

Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: aplicación de la reducción del 95% en la adquisición de empresas individuales, negocios profesionales o participaciones en entidades.

1. Introducción

Como es sabido, uno de los beneficios fiscales que con mayor frecuencia se aplica en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (“ISD”) es la reducción del 95% establecida en el artículo 20 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre (“LISD”), para las adquisiciones de empresas individuales o participaciones en entidades por parte de los cónyuges, descendientes o adoptados, del causante o donante.

Pues bien, la aplicación de esta reducción en la práctica no resulta sencilla, en tanto en cuanto existe una importante disparidad interpretativa sobre qué valor debe tomarse como base de la reducción. En efecto, si bien la LISD establece literalmente que la base de la reducción será el “valor de la empresa”, los órganos de gestión e inspección de las Comunidades Autónomas vienen considerando que la citada exención sólo podrá alcanzar al valor de las participaciones en la proporción que se corresponda con activos afectos a la actividad.

En el presente trabajo se efectuará un análisis sobre los preceptos normativos que imperan en la aplicación de la citada reducción, los argumentos que habitualmente emplea la Administración para limitarla a la proporción correspondiente con activos afectos, así como los principales argumentos que, en nuestra opinión, podrían utilizarse para rebatir el criterio administrativo.

2. Análisis normativo en la reducción del 95% del artículo 20.2.c) LISD.

Establece la letra c), apartado 2, del citado artículo 20 de la LISD que:

«En los casos en los que en la base imponible de una adquisición mortis causa que corresponda a los cónyuges, descendientes o adoptados de la persona fallecida, estuviese incluido el valor de una empresa individual, de un negocio profesional o participaciones en entidades, 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 (...) para obtener la base liquidable se aplicará en la imponible, con independencia de las reducciones que procedan de acuerdo con arreglo a los apartados anteriores, otra del 95% del mencionado valor, siempre que la adquisición se mantenga, durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciera el adquirente dentro de ese plazo».

Inicialmente, se puede observar que el precepto citado hace mención al “valor” de las “participaciones en entidades”, sin realizar especificación alguna sobre si a estos efectos, tiene que considerarse únicamente el valor de la empresa que se corresponda con elementos afectos a la actividad empresarial.

Pues bien, se puede observar que para la aplicación de la reducción del 95%¹ deben cumplirse, principalmente, dos condiciones:

¹ Por motivos de claridad expositiva en adelante, nos referiremos siempre a la “reducción del 95% en los casos de adquisición de empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades a los que sea de aplicación la exención del IP” simplemente como “reducción del 95%”.

- Debe tratarse de participaciones a las que aplique la exención del apartado octavo del artículo 4.Ocho de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio (“LIP”).
- El negocio, o participaciones, deberán mantenerse en principio 10 años en el patrimonio del causante (la concurrencia específica de este requisito no será analizada en el presente trabajo).

Pues bien, con respecto al primero de los requisitos, el citado artículo 4.Ocho de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio (“LIP”) establece que, para la aplicación de la exención en dicho impuesto deben concurrir las siguientes circunstancias:

- La entidad no puede tener por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. Se entiende que una entidad gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario 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
 - Que más de la mitad de su activo no esté afecto a actividades económicas.
 Adicionalmente, en el caso de entidades dedicadas al arrendamiento de inmuebles, para entender que éstas realizan una actividad económica, y que, por tanto, no tienen como fin la mera gestión de un patrimonio inmobiliario, debe de cumplirse lo dispuesto en el artículo 27.2 la Ley 35/2006 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (“LIRPF”), es decir, se debe disponer de al menos un empleado con contrato laboral a jornada completa y de un local exclusivamente afecto a la actividad.
- La participación del sujeto pasivo tiene que ser al menos del 5%, si se computa de forma individual, o del 20% si se computa conjuntamente con su cón-

yuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado.

- El sujeto pasivo debe ejercer 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. Cuando la participación en la entidad sea conjunta con alguna o algunas personas a las que se refiere el punto anterior, las funciones de dirección y las remuneraciones derivadas de la misma deberán cumplirse en una de las personas del grupo de parentesco sin perjuicio de que todas ellas tengan derecho a la exención.

Por otro lado, como es sabido en el Impuesto sobre el Patrimonio (“IP”) existe una limitación con respecto a la aplicación de esta exención: tanto el citado artículo 4.Ocho como el artículo 6 del Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, determinan que, en el ámbito del IP, esta exención

«...sólo alcanzará al valor de las participaciones (...) en la parte que corresponda a la proporción existente entre los activos afectos al ejercicio de una actividad económica, minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma, y el valor del patrimonio neto de la entidad».

Por tanto, existiendo la citada restricción en el ámbito del IP surge una importante cuestión en la aplicación de la reducción del 95% en el ISD: ¿Qué amplitud tiene la remisión normativa de la LISD a la LIP? Esto es, ¿Su objetivo es únicamente determinar las sociedades a las cuales es aplicable el beneficio fiscal, o por el contrario, se trata una remisión tan amplia que implica la extrapolación al ámbito del ISD de la limitación a la exención existente para el IP?

Según el criterio sostenido reiteradamente por la Dirección General de Tributos (“DGT”) y por la doctrina económico-administrativa

más reciente², la remisión que la normativa del ISD efectúa a la LIP tiene un carácter amplio y una interpretación finalista de la norma lleva a concluir que el importe del beneficio fiscal debe calcularse sobre el valor proporcional de las participaciones en la entidad, determinado en función de los activos afectos y no afectos de ésta.

En nuestra opinión, y sin perjuicio de la dificultad de la cuestión, la referencia que la LISD realiza a la normativa del IP parece limitarse a señalar las sociedades a las que es aplicable el beneficio fiscal, sin extenderse a la cuantificación del importe de la reducción.

En efecto, tal y como posteriormente se expondrá, la interpretación administrativa podría suponer la aplicación analógica de una restricción establecida para el IP al ámbito del ISD, prohibida en el ámbito tributario.

3. Justificación de la Administración Tributaria para limitar la base de la reducción.

Tal y como se ha mencionado anteriormente, el criterio que mayoritariamente suele seguir la Administración, es calcular la base de reducción del 95% sobre la parte del valor de la empresa que se corresponde con activos afectos a la actividad empresarial.

La interpretación que aplican los órganos de gestión e inspección, tiene su fundamento en el criterio de la DGT mantenido en la consulta tributaria de 24 de mayo de 2002³, que establecía que:

«... una interpretación finalista de dicha exención prevista en el artículo 4.Octavo.Dos de la Ley 19/1991, tal y como resulta con toda nitidez tanto de la propia Ley como de

su desarrollo reglamentario constituido por el Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, conduce a entenderla aplicable a los bienes y derechos sólo en la medida en que estén afectos a la actividad económica.

Sostiene además la DGT, que una interpretación contraria supondría un tratamiento distinto en función de si la actividad se realizara directamente por una persona física o por una sociedad mercantil cuyas acciones fueran propiedad, directa o indirectamente, de esa misma persona física, lo cual no es aceptable desde una perspectiva de lógica tributaria. En efecto, no puede negarse que, en caso de que la actividad empresarial la realice una persona física, y no una sociedad, los únicos activos susceptibles de reducción del 95% en el ISD serán aquellos afectos a dicha actividad.

En otras ocasiones, la DGT⁴ se ha referido a meras «razones de lógica y coherencia interna» para entender que, efectivamente, el porcentaje de reducción en el ISD opere sobre el mismo importe que resulte exento en el IP

En este sentido, resulta interesante traer a colación lo dispuesto en la consulta V2302/2011 de 28 de septiembre, la cual, relacionando todo lo anterior, realiza unas conclusiones que explican los pilares sobre los que descansa el criterio administrativo:

“...cosa conceptualmente distinta a la determinación del “quantum” de la exención, además de lógicamente anterior, es constatar si esa sociedad tiene o no por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario (letra a) del apartado), lo cual resultará de la composición de la mayoría de su activo por valores o bienes no afectos. Y en ese exclusivo sen-

² Entre todas, véase Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 31 de enero de 2011.

³ A dicha consulta se refiere la propia DGT en consultas posteriores, entre otras, 2034-03 de 2 de diciembre, V2302-11 de 28 de septiembre, o V0852-11 de 1 de abril.

⁴ Consulta V2265-05 de 8 de noviembre.

tido, es decir, en la determinación de si procede o no la exención, se establece que “a efectos de determinar la parte del activo que está constituida por valores o elementos patrimoniales no afectos” no se computarán los que se detallan en el segundo epígrafe de la letra a).

El criterio expuesto y la norma valorativa del citado epígrafe y letra, aplicados al supuesto de hecho descrito en el escrito de consulta, significaría la procedencia del acceso a la exención para la Sociedad Limitada matriz, en tanto en cuanto la mayoría de su activo no está constituido por valores o elementos no afectos a su actividad. Sin embargo, no procedería tomar en cuenta el valor de todos aquellos elementos patrimoniales no necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial y ello con independencia de su coste de adquisición en relación con los beneficios no distribuidos, parámetro que, como se ha indicado, no opera en este punto.

En esta misma línea, el TEAC recientemente ha añadido que «la remisión que la normativa reguladora del gravamen sucesorio efectúa a la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio tiene un carácter amplio»⁵, de modo que el importe del beneficio fiscal en ISD se debe calcular sobre el valor proporcional de las participaciones en la entidad, determinado en función de los activos afectos y no afectos de ésta.

De acuerdo con todo lo expuesto, entiende la Administración que la remisión del artículo 20.2.c) de la LISD a la LIP no se refiere exclusivamente al tipo de empresas susceptibles de gozar de la reducción, sino que se refiere además a la determinación del “*quantum*” de tal reducción.

4. Interpretación mantenida por los Tribunales Superiores de Justicia.

No obstante todo lo anterior, existe una vertiente jurisprudencial opuesta al criterio administrativo, cuyo fundamento básico es que no procede limitar la base de la reducción en función de los activos afectos y no afectos en tanto que no existe precepto legal alguno que ampare dicha limitación.

En efecto, el artículo 3 del Código Civil, por remisión del apartado 1 del artículo 12 de la Ley 58/2003, General Tributaria (“LGT”) señala que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas»⁶.

Así pues, existen diversos pronunciamientos jurisprudenciales que han señalado en estos casos que “*las normas deben interpretarse de acuerdo con su sentido gramatical y más aún en una normativa en la que está prohibida expresamente la interpretación analógica*” (entre todas, véase Sentencia nº 132/2012 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid) y por ello, cuando el artículo 20.2.c) establece que la reducción del 95% afecta al «valor de la empresa» familiar, debe entenderse que éste incluye el valor total de la misma, pues no se señala que dicho valor deba englobar únicamente los bienes patrimoniales que están afectos a la citada actividad empresarial⁷.

En este sentido, es interesante destacar que dicha vertiente jurisprudencial establece que

⁵ Resolución del TEAC de 31 de enero de 2011, reseñada anteriormente.

⁶ En principio, parece que de la literalidad del artículo 20.c) de la LISD se desprende que la reducción aplicará sobre el valor total de las participaciones, sin restricciones.

⁷ En igual sentido, Sentencia 940/2008, de 31 de octubre de 2008 del TSJ de Extremadura, o Resolución número 1.181/2005 de 15 de junio de 2005 del TEAC (si bien, el TEAC ha cambiado recientemente dicho criterio).

la remisión del artículo 20.2.c) al artículo 4. Ocho de la Ley del Impuesto del Patrimonio debe entenderse que lo es únicamente a los efectos de evitar situaciones de fraude de ley en cuanto a qué se entiende por empresa familiar. Para ello, exige acudir a su regulación a los efectos de poder entender qué requisitos deben darse para que pueda incluirse un patrimonio en el concepto de empresa familiar y conseguirse así la continuidad en la citada actividad empresarial.

Finalmente, los tribunales que amparan esta interpretación, señalan que si del citado artículo se dedujera la interpretación pretendida por la Administración, carecería de todo sentido la regulación específica que han introducido algunas Comunidades Autónomas, como por ejemplo, Galicia, Cataluña o la Valenciana, en el ejercicio de sus competencias tributarias, que han indicado de forma expresa que la citada reducción del 95% en el Impuesto sobre Sucesiones solo puede incluir al valor de los bienes afectos a la actividad empresarial de la empresa familiar que se trasmite “mortis causa”.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de que en dichas sentencias los Tribunales fallaran en favor del contribuyente, llama especialmente la atención la referencia que se hace a la normativa de determinadas Comunidades Autónomas (como las ya citadas Galicia, Cataluña o Valenciana) las cuales, en su Ley de Tributos Cedidos, limitan la base de la reducción del 95% a los activos afectos a la actividad empresarial.

En efecto, dispone la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas que, en el ámbito del ISD, las Comunidades Autónomas podrán regular las reducciones de base imponible establecidas por la normativa del Estado, manteniéndolas en

condiciones análogas a las establecidas por éste o mejorándolas mediante el aumento del importe o del porcentaje de reducción. En ningún caso se concede competencia a las Comunidades para reducir o limitar las reducciones establecidas en la normativa estatal.

Por tanto, considerando que los pronunciamientos jurisprudenciales anteriormente citados señalan que la literalidad de la LISD establece que la base de la reducción del 95% será el valor total de las participaciones, aquellas Comunidades que en su Ley de Tributos Cedidos limiten la base de reducción a la proporción de activos afectos a la actividad económica, podrían estar excediéndose en el ejercicio de sus competencias y, en consecuencia, ser nulas de pleno derecho.

5. Posible aplicación de analogía.

Por otro lado, no puede obviarse que la interpretación que realiza la DGT podría ser contraria a la prohibición analógica establecida en el artículo 14 de la LGT.

Recordar que dicho precepto señala, de manera taxativa, que:

“No se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales.”

Así pues, reiterada jurisprudencia (entre otras, Sentencia de 16 marzo 1992 del Tribunal Supremo) ha refrendado que la aplicación del citado artículo 14 impide aplicar la analogía no sólo para extender el hecho imponible más allá de sus términos estrictos, sino también en el ámbito de las exenciones o bonificaciones.

En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana⁸ ha señalado que cuando la norma es lógica en su redacción, y de su tenor y teleología no se desprende el criterio administrativo, es contrario a derecho extender dicha redacción a circunstancias no contempladas por las mismas, por ser la analogía un instituto prohibido en el campo del tributo.

A mayor abundancia, podemos destacar la Sentencia de 18 de marzo de 2009 del Tribunal Supremo (Rec. n.º 6739/2004) que, en una situación de controversia entre la Administración y contribuyente con respecto a la interpretación del artículo 20.2.c) de la LISD, acabó señalando que:

“Así se desprende de una interpretación literal del precepto que para obtener la base liquidable aplica en la imponible una reducción del 95% del valor de la empresa individual, negocio profesional o participaciones de que se trate, pues si se hubiera querido por el legislador que la reducción legal recayera sobre el valor neto de la adquisición individual de cada causahabiente así lo habría establecido expresamente.”

Si bien el caso y los hechos que derivaron en tan tajante afirmación son sustancialmente diferentes al aquí analizado, a nuestro juicio, dicho criterio podría ser extrapolado al supuesto analizado en el presente trabajo, pues si la pretensión del legislador hubiese sido limitar la reducción en ISD a la proporción entre activos afectos o no afectos, así lo habría establecido en la LISD, tal y como ocurre en el ámbito del IP.

Por todo ello, puede afirmarse que existen argumentos para sostener que la interpretación administrativa va más allá del tenor literal de

la Ley y, por tanto, podría vulnerar la prohibición analógica del artículo 14 de la LGT.

6. Conclusiones

Tal y como se ha expuesto, la aplicación de la reducción del artículo 20.c) de la LISD no es baladí, pues existe una enorme disparidad interpretativa en aquellos supuestos en los que las empresas participadas disponen en su activo de elementos que no se consideren afectos a la actividad.

En la actualidad, y pese a existir argumentos y recientes pronunciamientos de algunos Tribunales Superiores de Justicia en sentido contrario, los órganos de gestión e inspección autonómicos suelen basarse en el criterio que marcan DGT y TEAC para sostener que la base de la reducción debe ser determinada en función de los activos afectos y no afectos a la actividad empresarial.

En todo caso, la inexistencia de un criterio unánime en la aplicación de dicha reducción, produce a los contribuyentes del impuesto una enorme inseguridad jurídica. Por tanto, se presume necesaria una modificación de la LISD (en un sentido o en otro) o, en su defecto, pronunciamiento del Tribunal Supremo, que clarifique a contribuyentes y asesores fiscales la forma de proceder en la aplicación de la reducción del 95%.

A la luz de la normativa vigente, parece defendible sostener que la base de la reducción es el valor total de la empresa, sin que deba ésta limitarse en función de los activos afectos y no afectos a la actividad empresarial.

Luis García Spínola
Asesor Fiscal en MAIO LEGAL
Economista miembro del REAF-CGCEE

⁸ Entre otras, Sentencia 517/2003, de 14 de abril de 2003 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana