

Las inversiones financieras como activos afectos y necesarios para la actividad empresarial

El Tribunal Supremo ha confirmado en su sentencia de 10 de enero de 2022 que, en determinados casos, la parte del activo de una empresa familiar correspondiente a participaciones en el capital de otras empresas, inversiones financieras o cualquier otro tipo de valor representativo de deuda podrá ser considerado como activo afecto y necesario para la actividad de la empresa.

José María Echave-Sustaeta. Fiscal. Madrid

Roland Wilhelm Gsell. Fiscal. Madrid

Los artículos 20.2.c) y 20.6 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (“ISD”)¹ establecen una reducción del 95% en la base imponible del ISD a las transmisiones, inter vivos o mortis causa, en favor del cónyuge, descendientes o adoptados, de participaciones en entidades a las que sea de aplicación la exención regulada en la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio (“IP”)². De este modo, y sin perjuicio de los requisitos adicionales que establece la Ley del ISD, para poder aplicar la reducción en el ISD es necesario que las participaciones transmitidas hayan disfrutado de la exención en el IP del donante.

La exención en el IP no se refiere a la totalidad del valor de las participaciones, sino que solo alcanza a aquella parte del valor de las participaciones 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.

Y es aquí donde surge la divergencia interpretativa que resuelve el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de enero de 2022 (rec.

¹ Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

² Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio.

1563/2020), puesto que la Administración tributaria de Aragón entendía que la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas³ —a la que se remite el artículo 4.Ocho.Dos de la Ley del IP para determinar si un elemento patrimonial se encuentra afecto a la actividad de la entidad— niega la consideración de elementos patrimoniales afectos a “*los activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad y de la cesión de capitales a terceros*”, de modo que tales inversiones financieras no podrían beneficiarse de la exención en el IP ni, en consecuencia, de la reducción del 95% en el ISD. Se trata de una interpretación que ha sido acogida por otros tribunales, como el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 13 de junio de 2018 (rec. 821/2016).

Por el contrario, el contribuyente defendió que había que atender al artículo 6 del Real Decreto 1704/1999⁴, que introduce un matiz a la Ley del IRPF al indicar que los activos financieros indicados “*en su caso, podrán estar afectos a la actividad económica*”, de modo que el contribuyente puede probar que tales activos financieros están afectos a la actividad económica, interpretación que fue acogida por los Tribunales Económico-Administrativos y el Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Esta interpretación ya había sido sostenida en otros

procedimientos por, entre otros, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Málaga (sentencia de 12 de abril de 2019, rec. 198/2018) o el de Galicia (sentencia de 4 de mayo de 2021, rec. 15612/2019).

También la DGT había señalado ya en varias consultas vinculantes (entre otras, la V2768-21, V0174-19 o la V0143-19) que en determinados casos, la tesorería, los fondos de inversión y otros productos financieros pueden no computarse como elementos o valores no afectos cuando la entidad interesada no tiene por actividad principal la gestión de un patrimonio, mobiliario o inmobiliario.

El Tribunal Supremo confirma la interpretación del contribuyente, sobre la base de los siguientes motivos:

- (i) La parte del activo de una empresa familiar correspondiente a participaciones en el capital de otras empresas, inversiones financieras o cualquier otro tipo de valor representativo de deuda podrá ser considerado como activo afecto y necesario para la actividad de la empresa “*siempre que se acredite el requisito de la afección o adscripción a los fines empresariales. En particular, las necesidades de capitalización, solvencia, liquidez o acceso al crédito, entre otros, no*

³ Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias, aplicable *ratione temporis*.

⁴ Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, por el que se determinan los requisitos y condiciones de las actividades empresariales y profesionales y de las participaciones en entidades para la aplicación de las exenciones correspondientes en el Impuesto sobre el Patrimonio.

se oponen, por sí mismas, a esa idea de afectación”.

Según señala el Tribunal Supremo, *“no todos los activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad y de la cesión de capitales a terceros han de quedar excluidos de la posibilidad de considerarse “elementos patrimoniales afectos a una actividad económica” pues, como aquí ocurre, pueden existir supuestos en que se trate de bienes necesarios para el desarrollo de la misma, siendo lo determinante (...) que se trate de elementos patrimoniales realmente “necesarios” para el ejercicio de la actividad debiendo verificarse si se adecúan a las vicisitudes propias del ejercicio periódico de la misma y si sirven a sus fines”.* En particular, el Alto Tribunal afirma que los excesos de tesorería generados por la actividad de la sociedad en determinados momentos pueden invertirse en ese tipo de productos en el ámbito de una razonable gestión financiera.

- (ii) El Tribunal Supremo considera que el artículo 6.3 del Real Decreto 1704/1999 no in-

curre en un exceso reglamentario merecedor de nulidad, sino que complementa la interpretación sobre el requisito de afectación, y constituye un desarrollo reglamentario que viene amparado por el artículo 4.Ocho.Tres de la Ley del IP. Por ello, este precepto satisface las exigencias del principio de legalidad y reserva de ley tributaria.

En definitiva, se trata de una interpretación que entendemos acertada a la vista de la interpretación amplia que, según una jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, debe realizarse de los incentivos que recogen tanto la Ley del IP como la Ley del ISD para la titularidad y transmisión de empresas familiares, así como atendiendo a la propia literalidad de los preceptos sometidos a la interpretación del Alto Tribunal. Y ello sin perjuicio de que sea conveniente que los contribuyentes traten de reunir la mayor cantidad de pruebas posibles para poder acreditar la afectación de este tipo de activos a la actividad empresarial puesto que, de conformidad con el artículo 105 de la Ley General Tributaria⁵, *“[e]n los procedimientos de aplicación de los tributos quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo”.*

⁵ Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.