

El TEAC limita la no sujeción a IRPF derivada de la donación de la empresa familiar

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 29 de mayo de 2023 (res. 1501/2020)

Borja Ferraz Corell

Abogado

Asesor Fiscal

Arttax & Legal Abogados

Resumen: En el presente comentario se analiza la Resolución del TEAC de 29 de mayo de 2023 que, por primera vez, aplica la inexistencia de ganancia patrimonial en IRPF prevista en el art. 33.3.c) de la Ley de IRPF, únicamente, en proporción al porcentaje de activos afectos sobre la totalidad del patrimonio de la entidad donada.

Palabras clave: art. 33.3.c) Ley IRPF; ganancia patrimonial no sujeta; regla de proporcionalidad; límite al diferimiento

I. OBJETO DE LA RESOLUCIÓN DEL TEAC DE 29 DE MAYO DE 2023

Determinar si fue correcto el criterio de la Inspección que consideró que la inexistencia de ganancia patrimonial prevista en el artículo 33.3 c) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, IRPF) con ocasión de la donación de la empresa familiar en favor de sus hijos, sólo procedía respecto del 56,97 % de dicha ganancia patrimonial (tributando por el 43,03 % restante), al ser este el porcentaje del patrimonio afecto a la actividad económica, y por tanto, el porcentaje de las participaciones que cumplen los requisitos previstos en el artículo 20.2 c) de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (en adelante, ISD), que, a su vez, se remite al artículo 4.Ocho.2 de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio (en adelante, IP).

II. SUPUESTO DE HECHO

El contribuyente presentó directamente en única instancia (*per saltum*) una Reclamación Económico - Administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) contra el acuerdo de liquidación de fecha 27-01-2020 dictado por la Dependencia Regional de Inspección de la Delegación Especial de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT) por el concepto IRPF, periodo 2014, resultando un importe a ingresar de 1.700.106,17 €.

Dicho acuerdo de liquidación tuvo por objeto liquidar en IRPF parte de la ganancia patrimonial puesta de manifiesto con ocasión de la donación de participaciones de la sociedad GRUPO XZ, SL del donante a sus hijos.

III. NORMATIVA APLICABLE A LA DONACIÓN INTERVIVOS DE LA EMPRESA FAMILIAR

El conflicto radica en el artículo 33.3.c) de la Ley del IRPF que determina:

«3. Se estimará que **no existe ganancia o pérdida patrimonial** en los siguientes supuestos:

c) *Con ocasión de las transmisiones lucrativas de empresas o participaciones a las que se refiere el apartado 6 del artículo 20 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.»*

Es la propia normativa de IRPF la que regula este incentivo fiscal para facilitar la transmisión *inter vivos* de empresas familiares de una generación a la siguiente, sin tener que esperar a una transmisión *mortis causa*, concediendo a ambas el mismo tratamiento fiscal, la no tributación en IRPF de la ganancia patrimonial que se pondría de manifiesto por la diferencia entre el valor de adquisición (o de constitución) de dicha empresa familiar y su valor de mercado. Ninguna de las partes está recibiendo liquidez con la que poder hacer frente a la tributación de dicha supuesta ganancia patrimonial ya que no se está vendiendo el negocio familiar, sino que se está transmitiendo a la siguiente generación.

Como no podía ser de otra manera en nuestro ordenamiento jurídico, tal beneficio fiscal está sujeto al cumplimiento de numerosos requisitos contenidos en sucesivas remisiones normativas. Como ya hemos expuesto, el beneficio fiscal está previsto para las transmisiones lucrativas de empresas a las que se refiere el artículo 20.6 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en las que la base liquidable del donatario se reduce en un 95 % también para facilitar el relevo generacional en la empresa familiar, para lo cual se deben cumplir los siguientes requisitos:

«6. *En los casos de transmisión de participaciones "ínter vivos", en favor del cónyuge, descendientes o adoptados, de una empresa individual, un negocio profesional o de participaciones en entidades del donante a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio (en adelante, IP) se aplicará una reducción en la base imponible para determinar la liquidable del 95 por 100 del valor de adquisición, siempre que concurren las condiciones siguientes:*

- a) *Que el donante tuviese sesenta y cinco o más años o se encontrase en situación de incapacidad permanente, en grado de absoluta o gran invalidez.*
- b) *Que, si el donante viniere ejerciendo funciones de dirección, dejara de ejercer y de percibir remuneraciones por el ejercicio de dichas funciones desde el momento de la transmisión.*
- (...)
- c) *En cuanto al donatario, deberá mantener lo adquirido y tener derecho a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio durante los diez años siguientes a la fecha de la escritura pública de donación, salvo que falleciera dentro de este plazo.»*

En esencia, el donante debe tener 65 años o más, dejar de ejercer funciones de dirección y de cobrar por las mismas y el donatario debe mantener el valor de lo adquirido y tener **derecho** a la exención durante los 10 años siguientes a la donación.

En principio, cumpliendo dichos requisitos parece que la operación no estaría sujeta a IRPF en sede del donante y

la base liquidable de los hijos donatarios en el ISD se vería reducida en un 95 %, (o al menos esa parecía la intención del legislador hasta esta nueva interpretación del TEAC), pero no sin antes realizar una última remisión normativa relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos.

El donatario debe tener **derecho** a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio durante los 10 años siguientes a la fecha de la donación. Dicha exención se encuentra prevista en el art.4.Ocho.Dos de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio que determina que estará exenta la plena propiedad sobre las participaciones en entidades en las que concurren las condiciones siguientes:

«a) **Que la entidad, sea o no societaria, no tenga por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. Se entenderá que una entidad gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario y que, por lo tanto, no realiza una actividad económica cuando concurren, durante más de 90 días del ejercicio social, cualquiera de las condiciones siguientes:**

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

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

A efectos de determinar la parte del activo que está constituida por valores o elementos patrimoniales no afectos:

(...)

2.º No se computarán como valores ni como elementos no afectos a actividades económicas aquellos cuyo precio de adquisición no supere el importe de los beneficios no distribuidos obtenidos por la entidad, siempre que dichos beneficios provengan de la realización de actividades económicas, con el límite del importe de los beneficios obtenidos tanto en el propio año como en los últimos 10 años anteriores. (...)

*b) Que la **participación** del sujeto pasivo en el capital de la entidad sea **al menos del 5 por 100** computado de forma individual, o del 20 por 100 conjuntamente con su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción.*

*c) Que el **sujeto pasivo ejerza efectivamente funciones de dirección** en la entidad, percibiendo por ello una **remuneración que represente más del 50 por 100** de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal.*

(...)

*La exención sólo **alcanzará** al valor de las participaciones, (...) en la parte que corresponda **a la proporción existente entre los activos necesarios para el ejercicio de la actividad** empresarial o profesional, **minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma, y el valor del patrimonio neto de la entidad**, aplicándose estas mismas reglas en la valoración de las participaciones de entidades participadas para determinar el valor de las de su entidad tenedora.»*

«Hay que distinguir entre el acceso a la exención y el alcance de dicha exención»

Dicho apartado del artículo, aunque extenso, realiza una diferenciación que tiene mucha relevancia a estos

efectos, ya que distingue entre el derecho o acceso a la exención y el alcance de dicha exención.

En primer lugar, estará exenta del IP la tenencia de participaciones en una entidad cuyo activo esté afecto en más de un 50 % a una actividad económica, siempre que la participación alcance el 5 % individualmente o 20 % conjuntamente como establece la ley, en la que el sujeto pasivo ejerza funciones de dirección y perciba por ello una remuneración que suponga más del 50 % de la totalidad de sus rendimientos.

En segundo lugar, una vez determinado el derecho a aplicar la exención en el IP con arreglo a los criterios anteriores, procede **cuantificar el alcance de dicha exención**. Es aquí y sólo aquí, cuando entra en juego la proporción existente entre los activos afectos a la actividad y el patrimonio neto de la entidad en cuestión. Si dicha proporción fuera del 57 %, como en el caso objeto de la resolución del TEAC, ello determinaría que la exención en el IP del tenedor de dichas participaciones únicamente alcanzara al 57 % de su valor.

Tendría derecho a la exención sobre la totalidad de sus participaciones, sí, pero el alcance estaría limitado al 57 % de su valor.

Es precisamente esta determinación del alcance de la exención en el IP la que el TEAC utiliza para limitar la inexistencia de ganancia patrimonial en IRPF expuesta al inicio.

Mientras que el art. 20.6 LISD únicamente exige que a las participaciones donadas les resulte de **aplicación** la exención del art. 4.Ocho de la Ley del IP (sin vinculación alguna al alcance de dicha exención), el TEAC extiende los requisitos exigidos más allá de lo establecido por el legislador y entiende que, para determinar si existe o no ganancia patrimonial en IRPF en sede del donante, se debe atender al alcance de la exención de IP y no únicamente a su acceso o derecho a su aplicación.

Se excede el TEAC en su interpretación ya que, cuando el legislador ha querido diferenciar entre acceso y alcance de la exención de IP, lo ha hecho. Sin embargo, no lo hizo con el art. 20.6 LISD ni tampoco con el art. 33.3 LIRPF.

Más clara aún es la redacción del art. 33.3 LIRPF ya que no se refiere a una reducción de la base imponible o de una bonificación en la cuota, sino que de una forma tajante determina que *«no existe ganancia o pérdida patrimonial en los siguientes supuestos (...)»*. La ganancia patrimonial o existe, o no existe, es la primera vez que se pone de manifiesto la existencia de una ganancia patrimonial «en parte» o en un 57 %, tal y como determina la Resolución del TEAC.

Pues bien, la resolución fija un criterio todavía no reiterado y que, por tanto, no constituye doctrina vinculante para la Administración tributaria pero que supone un aviso a navegantes. Implica un duro golpe a la donación de la empresa familiar, ya que exige hacer frente a una tributación que puede resultar muy elevada y que podría dar lugar a lo que ya ocurre en el ámbito de las herencias con inmuebles, en las que los herederos se ven forzados a vender los inmuebles recibidos para poder hacer frente a la cuota del ISD que les corresponde abonar. En este caso es aún más gravoso, ya que, al ser *inter vivos*, es el donante que se ha desprendido de sus participaciones el que debe tributar en su IRPF (además de los donatarios en ISD, claro) y podrían no disponer de más activos realizables con los que obtener liquidez. Ello inevitablemente conduciría a una imposibilidad de llevar a cabo el relevo generacional en el ámbito de la empresa familiar, única y exclusivamente, por el coste fiscal que ello pueda suponer.

«El exceso de liquidez dentro de la sociedad es considerado como un activo no afecto a la actividad económica»

Tengamos en cuenta que el propio TEAC considera como activo no afecto a la actividad económica la tesorería ociosa, esto es, el exceso del saldo medio bancario sobre las necesidades de circulante. Es decir, que cualquier sociedad que obtenga beneficios y no reinvierta el 100 % en la actividad o distribuya dividendo, pasará a tener un activo no afecto (en la parte considerada como tesorería ociosa) que le perjudicaría a los efectos aquí analizados.

En conclusión, este nuevo criterio puede suponer el principio del fin de la donación *inter vivos* de la empresa familiar, operación que recordemos, de haberse producido *mortis causa*, no habría dado lugar a tributación alguna en sede del causante por aplicación de la letra inmediatamente anterior al art. 33.3.c) LIRPF, esto es, el 33.3.b) que determina que no existe ganancia o pérdida patrimonial:

«b) Con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente».

IV. INSEGURIDAD JURÍDICA

Esta interpretación además abre la puerta a nuevos conflictos, como puede ser el caso en el que los hijos donatarios de las participaciones de la empresa holding familiar, ante una oferta irrechazable, vendan una de las dos sociedades en las que participa dicha sociedad holding, conservando la otra con actividad económica pero cuyas participaciones únicamente representan el 20 % del activo de la holding.

Como hemos visto, la exención del IP prevé que, ante estos casos, el tenedor de las participaciones no pierda el **acceso** a la exención de IP durante un plazo de 10 años, es decir, que dispondrá de dicho plazo para reinvertir lo recibido por la venta en una actividad económica sin que ello perjudique su acceso a la exención. Ello concede al contribuyente un plazo razonable para reinvertir el importe obtenido por la venta de un negocio en otro nuevo o en uno ya existente. Ante dicha situación el contribuyente, con la normativa expuesta en la mano, tendría acceso a la exención en IP, pero su **alcance** se encontraría limitado al 20 %. Sin embargo, ante esta nueva interpretación del TEAC, si los donatarios únicamente tienen un alcance de la exención del 20 % como consecuencia de la venta, ¿implicaría que el donante vería limitada su inexistencia de ganancia patrimonial en IRPF al 20%? Ello dejaría sin efecto el «escudo de 10 años» previsto en el art. 4.Ocho.Dos. a) 2º LIP que determina que, para analizar el **derecho a la exención** no se computarán como elementos no afectos a actividades económicas los beneficios no distribuidos obtenidos tanto en el propio año como en los últimos 10 años anteriores. ¿Cuándo se debe de analizar el cumplimiento de los requisitos relativos al acceso o alcance de la exención? ¿El día anterior a la donación o a lo largo de los 10 años siguientes que se le exigen al donatario? En este último caso, ¿habría que calcular la afección media de los activos durante ese plazo de 10 años o los requisitos que se le exigen al donatario sí que se entienden cumplidos o no cumplidos en su totalidad sin aplicar proporcionalidad alguna? ¿Implica ello que el plazo de prescripción del IRPF del donante ascienda a 14 años (10 años de cumplimiento de requisitos por parte de los donatarios y los 4 años posteriores para ser comprobado por AEAT)?

Una vez más nos encontramos con inseguridad jurídica a la hora de poder planificar un relevo generacional en el ámbito de la empresa familiar al surgir contingencias fiscales que son igual de cambiantes que los criterios de los órganos de la AEAT que las van a liquidar, por supuesto siempre en perjuicio del contribuyente y guiados por el afán recaudatorio de la Agencia Tributaria.