

Nueva norma de determinación del activo afecto de la empresa familiar de los territorios forales vascos

Los territorios forales de Alava y Gipuzkoa han introducido recientemente en su normativa foral una nueva regla para determinar el alcance objetivo de los incentivos fiscales a la empresa familiar, consistente en incluir los elementos del activo adquiridos con beneficios procedentes de la realización de actividades económicas en el propio ejercicio y en los 10 años anteriores, es decir, mediante la aplicación de la conocida regla para evitar la patrimonialidad sobrevenida, sin necesidad de que el contribuyente acredite su efectiva afectación al desarrollo de la actividad empresarial. Bizkaia se encuentra tramitando la misma norma en la actualidad.

Iratxe Celaya. Fiscal. Bilbao

Una de las cuestiones más controvertidas en materia de empresa familiar es la relativa a la interpretación que debe darse al concepto de activos necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial al efecto de determinar el alcance objetivo de la exención del Impuesto sobre el Patrimonio, una vez constatado el acceso a la exención. También afecta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, que se remite a las reglas del Impuesto sobre el Patrimonio a efectos de la reducción aplicable tanto a la sucesión como a la donación de empresa familiar.

En efecto, se encuentra exenta la plena propiedad, la nuda propiedad o el derecho de usufructo vitalicio sobre las participaciones en entidades que cumplan determinados requisitos, que son los que abren la puerta a la exención. Su transmisión lucrativa está también bonificada en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en la medida en que pueda gozar de la exención del Impuesto sobre el Patrimonio.

Sin embargo, la exención no alcanza a la parte proporcional del valor de las acciones o participaciones sociales que se corresponda con activos no afectos o innecesarios para el desarrollo

de la actividad de la empresa familiar. Dice el artículo 6. Dos in fine de la Norma Foral 2/2013, de 27 de febrero, del Impuesto sobre el Patrimonio del territorio histórico de Bizkaia:

“(…) Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado Seis siguiente, la exención no alcanzará a la parte del valor de las participaciones, determinado conforme a las reglas que se establecen en los artículos 17 y 18 de esta Norma Foral, que se corresponda con el valor de los activos no necesarios para el ejercicio de la actividad económica, minorado en el importe de las deudas no derivadas de la misma. Tanto el valor de los activos como el de las deudas de la entidad, será el que se deduzca de su contabilidad y de la aplicación de las reglas contenidas en los artículos 17, 18 y en el apartado Tres del artículo 27 de la presente Norma Foral, siempre que aquélla refleje fielmente la verdadera situación patrimonial de la entidad, determinándose todos los valores, en defecto de contabilidad, de acuerdo con lo previsto en esta Norma Foral.”

De seguido, el apartado Cuatro del mismo artículo establece qué se debe entender por activo necesario:

“Cuatro. A efectos de lo previsto en el presente artículo, se entenderá que un activo es necesario para el desarrollo de una actividad económica cuando se trate de un elemento afecto a la misma, según establece el artículo 26 de la Norma Foral del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, salvo en lo que se refiere a los activos previstos en el inciso final de la letra

c) de su apartado 1, que, en su caso, podrán estar afectos a la actividad económica.”

En análogos términos se pronuncia la Ley 19/1991, del Impuesto sobre el Patrimonio (en adelante “LIP”), si bien deja a desarrollo reglamentario la calificación de activos no necesarios (acogimiento reglamentario recientemente convalidado por la Sentencia del Tribunal Supremo nº 5/2022, de 10 de enero):

“La exención sólo alcanzará al valor de las participaciones, determinado conforme a las reglas que se establecen en el artículo 16. uno de esta Ley, en la parte que corresponda a la proporción existente entre los activos necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial 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.”

Entre las partidas que más dudas suscitan se encuentran el dinero o los activos cuasi dinerarios (incluyendo, pero no limitados, a ciertos activos financieros), pues su apreciación es puramente casuística y la acreditación de la necesidad de dichos fondos para el desarrollo de la actividad económica no resulta fácil, especialmente si no se basan en ratios financieros y magnitudes relativas a las necesidades de caja de la empresa familiar para el desarrollo adecuado de su actividad empresarial.

Recuérdese a estos efectos que la Dirección General de Tributos tiene evacuada una consulta, la V0174-19, en la que determina que los depósitos líquidos en cuentas bancarias son activos no afectos a la hora de determinar si la entidad se dedica o no a la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario (acceso a la exención), incluso aunque procedan de beneficios no distribuidos en el ejercicio y en los 10 años anteriores, como permite el artículo 6 Dos de la Norma Foral del Impuesto sobre el Patrimonio o el artículo 4 Ocho Dos de la LIP (conocida como regla de patrimonialidad sobrevenida).

En efecto, la dificultad interpretativa de cuándo se está ante un activo afecto a la hora de determinar qué parte del valor de la empresa familiar debe quedar no exento, ha generado una importante inseguridad jurídica, en la medida en que es una cuestión meramente fáctica al no existir regla alguna que permita afirmar, sin lugar a dudas, el importe exacto de circulante que una entidad necesita para el desarrollo de su actividad empresarial.

Pues bien, los territorios históricos de Alava y Gipuzkoa, en sus Normas Forales 34/2021 y 1/2022, respectivamente, han introducido una regla que confiere un puerto seguro a los contribuyentes del impuesto que cumplen los requisitos para aplicar la exención de empresa familiar en el Impuesto sobre el Patrimonio o tienen intención de transmitir su empresa familiar de manera bonificada en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Esta regla no es otra que la ya conocida de “patrimonialidad sobrevenida”, que la LIP y las Normas Forales del Impuesto sobre el Patrimonio contienen para determinar el acceso a la exención, pero no para calcular su alcance objetivo, lo que hacen añadiendo los siguientes dos párrafos al final del apartado Cuatro del artículo 6 de sus respectivas normas forales:

“No se computarán como activos no necesarios para el desarrollo de una actividad económica, considerándose, por lo tanto, como 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 10 años anteriores. Los elementos que no computen como activos no necesarios por aplicación de lo dispuesto en este párrafo no podrán exceder del 75% del total del activo.

A efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, se asimilan a los beneficios procedentes de actividades económicas los dividendos que procedan de los valores a que se refiere el último guion de la letra a) del apartado 2 del artículo 14 de la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades, así como las plusvalías obtenidas en las transmisiones de estas participaciones, cuando los ingresos obtenidos por la entidad participada procedan, al menos en el 80 por 100 de la realización de actividades económicas.”

Como se puede apreciar, el alcance de activo afecto es muy amplio con esta nueva regulación. Además, se aclara una cuestión que ya venían interpretando las Haciendas Forales, en cuanto a la naturaleza que a estos efectos tienen los beneficios derivados de la cartera de control (determinados valores excluidos de patrimonialidad por superar el 5% de participación y contar con medios materiales y personales suficientes para gestionar la participación en otras entidades operativas), lo cual se agradece.

Por su parte, el límite del 75% que el legislador ha introducido es también amplio y razonable porque parece difícil encontrarse con una entidad que, teniendo su activo compuesto por elementos no afectos en más de un 75%, realice efectivamente una actividad económica. En

cualquier caso, de superarse el porcentaje parece que la única consecuencia sería que el exceso no goce de los beneficios de la empresa familiar, pese a que sus socios tengan acceso a la exención de empresa familiar y la apliquen con respecto de los elementos no afectos que no excedan de ese 75%.

La norma vizcaína todavía no se ha modificado, pero el anteproyecto de Norma Foral de determinadas modificaciones tributarias que ha sido sometido recientemente a información pública por la Diputación Foral de Bizkaia, contiene una disposición idéntica a la aprobada por los otros dos territorios forales vascos que, de ser aprobada, tiene el mismo alcance temporal, es decir, a partir del 1 de enero de 2022.