiéndose así la idea que presidió la redacción del R.D. 2481/1994, en cuya Exposición de Motivos se señaló que el objetivo de la exención era exclusivamente favorecer la inversión empresarial en las P.Y.M.E.S.

Esta finalidad, en los momentos presentes, parece haberse dejado en el olvido, sin duda como consecuencia de la presión de las empresas familiares, algunas de las cuales de gran tamaño y volumen de negocios, y con acceso a los mercados organizados, a las que antes se impedía, debido a la exigencia de que las participaciones no se negociasen en mercados organizados, el goce de la exención.

Hay que indicar también que *el apdo. 2.º del art. 4.º del R.D. 2481/1994, de 23 de diciembre, señala que en el supuesto de existencia de un derecho de usufructo de las participaciones en entidades, diferenciado de la nuda propiedad, sólo tiene derecho a la exención el nudo propietario, habiéndose declarado en la S.T.S. de 19 de junio de 1996 (Impuestos 1996, tomo II), ante el recurso promovido por la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, que tal exigencia no infligía norma alguna de rango superior:*

«Respecto a la atribución del beneficio al “nudo propietario” en los casos de desmembración del dominio, el Reglamento no hace sino seguir la regla general del Derecho civil (recogida en otros ámbitos, como el mercantil) donde el “nudo propietario sigue siendo dueño de la cosa con los derechos inherentes a tal cualidad”, sin más obligación que la de respetar el derecho real de usufructo constituido sobre la cosa que le pertenece».

En idéntico sentido se ha manifestado la **S.T.S. de 25 de junio de 1996** (Ca.T., n.º 270), frente a las alegaciones, en contra de la dicción reglamentaria, recogidas en un recurso interpuesto por parte de la C.E.O.E.

Esta doctrina del Tribunal Supremo es, a mi juicio, criticable, ya que no parece que en modo alguno pueda considerarse que el régimen fiscal aplicable constituye algo inherente a la propiedad, sino que la Ley del Impuesto reconoce la exención respecto a los bienes y derechos, además de a las participaciones, contexto éste en el que parece que la exención debiera extenderse al usufructuario, incluso con más razón, si cabe, que al nudo propietario, tesis ésta igualmente mantenida por Cencerrado Millán (1997).

Aparte de que si a efectos de base imponible la desmembración del dominio supone distribuir el valor de los títulos entre el nudo propietario y el usufructuario, en función de la duración del usufructo, si es temporal, o de la edad del usufructuario, *no se aprecia razón alguna de por qué la exención no ha de alcanzar en estos supuestos el valor total del bien, siempre que tanto el nudo propietario como el usufructuario cumplan los requisitos legales, entre ellos, fundamentalmente, el de ejercer funciones de dirección, percibiendo por ello una retribución que represente más del 50% de la totalidad de los respectivos rendimientos empresariales, profesionales y del trabajo personal.*

Verdad es que el art. 67 de la L.S.A., y en análogo sentido el art. 36 de la L.S.R.L., dispone que en el caso de usufructo de acciones la cualidad de socio reside en el nudo propietario, aunque el usufructuario tiene derecho, en todo caso, a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo; pero no menos cierto es que el propio art. 67 citado, en su apto. 2, señala que en las relaciones entre el usufructuario y el nudo propietario regirá lo que determine el título constitutivo del usufructo, en su defecto, lo previsto en la propia L.S.A. y, supletoriamente, el Código Civil, desprendiéndose de ello, ante el carácter dispositivo del precepto, que es perfectamente posible que en el título constitutivo del usufructo se determine que todos o algunos de los derechos políticos del socio puedan ser ejercidos por el usufructuario, y, del mismo modo, los estatutos de la sociedad pueden ordenar que ciertos derechos sean ejercidos por este último, con preferencia sobre el nudo propietario.

Por otra parte, si se tiene presente que lo que pretende la Ley del I.P. es conceder la exención sobre todos aquellos derechos que le proporcionen al sujeto pasivo la facultad de usar los bienes, necesaria y exclusivamente, en sus actividades empresariales, de forma que pueda verificarse una ordenación por cuenta propia de los medios de producción, hay que afirmar que tal exigencia se cumple totalmente con el derecho de usufructo de los elementos patrimoniales utilizados en la actividad empresarial, por lo que, en consecuencia, *el usufructuario debería tener también derecho, en igualdad de condiciones con el nudo propietario, al disfrute de la exención en el I.P., siempre que el mismo ejerza efectivamente un cargo de dirección en la empresa*, punto éste último en el que reside la clave para el goce de la exención contenida en el segundo inciso del art. 4.º octavo de la Ley del I.P.

Piénsese en el caso de una actividad empresarial desarrollada a través de una sociedad participada de forma mayoritaria por una persona, que, además, ejerce funciones de dirección. En un supuesto así cabe perfectamente constituir un usufructo sobre las acciones poseídas por tal persona en favor de una segunda, adquiriendo ésta, asimismo, la condición de gerente o cargo análogo, extremo éste que es plenamente posible con tal de que así se pacte en el título de constitución de dicho usufructo.

De esta forma el usufructuario será quien ejerza la dirección y gestión de la empresa, y por ello mismo ningún obstáculo debe existir para que a él le sea

aplicable la exención en el I.P., siempre que se verifiquen, por supuesto, los restantes requisitos exigidos para la concesión de la misma.

De no ser correcta esta interpretación se estaría produciendo una injustificable asimetría de trato, una verdadera discriminación contraria al espíritu y finalidad de la norma que establece el beneficio fiscal considerado, en función de la forma jurídica adoptada para el desarrollo de la actividad empresarial, extremo éste puesto igualmente de relieve por parte de Cencerrado Millán (1997), puesto que si la empresa fuese individual, y se estableciese un usufructo sobre el conjunto de elementos patrimoniales afectos a la misma, ninguna duda existe acerca de que el usufructuario, cumpliéndose los restantes requisitos recogidos en el primer inciso del art. 4.º octavo de la Ley del I.P., estará exento en este impuesto en relación con los referidos bienes.

3. REQUISITOS QUE DEBEN CUMPLIR LA ENTIDAD Y LOS SUJETOS PASIVOS PARA EL DISFRUTE DE ESTE BENEFICIO FISCAL

Entre las condiciones que inciden sobre las entidades participadas para que la exención en el I.P. sea operativa, la Ley señala las siguientes:

1.ª. *Que la entidad no tenga por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario, señalándose por el legislador que se entiende que una entidad no realiza esta gestión y que, en consecuencia, realiza una actividad empresarial cuando, por aplicación de lo establecido en el art. 75 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del I.S., tal 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.*

2.ª. *Que, cuando la entidad revista forma societaria, no concurren los supuestos establecidos en el art. 75 de la referida Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del I.S., salvo, se ha añadido por el art. 3 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, el recogido en la letra b) del n.º 1 de dicho precepto, que considera sociedades transparentes aquéllas en que más del 75% de sus ingresos del ejercicio procedan de actividades profesionales, cuando los profesionales, personas físicas, que, directa o indirectamente, estén vinculados al desarrollo de tales actividades, tengan derecho a participar, por sí solos o conjuntamente con sus familiares hasta el cuarto grado inclusive en, al menos, el 50% de los beneficios de las mismas.*

Los requisitos que afectan a los titulares de las mencionadas participaciones para poder disfrutar de la exención son los siguientes:

1.º. *Que la participación del sujeto pasivo en el capital de la entidad sea al menos del 15%, computado de forma individual, o del 20% de modo conjunto con su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción.*

Anteriormente se establecía únicamente como condición que la participación del sujeto pasivo en el capital de la entidad fuera superior al 15%, no haciéndose referencia alguna al supuesto en que el capital fuese poseído de forma conjunta por el sujeto pasivo y por otras personas.

En la actualidad, por el contrario, se sigue manteniendo el mismo porcentaje del 15% –que permanece igual en relación con la redacción dada por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, que redujo a partir del 1 de enero de 1995 el porcentaje vigente hasta ese momento, del 20%, si bien entonces citado porcentaje debía ser superior a la cifra mencionada, mientras que ahora se exige tal sólo que sea al menos de la cuantía mencionada– en el caso de que la participación en el capital sea del propio sujeto pasivo; pero al propio tiempo, y junto a ello, se toma en consideración la participación conjunta del sujeto pasivo con su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, incrementándose el porcentaje, en esta situación, hasta el 20%; novedad ésta que no deja de ser sorprendente, desde una óptica técnica, por tomar a estos efectos en consideración al grupo familiar citado en un impuesto de marcado cariz individualista al definir el sujeto pasivo como es el IP; pero que, en cualquier caso, es sumamente útil, y desde un punto de vista práctico debe ser saludada elogiosamente porque de esta forma se pueden beneficiar de la exención una serie de personas a las que antes se imposibilitaba el disfrute de la misma.

Llama la atención la amplitud de las personas consideradas, ya que el referido porcentaje de participación del 20% puede llegar a ser poseído, al incluirse a los colaterales de segundo grado, no sólo por hermanos, si es por consanguinidad, sino también por cuñados, en el supuesto de afinidad, circunstancia ésta que ni siquiera se produce en un impuesto de marcado carácter familiar, cual es el I.S.D., en el que los cuñados, a los fines de fijar las reducciones generales de la base imponible, tienen la misma consideración que los extraños.

En relación a la importante cuestión de si los porcentajes de participación: 15 o 20%, se tienen que alcanzar necesariamente de forma directa, o, por el contrario, es factible, conseguirlos a través de participaciones indirectas en la entidad, nada ha precisado el legislador; ni en la primitiva redacción del art. 4.º octavo.2 de la Ley del I.P., ni en la modificación operada en el mismo con la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, ni tampoco en la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Ello, sin embargo, tanto del art. 4.1 del R.D. 2481/1994, que introdujo como requisito para la exención de las participaciones que su «titularidad corresponda directamente al sujeto pasivo», como del art. 5.2 de la misma disposición, que recalca: «cuando una misma persona sea directamente titular de participaciones en varias entidades ...», parece desprenderse la obligatoriedad de que las participaciones deben ser poseídas de manera directa por parte del sujeto pasivo, no siendo válidas a estos afectos las participaciones que se ostenten de modo indirecto, las cuales, según estos preceptos reglamentarios, no podrían, pues, gene-

rar el derecho a la exención, habiendo declarado el T.S. tanto en su Sentencia de 19 de junio de 1996, como en su Sentencia de 25 de junio de 1996, anteriormente citadas, que este desarrollo reglamentario es correcto, y ello porque:

«...el apartado octavo, uno que introdujo en el art. 4.º de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio la Ley 22/1993 comienza concretando la exención en torno a “Los bienes y derechos de las personas físicas necesarios para el desarrollo de su actividad empresarial, siempre que ésta se ejerza de forma habitual, personal y directa por el sujeto pasivo”; de donde resulta que la exigencia reglamentaria que aquí se impugna está plenamente contenida en la Ley».

Con todos mis respetos para el Tribunal Supremo, entiendo que su doctrina sobre este aspecto controvertido vuelve a ser, como en el supuesto al que antes me referí del usufructo y de la nuda propiedad, desacertada y errónea, puesto que, en mi opinión, la restricción reglamentariamente introducida a este respecto es inadmisibile, por exceder sobradamente del mandato legal, del cual no se deduce en forma alguna la exigencia de que la participación tenga que ser por fuerza directa si se quiere disfrutar de la exención que se viene comentando, debiendo señalarse a estos fines que las palabras antes entrecomilladas del Tribunal Supremo confunden palmariamente las dos exenciones recogidas en el art. 4.º octavo de la Ley del I.P., y mezclan, sin que ello esté en absoluto justificado, dos cuestiones completamente diferentes; ya que una cosa es la exigencia de que el sujeto pasivo ejerza directamente una actividad empresarial, y otra, bien distinta, es que en el cómputo de los porcentajes mencionados: 15 o 20%, del capital preciso para gozar de la exención sólo puedan tomarse en consideración las participaciones directas ostentadas por el sujeto pasivo.

En una interpretación finalista y teleológica del art. 4.º octavo de la Ley del I.P., estimo que la traducción correcta de su apdo. dos, poniéndolo en relación con su apdo. primero, es la de que en aquél lo que se exige para el goce de la exención –en paralelo a la expresión «ejercicio habitual, personal y directo», requerido por el apdo. primero de tal norma– es que «el sujeto pasivo ejerza efectivamente funciones de dirección en la entidad», con lo cual queda plenamente garantizado que dicho sujeto intervenga directamente en la gestión empresarial de la entidad –que esté implicado directamente en la gestión, tal y como se señaló en la contestación de la D.G.T. de 3 de febrero de 1995–, de modo similar a como lo haría si ejerciese la actividad de forma directa a través de una empresa individual.

Desde esta óptica, que estimo plenamente ajustada a Derecho, aparte de ser la más racional y coherente, hay que afirmar que la restricción reglamentaria contraviene abiertamente los límites legales, y que ningún obstáculo jurídico existe para aceptar sin ambages el cómputo de las participaciones indirectas a los fines del disfrute de la exención, de manera que, por ejemplo, en el supuesto de que un sujeto pasivo A, poseedor del 40% de las participaciones en una entidad X, que desarrolla una actividad empresarial, desempeñando aquél en la misma funciones efectivas de dirección (v.gr. en base a su cargo de gerente de la misma), y dándose la circunstancia de que la entidad X posee el 50% del capital de la entidad Y, dedicada a la comercialización de los productos fabricados por X, siendo A igualmente geren-

te de la entidad Y, y poseyendo un 5% del resto de las acciones de esta segunda entidad, se cumplen plenamente los requisitos para que A quede exento, ya que este sujeto participa en la dirección de las dos entidades, al ser gerente de ambas, teniendo, al propio tiempo, una influencia sobre el capital social de las dos, influencia que en el caso de la entidad Y se cifra en el 25% (un 5% de participación directa más otro 20% de modo indirecto).

Debe tenerse presente, en cualquier caso, que *no se computan a los fines de determinar el porcentaje de participación en el capital de la entidad las hipotéticas acciones propias que una sociedad pueda tener en autocartera*. Véase en este sentido la **contestación de la D.G.T. de 26 de octubre de 1995**, en la que se indicó lo siguiente:

«Planteada en el escrito de consulta la cuestión de si, en relación a la exigencia de un determinado porcentaje de participación del sujeto pasivo en el capital de la entidad –fijado inicialmente en el 20% y reducido al 15% a partir de 1995–, han de computarse o no las eventuales acciones propias que tenga en autocartera dicha entidad, se hace preciso examinar la naturaleza económica y jurídica de tales acciones para constatar su incidencia, ya en esa cifra jurídica y de responsabilidad ante los acreedores sociales que es el capital social, ya en la cuantía de la masa patrimonial en la que participa el sujeto pasivo.

Frente a una genérica prohibición de los negocios sobre las propias acciones contenida en el T.R. de la L.S.A. aprobado por R.D. Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, su art. 75 determina las condiciones para la adquisición derivativa lícita de las propias acciones y el art. 77 los casos especiales –fundamentalmente, para amortización inmediata y reducción del capital– en que la sociedad puede integrar su autocartera sin sujetarse a tal condicionado.

Tanto en los supuestos del art. 75 como en los del 77, la disciplina de dichas acciones, en tanto se mantengan en la autocartera, es la misma. En esencia, quedan en suspenso los derechos políticos; los de carácter económico, con la salvedad del derecho a la asignación gratuita de nuevas acciones, se atribuyen proporcionalmente al resto de las acciones (art. 79.1 T.R.L.S.A.); por tanto, la adquisición de las propias acciones no supone la extinción de los derechos que incorporan sino que, yacientes, subsisten mientras permanezcan en poder de la sociedad. En cualquier caso, resulta ya claro que al suspenderse el ejercicio del derecho de voto que les corresponde, se modifican las participaciones de los socios en cuanto a la formación de la voluntad social, pues disminuirá la participación en el capital social necesaria para alcanzar el poder de decisión en la Junta.

Desde una perspectiva económica, el hecho de la adquisición de acciones propias significa que la sociedad entrega dinero por sus propias acciones, minorando el “capital” vivo de la entidad. Por ello, no cabe duda de que esta operación comporta una minoración de fondos propios. Así lo refrenda el P.G.C., aprobado por R.D. 1643/1990, de 20 de diciembre, cuando entre las normas de elaboración de las cuentas anuales relativas al balance, señala (en solución referida sólo a uno de los supuestos previstos en el art. 77 T.R.L.S.A., pero que parece poder predicarse de los restantes) que: “o” Cuando se posean acciones propias, pendientes de amortización, adquiridas en ejecución de un acuerdo de reducción de capital adoptado por la Junta General, se creará el epígrafe A.VIII del pasivo, con la denominación

de «Acciones propias para reducción de capital». Este epígrafe, que tendrá siempre signo negativo, minorará el importe de los fondos propios».

En análogo sentido, la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas señala que: «...son recursos propios de carácter negativo los representados por las pérdidas acumuladas, así como el valor de las acciones propias que, por cualquier causa, tenga la empresa en su poder. Por consiguiente, cualquier evaluación de los recursos propios o neto patrimonial de la empresa deberá incluir las siguientes partidas: Capital social menos el capital no desembolsado (pendiente de reclamación, reclamado o en mora), más reservas y remanente, menos pérdidas acumuladas, menos dividendos activos a cuenta, menos acciones propias, más resultados netos después de impuestos».

Todo lo anterior permite concluir que, como consecuencia de la autocartera de acciones propias, el patrimonio o capital de la entidad, la masa patrimonial se ha reducido y, consiguientemente, sufrirá modificación la participación que tenga sobre el mismo el sujeto pasivo, sin que, a juicio de esta Subdirección General, esa conclusión quede contradicha por el hecho de que el art. 79.2 del T.R. de la L.S.A. establezca que «las acciones propias se computarán en el capital a efectos de calcular las cuotas necesarias para la constitución y adopción de acuerdos en la Junta», precepto que atiende a una cuestión como es la formación de la voluntad social, distinta a la que ahora nos ocupa.

Por todo lo expuesto, y en relación al supuesto concreto que suscita el escrito de consulta, *no se deberán tomar en cuenta las acciones propias poseídas en autocartera por la sociedad a efectos de determinar el porcentaje de participación que tiene el sujeto pasivo en el capital de la entidad, en cuanto requisito para el disfrute de la exención prevista en el número dos del apartado ocho del art. 4.º de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del I.P.*».

Véase también en este mismo sentido Domínguez Rodicio (1997), quien ha escrito lo siguiente:

«Razones jurídicas y contables obligan a entender que esas acciones no pueden computarse “conjuntamente” con las de titularidad específica a efectos de conseguir un porcentaje superior al 15 o 20 por 100 legalmente exigido para conseguir la exención. Desde el punto de vista jurídico la adquisición se produce por la sociedad, ente jurídico independiente de los socios, por lo que la titularidad de las acciones propias es de la sociedad emisora, con independencia del régimen jurídico especialmente previsto por el legislador con base en criterios emanados de las directivas comunitarias. Contablemente, tanto el P.G.C., como la Resolución del I.C.A.C. de 20 de diciembre de 1996, reclaman la consideración de partida minoradora del valor patrimonial de la sociedad para las “acciones o participaciones propias”, si bien ambos criterios vienen referidos a los supuestos de acciones o participaciones propias adquiridas en ejecución de un acuerdo de reducción de capital, por lo que, sin perjuicio de lo opinable de la genérica extrapolación de lo anterior a los restantes supuestos, parece excesivo entender que tal “activo” pueda resultar atribuido a ningún socio».

2.º. *Que el sujeto pasivo ejerza efectivamente funciones de dirección en la entidad, percibiendo por ello una remuneración que represente más del 50% de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal, añadiendo el legislador que cuando la participación en la entidad sea conjunta con alguna o algunas de las personas antes enumeradas, las funciones de dirección y las remuneraciones derivadas de la misma deben de cumplirse al menos en una de las personas del grupo de parentesco, sin perjuicio de que todas ellas tengan derecho a la exención.*

Es preciso, en consecuencia, aparte de poseer la participación mencionada en el número anterior, que el sujeto pasivo ejerza efectivamente en la entidad funciones de dirección y que por ello perciba retribuciones, en términos brutos, que representen más de la mitad de sus rendimientos de trabajo, empresariales y profesionales —a efectos de lo cual, ha precisado el art. 3 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, no se computan entre tales rendimientos los de la actividad empresarial a que se refiere el art. 4.º.Ocho.Uno de la Ley del I.P.—, *debiendo entenderse que cuando el legislador alude a rendimientos se está refiriendo a rendimientos netos de las fuentes de renta indicadas* (las restantes quedan excluidas, por lo que si, por ejemplo, el titular o los titulares de las participaciones percibiera/n de la entidad fundamentalmente rendimientos del capital mobiliario vía dividendos no existiría derecho a la exención por esas participaciones), de forma que la remuneración ha de compararse con dichos rendimientos netos declarados en el I.R.P.F. para establecer si superan o no el 50% de los mismos.

Esta exigencia ya existía con anterioridad al 1 de enero de 1997. A partir de esta fecha, *este requisito puede verificarse en cualquiera de las personas unidas por el grado de parentesco que se haya tenido en cuenta a efectos del cálculo de la participación conjunta en la entidad, y así al menos una de las personas incluidas en el referido cómputo del 20% de participación tiene que ejercer funciones de dirección en la entidad de forma que sus retribuciones por tal función supongan más del 50% de la totalidad de sus rendimientos netos empresariales, profesionales o del trabajo personal, permitiendo el cumplimiento de esta circunstancia en cualquiera de los familiares cuya participación en la entidad haya servido para el cómputo conjunto del 20% que todos ellos tengan derecho a la exención considerada*, lo cual implica una considerable extensión de la misma respecto a la situación antes vigente.

Supongamos que A, B, C y D forman parte del grupo familiar definido en el art. 4.octavo,dos,c) de la Ley del I.P.; que los respectivos porcentajes de participación en la sociedad Z son los siguientes: el de A del 17%, el de B del 11%, el de C del 10%, el de D del 12%, y el de otras personas, no integrantes del mencionado grupo del 50%; y que B es quien percibe la remuneración por el cargo de administrador, percibiendo por ello unas cantidades superiores al 50% del total de los rendimientos empresariales, profesionales y del trabajo personal. Antes del 31 de diciembre de 1996 ninguna de las personas mencionadas, esto es, ni A, ni B, ni C, ni D tenía derecho a la exención, ya que A sí cumplía el requisito del porcentaje de participación, pero no percibía retribución alguna en concepto de

funciones de dirección, en tanto que B, C y D no gozaban de un porcentaje suficiente de participación en la sociedad Z. Desde el 1 de enero de 1997, por el contrario, A, B, C y D si tienen derecho a la exención, al ser la participación conjunta de todos ellos en referida sociedad Z superior al 20%, y percibir B una remuneración superior al 50% de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y del trabajo personal, situación ésta que ciertamente dará lugar a que el cargo de dirección lo ostente aquella persona, dentro del grupo familiar, que de manera más fácil pueda cumplir el requisito de alcanzar más de un 50% de los rendimientos mencionados.

Al supuesto en que una misma persona sea directamente titular de participaciones en varias entidades, se refiere el art. 5.º.2 del R.D. 2481/1994, de 23 de diciembre, que señala en este sentido que el cómputo del porcentaje de remuneración requerido se efectuará de modo separado para cada una de tales entidades, añadiéndose en este precepto que no se incluirán entre los rendimientos empresariales, profesionales y del trabajo personal del sujeto pasivo los rendimientos derivados de las funciones de dirección en las otras entidades.

Por **funciones de dirección** hay que entender, de acuerdo con lo preceptuado en el art. 5.º.1.d) del R.D. 2481/1994, de 23 de diciembre, los cargos de: presidente, director general, gerente, administrador, directores de departamento, consejeros y miembros del consejo de administración u órgano de administración equivalente, *enumeración ésta que considero está dictada a título meramente enunciativo, esto es, no constituyente de numerus clausus alguno, puesto que ningún obstáculo jurídico existe para dotar del mismo rango que a las personas expresamente citadas a aquellos apoderados de entidades que dispongan de un muy amplio repertorio de poderes a su favor otorgados por los respectivos Consejos de Administración de las mismas.*

Piénsese, por ejemplo, en un acuerdo de este órgano social en virtud del cual se confiera poder en favor de una persona para, entre otras cuestiones, organizar e inspeccionar la marcha de la entidad y de sus negocios societarios; para llevar y firmar la correspondencia de la entidad; para realizar convenios, celebrar contratos de toda índole y con cualquier sujeto, ya sea público o privado; concertar seguros; solicitar y prestar avales; estipular, constituir, aceptar, modificar, retirar y cancelar consignaciones, depósitos y fianzas; librar, aceptar, cobrar, endosar, descontar, garantizar y negociar letras de cambio y otros efectos comerciales; realizar pagos en nombre de la sociedad; representar a ésta ante terceros; comparecer a juicio representando a la misma; contratar personal de ella, etc. En un supuesto así es indudable, a mi juicio, que esta persona, que goza de tan amplios y decisivos poderes, debe tener exactamente el mismo tratamiento tributario que las personas expresamente mencionadas por el art. 5.º.1.d) del R.D. 2481/1994, de 23 de diciembre, que, rectamente interpretado está aludiendo a los sujetos que se supone que son quienes realizan y llevan a cabo las funciones de dirección, las cuales, en el caso descrito de nuestro apoderado son ciertamente, y sin duda de ninguna clase, realmente ejercidas por éste en base a los muy amplios poderes de que disfruta.

Según el precepto reglamentario que se acaba de citar, *la existencia de los cargos en él mencionados deberá acreditarse de modo fehaciente a través del oportuno contrato o,*

en su caso, nombramiento, mandato éste que, sin duda, es extensivo igualmente al supuesto que se acaba de poner de relieve del apoderado con amplios poderes atribuidos por el Consejo de Administración de la entidad.

En mi opinión este requisito debiera estimarse como necesario, pero no como suficiente, a los fines de la concesión de la exención, ya que a su través no se prueba realmente y de forma indubitada el ejercicio efectivo de las funciones de dirección, ejercicio éste que es lo verdaderamente relevante, no pudiendo ser el mismo, en puridad, meramente nominal, sino que debe llevar aparejada la prueba de que se toman decisiones vinculantes en sus efectos para los demás socios o partícipes y para terceros.

Ello no obstante, tal y como está redactado el precepto reglamentario, la única exigencia a estos efectos es la acreditar la función de dirección en base al oportuno y pertinente contrato o nombramiento, sin más precisiones, por lo que bien cabe afirmar que, en una interpretación literal de la normativa aplicable, el mero hecho de la existencia del contrato o nombramiento constituye una presunción de efectivo ejercicio de la actividad, presunción que en mi criterio debe calificarse, en cualquier caso, como «iuris tantum», no como «iuris et de iure», es decir, como una presunción que admite prueba en contrario.

El ejercicio de susodichos cargos: presidente, director general, gerente, administrador, directores de departamento, consejeros y miembros del consejo de administración u órgano de administración equivalente, además de, por lo ya manifestado, apoderado con amplios poderes de dirección, debidamente acreditados, tiene que tener lugar, en cualquier caso, en la fecha de devengo del I.P., esto es, el 31 de diciembre de cada año.

Véase en este sentido la **contestación de la D.G.T. de 3 de febrero de 1995**, en la que se denegó la concesión de la exención en favor de una persona mayor de 65 años que había estado ejerciendo efectivamente funciones de dirección, y que había cumplido en ese tiempo todos los restantes requisitos para el disfrute de la misma; pero que ya estaba jubilada a 31 de diciembre del año en que la petición se efectuó, con lo cual ya había cesado en su actividad, no ejerciendo, pues, ninguna función de dirección, y ello pese a que seguía ostentando una participación en la entidad superior al 20% y a que recibía rendimientos del trabajo por pensión de jubilación.

4. CUANTIFICACIÓN DEL IMPORTE DE LA EXENCIÓN

Una vez cumplidos todos y cada uno de los requisitos que se acaban de mencionar, como se quieren declarar exentos elementos patrimoniales afectos a una actividad empresarial, poseídos a través de participaciones en una entidad, que aparece como la titular jurídica de la actividad, hay que excluir del total del patrimonio neto de la entidad el valor de los bienes y derechos no necesarios y no afectos a la actividad, como puede ser la cartera de títulos.

Por ello, el importe que goza de la exención no es el valor total de las participaciones, de acuerdo con las reglas generales de valoración que le son aplicables, sino que para su determinación se introduce un índice corrector que toma en consideración la proporción de patrimonio afecto a actividades empresariales o profesionales desarrolladas por la entidad, tal y como establece el último párrafo del art. 4.º octavo de la Ley del I.P., que señala que la exención sólo alcanzará al valor de las participaciones, determinado conforme a las reglas que se establecen en el art. 16.º uno, de la propia Ley del I.P., en la parte que corresponda a la proporción existente entre los activos necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial o profesional, minorado en el importe de las deudas derivadas de la misma, y el valor del patrimonio neto de la entidad, fórmula ésta que igualmente aparece establecida en el art. 6.º 1 del R.D. 2481/1994, de 23 de diciembre, y que se puede expresar gráficamente del modo siguiente:

$$\text{Valor participación} \times \frac{\text{Activos afectos-Deudas afectas}}{\text{Valor total patrimonio neto entidad}} \times 100$$

Sorprende que el legislador, al promulgar primero la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, y recientemente la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, no haya salvado la incongruencia que ahora existe respecto a esta cuestión, y que antes no existía. Me refiero al hecho de que se siga haciendo mención únicamente al art. 16.º uno de la Ley del I.P. Ello tenía sentido antes, cuando las solas participaciones exentas eran exclusivamente las de entidades que no cotizaban en mercados organizados. Al haberse producido el cambio, antes mencionado, de que en los momentos presentes también pueden llegar a gozar de exención las participaciones en entidades que si cotizan en mercados organizados, *lo correcto habría sido que la referencia a la Ley del I.P. se extendiese tanto a su art. 16* («Demás valores representativos de la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad»), *cuanto a su art. 15* («Valores representativos de la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad, negociados en mercados organizados»). Esta omisión debe, sin embargo, salvarse por la pura lógica, por lo que, de acuerdo con una interpretación conjunta de todos los requisitos exigidos para el disfrute de la exención, habrá que entender cabalmente que en el supuesto de participaciones en entidades con cotización la valoración de la acción deberá realizarse conforme a lo dispuesto en el art. 15 de la Ley del I.P.

5. MOMENTO AL QUE SE REFIEREN LOS REQUISITOS Y CONDICIONES EXIGIDOS PARA EL DISFRUTE DE LA EXENCIÓN, Y OBLIGACIONES FORMALES A CUMPLIMENTAR.

Los requisitos y condiciones para que resulte aplicable la exención han de referirse, como ya se apuntado precedentemente, al momento en el que se produce el devengo del I.P., esto es, el 31 de diciembre de cada año.

Así se señala expresamente en el art. 7.º del R.D. 2481/1994, de 23 de diciembre, y así se dispuso igualmente en la **contestación de la D.G.T de 3 de febrero de 1995**, en la que se señaló:

«El art. 29 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del I.P., establece que el impuesto se devengará el 31 de diciembre de cada año y afectará al patrimonio del cual sea titular el sujeto pasivo en dicha fecha.

De conformidad con la concepción estática del patrimonio que revela el precepto citado, la titularidad de los bienes y derechos, así como la existencia de las cargas y deudas que corresponden al sujeto pasivo y, por lo mismo, *la concurrencia o no de las circunstancias que determinan la exención en el impuesto de determinados bienes o derechos, debe considerarse siempre en dicha fecha.*

Por ello y en relación a la exención incorporada al art. 4.º de la Ley 19/1991 por el art. 3.º de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo, no es de extrañar que el art. 7.º del R.D. 2481/1994, de 23 de diciembre, por el que se determinan los requisitos y condiciones de las actividades empresariales y participaciones en entidades para la aplicación de la citada exención, establezca que *unos y otras habrán de referirse al momento en que se produzca el devengo del impuesto».*

En cuanto a las *obligaciones formales*, teniendo en cuenta que el beneficio fiscal se configura técnicamente como una exención, y en consonancia con la función básicamente censal que se atribuye al I.P., se deben hacer constar en la declaración de este impuesto los bienes afectados, aunque no se computen para el cálculo de la base imponible.

Así se señala claramente, por lo demás, en el art. 8 del R.D. 2481/1994, de 23 de diciembre, en donde se preceptúa que los sujetos pasivos deben hacer constar en su declaración por el I.P. los bienes, derechos y deudas, así como su valor, correspondientes a las actividades empresariales, de la misma forma que las participaciones y la parte del valor de las mismas que disfruten de la exención de conformidad con el art. 4.octavo de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del I.P.

Entiendo que el incumplimiento de esta obligación formal puede ser constitutiva de una infracción tributaria simple, pero no debe determinar la pérdida del derecho a la exención, siempre que se cumplan los requisitos y condiciones sustantivos normativamente fijados.

6. REFLEJO DE ESTA EXENCIÓN A EFECTOS DE LA BONIFICACIÓN EN EL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES DE LAS PARTICIPACIONES EN ENTIDADES.

En el art. 4 del R.D.-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, se añadió un nuevo aptdo. 5 al art. 20 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del I.S.D., en virtud del cual se establecieron unas reducciones a practicar en la base

imponible de este impuesto, para determinar la base liquidable del mismo, en los supuestos de transmisión de empresas y de la vivienda habitual.

Esta previsión normativa, que supuso indudablemente un avance respecto a la preexistente situación, en donde este supuesto de reducción en la base imponible del I.S.D. no existía, presentaba, sin embargo, *el defecto de que la misma únicamente era aplicable en los supuestos de adquisición mortis causa, no resultando, pues, de aplicación a las donaciones, con lo cual se originaba así un tratamiento asimétrico entre las transmisiones por herencia y las inter vivos en base a una donación, asimetría ésta que, además, resultaba criticable desde la óptica de que con esta regulación no se facilitaba el relevo generacional en la gestión de la explotación de los patrimonios empresariales.*

Así las cosas, *el legislador*, consciente de esta anómala situación, generadora de distorsiones, y de poder ser calificada como un atentado a las exigencias diamantes del principio constitucional de igualdad, *procedió a ampliar el beneficio de la bonificación mencionada en favor de las adquisiciones lucrativas inter vivos de la empresa individual y de las participaciones en entidades* a las que me vengo refiriendo, siendo al menos curioso señalar, ya que no tiene mayor trascendencia práctica, que esta ampliación se produjese en la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que vino a modificar una ley posterior, la 14/1996, de 30 de diciembre, de cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas y de medidas fiscales complementarias, en donde esta ampliación a las donaciones no se recogió, ya que la misma se limitó a reordenar el contenido del art. 20 de la Ley del I.S.D., manteniendo el beneficio de la reducción de la base imponible de este impuesto exclusivamente para las adquisiciones por herencia, tal y como había sucedido en el ya citado R.D.-Ley 7/1996.

La situación presente en el I.S.D., fruto de la nueva redacción dada a los aptos. 2.c) y 6 de la Ley del I.S.D. por el art. 5 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, respecto a este tema, es la que a continuación se expone.

6.1. BENEFICIO RELATIVO A LAS PARTICIPACIONES EN LAS ADQUISICIONES MORTIS CAUSA

El mismo se recoge en el actual art. 20.2.c) de la Ley del I.S.D., debiendo indicarse, siguiendo a Pozuelo Antoni (1997), que *por adquisición mortis causa no sólo hay que entender la que dimana de la institución de heredero, sino que asimismo hay que incluir las adquisiciones derivadas de cualquier otro título sucesorio: legados, sustituciones, fiducias, donaciones mortis causa, pactos sucesorios, etc, y, como regla general, independientemente del concreto derecho que la adquisición confiera, por lo que, en consecuencia, del beneficio va a poder disfrutar no sólo quien adquiera la propiedad plena, sino también, por ejemplo, la nuda propiedad o el usufructo.*

El beneficio, que es compatible con los restantes establecidos en el art. 20 de la Ley del I.S.D., *consiste en una reducción en la base imponible del 95% de ésta en*

*favor del cónyuge, descendientes y adoptados de la persona fallecida –precisando el legislador, en la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, que cuando no existan descendientes o adoptados la bonificación se aplicará a las adquisiciones por ascendientes, adoptantes y colaterales, hasta el tercer grado– por la adquisición mortis causa de participaciones en entidades a las que resulte aplicable la exención establecida en el art. 4.º octavo, dos de la Ley del I.P., por cumplimiento de los requisitos para ello exigibles, a los que ya me he referido anteriormente, requisitos éstos para declarar exentas las participaciones en entidades que deben ser cumplidos por el causante, tal y como se declaró en la **contestación de la D.G.T. de 26 de septiembre de 1996.***

Un problema que se suscita, y que no tiene respuesta normativa, es el de precisar el momento en el que deba determinarse la exención en este último impuesto a efectos de la minoración de la base imponible del I.S.D., teniendo en cuenta, como ya indiqué precedentemente, que los requisitos y condiciones para que resulte aplicable la exención en el I.P. han de referirse al momento en el que se produce el devengo de este impuesto, es decir, el 31 de diciembre de cada año. ¿Qué ocurre cuando el fallecimiento se produce en otra fecha diferente, que será, además lo más usual, siendo así que esta situación no origina en el I.P. el devengo de este impuesto, ni supone la existencia de un período impositivo diferente?

Ante ello, y teniendo presente que es al momento del devengo de cada tributo al que hay que referir sus requisitos y condiciones, no parece que exista más alternativa que señalar que las participaciones transmitidas deben estar exentas en la fecha del fallecimiento del causante, que es cuando tiene lugar el devengo del I.S.D., de acuerdo con lo establecido en el art. 24.1 de la Ley reguladora de este tributo. Ello supone que en dicha fecha de fallecimiento habrá que proceder como si se devengase el I.P., aunque realmente éste no se devengue, es decir, habrá que operar con una ficción, puesto que en caso contrario, esto es, entendiendo en sus términos estrictos la exención, ésta jamás podría ser aplicable por no existir devengo de este impuesto en la fecha de la muerte del causante.

De este modo el cumplimiento del requisito de participar en la entidad en un 15 o en un 20%, según se trate de participación individual o por grupo, debe darse en la citada fecha del fallecimiento, en tanto que la exigencia del cumplimiento de un determinado nivel de rentas procedentes de la entidad participada deberá referirse al período impositivo que en el I.R.P.F. exista desde el 1 de enero del año del fallecimiento hasta la fecha en que se produzca la defunción del causante.

Es esta una solución –patrocinada también por Pozuelo Antoni (1997)– que, como ya he indicado, no está prevista a nivel normativo; pero que, en cualquier caso, me parece lógica para resolver la cuestión apuntada, aunque desde luego lo más aconsejable sería que se efectuase un desarrollo reglamentario de este tema para así evitar cualquier tipo de incertidumbre y de dudas.

Otras alternativas posibles entiendo que tienen peor encaje en nuestro ordenamiento jurídico.

Así, por ejemplo, la solución de que se tomase como fecha idónea a los efectos que vengo comentando la del último devengo del I.P., es decir, la del 31 de diciembre del año anterior a la fecha del fallecimiento del causante, para verificar si en dicho momento se cumplen o no los requisitos que condicionan la exención en este impuesto, presentaría, evidentemente, la ventaja formal de su simplicidad; pero materialmente no sería muy justa respecto a los fines buscados con el establecimiento del beneficio fiscal, ya que podría darse el caso de que en la fecha del óbito no se cumpliesen en absoluto las condiciones que generan el goce del mismo, aunque éstas si se hubiesen cumplido en el 31 de diciembre del año anterior, y lo que debe buscarse es justamente que en el momento del deceso, no en un momento que pudiera estar temporalmente muy alejado del mismo, se den tales requisitos.

Todo ello dejando al margen el importante dato, que jurídicamente es, por otro lado, el más relevante de que estamos hablando de una bonificación en el I.S.D., y, como ya señalé anteriormente, es el momento de devengo de cada impuesto el decisivo a los fines de la aplicación de su régimen jurídico, por lo que sería sumamente difícil sostener con pretensiones de éxito que para aplicar una bonificación en este último tributo se atendiese no a la fecha de su devengo: el fallecimiento del causante, sino a la fecha del devengo de otro tributo distinto: el I.P.

Por otro lado, la solución de tomar como fecha relevante a los fines que se vienen analizando la de 31 de diciembre del año del fallecimiento es completamente absurda, porque la misma es una fecha carente de cualquier significado jurídico, ya que ella ni es la fecha de devengo del I.P., ni tampoco lo es del devengo del I.S.D., por lo que esta alternativa es claramente rechazable sin más, por carente de lógica.

Hay que señalar, por último, que *la bonificación en el I.S.D. se pierde en el caso de que la adquisición no se mantenga durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que, a su vez, falleciese el adquirente dentro de dicho plazo.*

Esta obligación ya se recogió en el R.D.-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, habiendo sido mantenida en las posteriores reformas operadas en el art. 20 de la Ley del I.S.D., en las cuales se ha introducido a estos efectos *otra obligación adicional*, recogida en el vigente art. 20.6.c), segundo párrafo, de la Ley reguladora de este tributo, consistente en que *el causahabiente no podrá realizar actos de disposición y operaciones societarias que, directa o indirectamente, puedan dar lugar a una minoración sustancial del valor de la adquisición, exigencia ésta que, en mi opinión, no puede interpretarse con un carácter excesivamente amplio, puesto que siendo las empresas entes esencialmente dinámicos parece totalmente útil y aconsejable que se permita, sin pérdida del beneficio fiscal, operaciones tales como su reorganización, su transformación en otro tipo de empresa, la reinversión de lo adquirido en nuevos negocios, el arrendamiento, el usufructo, etcétera.*

De no ser así se produciría una evidente esclerotización de la empresa que a nadie beneficiaría, por lo que no puede ser éste el sentido ni la finalidad de la norma, que, rectamente entendida sólo pueda ir referida a la prohibición de realizar cualquier acto de disposición y cualquier operación societaria que suponga un vaciamiento patrimonial de la entidad participada, como, por ejemplo, podría ocurrir mediante la venta de activos a precios inferiores a su valor real, con el reparto de dividendos sobre las reservas acumuladas, ampliando su capital con renuncia a los derechos de suscripción, llevando a cabo determinadas escisiones de la misma, etcétera.

Obsérvese que la prohibición se anuda a la persona del causahabiente —y lo propio cabe afirmar para la situación, a la que me referiré ulteriormente, de las transmisiones a título lucrativo *inter vivos*, en la que esta misma exigencia va aparejada exclusivamente a la persona del donatario—, por lo que la misma se puede, por tanto, eludir por la simple vía de que los actos de disposición o la realización de operaciones societarias se acuerde efectuarlas no por el partícipe, sino que las mismas sean decididas por la Junta General y ejecutadas por la propia entidad, supuesto en el que estaríamos al margen de lo vetado legalmente, aunque, obviamente, en un supuesto así la Administración sostendrá, sin duda, que nos hallaríamos inmersos en un supuesto de fraude de ley, regulado en el art. 24 de la L.G.T., tal y como anteriormente se ha pormenorizado.

De no cumplirse cualquiera de las dos obligaciones citadas por parte de los causahabientes, deberá satisfacerse la parte del impuesto que se hubiese dejado de ingresar como consecuencia de la reducción practicada, más los pertinentes intereses de demora.

6.2. BENEFICIO RELATIVO A LAS PARTICIPACIONES EN LAS ADQUISICIONES LUCRATIVAS *INTER VIVOS*

Con carácter totalmente novedoso a partir del 1 de enero de 1997, y por efecto de lo dispuesto en la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, se introdujo un nuevo aptdo. 6.º en el art. 20 de la Ley del I.S.D., en virtud del cual se estableció también para las transmisiones lucrativas *inter vivos* de participaciones en entidades del donante, a las que resulte aplicable la exención regulada en el art. 4.octavo.dos de la Ley del I.P., *una reducción del 95% del valor de adquisición en la base imponible para determinar la base liquidable del gravamen exigible por la donación, en favor del cónyuge, descendientes o adoptados del donante, beneficio fiscal éste que se condiciona al cumplimiento de los requisitos que a continuación se exponen, unos de los cuales afectan al donante, y otros inciden sobre el donatario.*

Antes de ello, conviene puntualizar que si bien ha sido loable esta actuación legislativa, ya que carecía del más mínimo sentido que un beneficio existente en el seno de las adquisiciones *mortis causa*, no se hubiese extrapolado igualmente a las que tienen lugar *inter vivos*, la situación todavía dista de ser plenamente satisfactoria, al ser la equiparación incompleta, y ello porque siguen estando suje-

tos a gravamen en el I.R.P.F., en la persona del donante, los incrementos y disminuciones de patrimonio derivados de la transmisión a título gratuito e *inter vivos* de las participaciones en entidades que gocen de la reducción en el Impuesto sobre Donaciones, frente a lo que sucede respecto a los incrementos y disminuciones de patrimonio dimanantes de análogo concepto, pero *mortis causa*, para los cuales, como es conocido, el art. 44.cinco de la Ley del I.R.P.F., establece que no se sometan a dicho impuesto citadas alteraciones patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del sujeto pasivo, excepción que no se contempla para las donaciones.

Mientras esta disfunción no se corrija, y se solvente adecuadamente, las disparidades de trato en función de que la transmisión sea *mortis causa* o *inter vivos* seguirán subsistiendo, lo que, en mi opinión, carece de sentido y de justificación, tal y como puse pormenorizadamente de relieve en otro trabajo anterior (1996).

Respecto a los requisitos que debe cumplir el donante, la Ley exige la concurrencia acumulada de los dos siguientes:

1.º) *Que tenga 65 años o más, o se encuentre en situación de incapacidad permanente, en grado de absoluta o gran invalidez.*

El legislador ha sido extremadamente cicatero en este punto, como ha puesto de manifiesto Chaler Iranzo (1997), ya que lo más oportuno, al objeto de favorecer el relevo generacional en las empresas, hubiera sido evidentemente que, aparte de lo expuesto, hubiese contemplado también como generador de la bonificación el supuesto de que el empresario donante hubiese decidido jubilarse voluntariamente de forma anticipada, esto es, antes de llegar a los 65 años.

2.º) *Que, si el donante viniese ejerciendo funciones de dirección, dejase de ejercer y de percibir remuneraciones por el ejercicio de dichas funciones desde el momento de la transmisión, no entendiéndose comprendida, a estos efectos, entre las funciones de dirección, la mera pertenencia al Consejo de Administración de la sociedad.*

El uso del condicional en este requisito (« si ... viniere ejerciendo...») es, como ha escrito Pozuelo Antoni (1997), consecuencia obligada de la nueva redacción de la exención establecida en el I.P., la cual, como ya se ha indicado, es posible aun cuando una persona concreta no ejercite funciones de dirección, siempre que alguna de las restantes personas del grupo familiar las lleven a cabo.

Importan precisar, en todo caso, que la persona que venía ejerciendo tales funciones de dirección, y que ahora cesa en ellas, podrá, sin embargo, continuar siendo Consejero de la sociedad, sin que por ello se pierda la bonificación. Lo que se trata de favorecer con ello es el caso de la persona de 65 años que es Consejero y que pretende cesar en el ejercicio de sus funciones de dirección, pero no de su condición de Consejero. En este supuesto, el legislador no niega la bonificación en el Impuesto sobre Donaciones entendiéndolo, con buen crite-

rio, que la simple pertenencia al Consejo de Administración (sin efectivas funciones de dirección) no conculca el espíritu de la norma.

En cuanto a los requisitos que debe cumplir el donatario, los mismos son los siguientes:

- 1.º) *Debe tratarse exclusivamente del cónyuge, descendientes o adoptados del donante.*
- 2.º) *Debe mantener lo adquirido y tener derecho a la exención en el I.P. durante los diez años siguientes a la fecha de la escritura pública de la donación, salvo que falleciese dentro de susodicho plazo.*

La obligación de mantener lo adquirido es común al caso de adquisiciones por parte de los causahabientes. Específica para el supuesto de adquisiciones efectuadas a través de transmisiones lucrativas *inter vivos* es, por el contrario, la obligación para el donatario de que él tenga derecho a la exención en el I.P. durante los diez años siguientes a la fecha de la escritura pública de donación, siendo de destacar que *el plazo, a estos efectos, empieza a computarse no desde el devengo del impuesto, como sería lo más lógico, sino desde la de escritura pública de donación, exigencia ésta, que no parece tener más sentido que el de facilitar el control durante esos diez años, lo que supone una adición de requisitos a los diamantes de la normativa civil, ya que de acuerdo con ella sólo se precisa la escritura pública como requisito de validez del contrato en el supuesto de donación de bienes inmuebles, a tenor del art. 633 del Código Civil.*

*Hay que observar, en cualquier caso, que el requisito de tener derecho a la exención en el I.P. durante los citados diez años se refiere al donatario, a diferencia de lo que sucede para el disfrute de la exención en las adquisiciones mortis causa, en donde, como ya se ha indicado, los requisitos para declarar exentas las participaciones en entidades deben ser cumplidos únicamente por el causante, no por el causahabiente, tal y como se desprende de la Ley, y se declaró palmariamente en la **contestación de la D.G.T. de 26 de septiembre de 1996.***

Lógicamente, cuando tenga lugar la donación también habrá que verificar si se cumplen, o no, los requisitos para el disfrute de la exención en el I.P. respecto a las participaciones cedidas gratuitamente por el donante.

Aquí, de forma acorde con lo previamente manifestado, y teniendo presente que tampoco en este caso existe regulación normativa sobre esta cuestión, entiendo que el momento en que deberá procederse a esta verificación será aquél en el que se produce el devengo del I.S.D. que grave a la donación, el cual se contempla en el art. 24.2 de la Ley reguladora de este tributo, que establece como tal el día en que se cause o celebre el acto o contrato, y ello aunque en él no tenga lugar, salvo por coincidencia, el devengo del I.P.

Ello implica que en tal fecha habrá que proceder en base a la ficción de estimar que si se ha devengado el I.P., aunque realmente no sea así, debiendo comprobarse el cumplimiento del requisito de participar en la entidad en un 15 o en un 20%, según

se trate de participación individual o por grupo, en el momento inmediatamente anterior a la fecha en que se cause o celebre el acto o contrato, mientras que los requisitos de desarrollar labores efectivas de dirección y de percibir por ello la correspondiente remuneración, en la forma y en la cuantía ya expuestas en su momento, deberán verificarse en este caso en base a los datos referentes al período impositivo correspondiente al último devengo del I.R.P.F., ya que en este supuesto de donación no existe un período impositivo fraccionado en este último impuesto, por lo que no cabe aquí tomar a estos efectos como punto de consideración —a diferencia de lo apuntado respecto a las adquisiciones mortis causa, en donde el fallecimiento si origina el cierre del período impositivo en el I.R.P.F.— el tiempo que medie desde el 1 de enero del año en que tenga lugar la donación hasta el día en que el impuesto que grava a la misma se devengue.

La solución no deja de ser alambicada, y de difícil aplicación práctica, pero se me escapa otra más operativa, siendo ésta, en todo caso, una de las cuestiones más urgentemente necesitadas del oportuno desarrollo reglamentario que venga a disipar las dudas suscitadas.

3.º) *No puede realizar actos de disposición y operaciones societarias que, de modo directo o indirecto, puedan originar una minoración sustancial del valor de adquisición.*

A esta exigencia ya me he referido antes, al comentar esta obligación en relación a las adquisiciones efectuadas por los causahabientes, en donde la misma también existe, por lo que me remito a lo ya expuesto para evitar innecesarias repeticiones.

En el supuesto de que el donatario incumpla los requisitos que se acaban de poner de relieve, dispone el art. 20.6.c), último párrafo, de la Ley del I.S.D. que deberá procederse a pagar la parte del impuesto que se hubiere dejado de ingresar como consecuencia de la reducción practicada y los correspondientes intereses de demora.

BIBLIOGRAFÍA

- Cencerrado Millán, E., «Consideraciones críticas a las exenciones del patrimonio empresarial de la persona física y de las participaciones en determinadas entidades (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de junio de 1996, que confirma la validez de determinados preceptos del Real Decreto 2481/1994)», *Quincena Fiscal*, n.º 7, 1997.
- Chaler Iranzo, R., «Ley Orgánica 3/1996 y Leyes 12/1996, 13/1996 y 14/1996: modificaciones en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados», *Revista de Contabilidad y Tributación*, C.E.F., n.º 168, 1997.
- Checa González, C., *Hecho imponible y sujetos pasivos. Análisis jurisprudencial*, Lex Nova, Valladolid, 1998.
- Domínguez Rodicio, J. R., «La exención en el Impuesto sobre el Patrimonio de la participación en ciertas entidades y la bonificación en el Impuesto sobre Sucesiones deri-

vada de la misma, tras la modificación llevada a cabo por la Ley 13/1996», *Impuestos*, n.º 22, 1997.

Muñoz Del Castillo, J. L., «La exención en el Impuesto sobre el Patrimonio de las participaciones en sociedades», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 40, 1998.

Pozuelo Antoni, F., «Las exenciones en el Impuesto sobre el Patrimonio relativas a la empresa individual y a determinadas participaciones», *Revista de Contabilidad y Tributación*, C.E.F., n.º 170, 1997.

Pozuelo Antoni, F., «Las nuevas reducciones del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (Leyes 13 y 14 de 1996)», *Revista de Contabilidad y Tributación*, C.E.F., n.º 172, 1997.