



## DOCTRINA Y CRITERIOS DE LOS TRIBUNALES ECONÓMICO-ADMINISTRATIVOS



Criterio **1** de **1** de la resolución: **00/01501/2020/00/00**

Calificación: **Doctrina**

Unidad resolutoria: **TEAC**

Fecha de la resolución: **29/05/2023**

**Asunto:**

IRPF. Ganancias y pérdidas patrimoniales por transmisión lucrativa de participaciones a las que se refiere el artículo 20.6 LISD. Diferimiento de ganancias patrimoniales por aplicación del artículo 33.3 c) LIRPF. Cumplimiento del requisito de afectación. Regla de proporcionalidad.

**Criterio:**

La aplicación del artículo 33.3 c) de la Ley del IRPF exige, en la remisión que éste hace al artículo 20.6 de la Ley del ISD y éste, a su vez, al artículo 4 Ocho de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, desarrollado reglamentariamente por el artículo 3 del RD 1704/1999, que los activos que componen el patrimonio de la entidad cuyas participaciones se donan se encuentran afectos a una actividad económica.

En consecuencia, el diferimiento de tributación de la ganancia patrimonial previsto en el citado artículo 33.3 c) de la LIRPF, no se aplica sobre la totalidad de la ganancias patrimoniales, sino únicamente respecto a las ganancias patrimoniales que se correspondan con el porcentaje de activos afectos sobre la totalidad del patrimonio de la entidad cuya participación se transmite.

Criterio reiterado en fecha 18-12-2023, RG 3062/2021.

**Referencias normativas:**

Ley 35/2006 Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas IRPF

33.3.c)

Ley 19/1991 Impuesto sobre el Patrimonio

4.8.2

Ley 29/1987 Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

20.2.c)

20.6

**Conceptos:**

Afectación

Beneficios fiscales

Diferimiento

Donaciones

Empresa familiar

Ganancias y pérdidas patrimoniales/Incrementos y disminuciones de patrimonio

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas IRPF

Patrimonio empresarial/profesional

Proporcionalidad

**Texto de la resolución:** ([Ver en nueva pestaña o ventana](#))

Tribunal Económico-Administrativo Central

SALA PRIMERA

FECHA: 29 de mayo de 2023

PROCEDIMIENTO: 00-01501-2020

CONCEPTO: IMPUESTO RENTA PERSONAS FÍSICAS. IRPF

NATURALEZA: RECLAMACION UNICA INSTANCIA GENERAL

RECLAMANTE: **Axy** - NIF ...

REPRESENTANTE: ... - NIF ...

DOMICILIO: ... - España

En Madrid , se ha constituido el Tribunal como arriba se indica, para resolver en única instancia la reclamación de referencia, tramitada por procedimiento general.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 04/03/2020 tuvo entrada en este Tribunal Económico-Administrativo (TEAC) la presente reclamación, interpuesta en 27/02/2020 contra 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) de ..., por el concepto IRPF, periodo 2014, resultando un importe a ingresar de 1.700.106,17 euros.

SEGUNDO.- Con fecha de 27-01-2020 se dicta acuerdo de liquidación por el tributo y periodo citado, en el que se regularizan las ganancias patrimoniales derivadas de la donación a favor de sus hijos de los títulos de la sociedad GRUPO **XZ** SL.

La Inspección entiende que la no existencia 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 (LIRPF), sólo procede respecto el 56,97% de la ganancia patrimonial (tributando por el 43,03%), al ser este el porcentaje del patrimonio afecto a la actividad, y por tanto, el porcentaje de las participaciones que cumplen los requisitos previstos en el artículo 20.2 c) de la Ley de Impuesto de Sucesiones y Donaciones (ISD), que, a su vez, se remite al artículo 4.Ocho.2 de la Ley de Impuesto sobre Patrimonio (LIP).

TERCERO.- Disconforme con el acuerdo de liquidación, se interpone contra el mismo ante este TEAC la presente reclamación directamente en única instancia (*per saltum*).

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Este Tribunal es competente para resolver de conformidad con lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), así como en el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa (RGRVA), aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo. No concurre ninguna de las causas de inadmisibilidad previstas en el artículo 239.4 de la LGT.

SEGUNDO.- Este Tribunal debe pronunciarse respecto a lo siguiente:

La conformidad a Derecho del acuerdo de liquidación impugnado.

TERCERO.- Comenzando por las cuestiones formales, se alega en primer lugar, infracción del artículo 89 de la LGT y vulneración del principio de confianza legítima, en tanto que la Administración, de conformidad con sus efectos vinculantes, estaba obligada a aplicar el criterio emitido por la Dirección General de Tributo (DGT) del Ministerio de Hacienda en respuesta a la consulta vinculante presentada en tiempo y forma por el obligado tributario para la operación regularizada.

La consulta formulada por el obligado tributario ante la DGT en fecha de 10-04-2014 (CV 350-14), tras realizar una exposición de los hechos y operaciones a realizar plantea, en relación con la aplicación del artículo 33.3 c) de la LIRPF, lo siguiente:

*<La principal cuestión que se le suscita a los consultantes es que, de cumplirse los requisitos previstos en el artículo 33.3 c) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, se exonera de gravamen la totalidad de la ganancia patrimonial del donante. Es decir, que aunque parte del activo del balance de la sociedad cuyas participaciones son objeto de la donación no esté afecto a actividades económicas, la exención de tributación alcanza a la totalidad de la ganancia patrimonial.*

*Esta parte entiende que la literalidad del Derecho Positivo vigente conduce a la exención total.>*

Más adelante, en el apartado de "consultas que se formulan", se añade:

*<¿Es correcta la interpretación de esta parte al considerar de aplicación lo dispuesto en el artículo 33.3 c) de la Ley 35/2006 de 28 de noviembre del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, por el que se estima que no existe ganancia o pérdida patrimonial 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 28 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones?>*

Y la DGT, en su contestación de fecha 07-10-2014, tras reproducir el artículo 33.3 c) de la LIRPF, dispone que:

*"El apartado 6 del artículo 20 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, establece una reducción en la base imponible de dicho Impuesto por la transmisión de participaciones "inter vivos", en favor del cónyuge y determinados parientes, 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 (BOE de 7 de junio) y que cumplan determinados requisitos.*

*De acuerdo con la dicción literal del reproducido artículo 33.3.c) de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, debe considerarse que este artículo resulta aplicable a las transmisiones " ... a las que se refiere el apartado 6 del artículo 20 de la Ley 29/1987 ... "; es decir, tal y como ha señalado este Centro Directivo en la consulta V0480-12 , de 5 de marzo, se refiere a los requisitos de aplicabilidad del apartado 6 del artículo 20 de la citada Ley 29/1987.*

*Por tanto, en la medida en que se cumplan los requisitos establecidos en este último artículo, con independencia de que el donatario aplique o no la referida reducción, se estimará la inexistencia de ganancia o pérdida patrimonial para el donante de las participaciones como consecuencia de su transmisión, siendo irrelevantes a dichos efectos los requisitos que establezca la normativa autonómica."*

Este TEAC se ha pronunciado en numerosas ocasiones respecto a que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 89 de la LGT, los criterios recogidos en las contestaciones a las consultas tributarias de la DGT deben de aplicarse por los órganos de la Administración encargados de la aplicación de los tributos, siempre que exista identidad entre los hechos del obligado tributario y los incluidos en la consulta y lse presente dentro del plazo previsto en el citado precepto, pues de lo contrario se estaría vulnerando, entre otros principios, el de confianza legítima.

Sin embargo, considera este TEAC que para que la contestación de la DGT vincule a los órganos de la Administración, además de cumplir los requisitos anteriores, se requiere no sólo que la pregunta sea clara y precisa sino que también lo sea la contestación. Es decir, la contestación de la DGT tiene que recoger un criterio claro e inequívoco sobre la cuestión, que haya generado confianza suficiente en el obligado tributario sobre el proceder en la cuestión planteada.

En el caso que ahora nos ocupa, analizada la contestación a la consulta vinculante, tal y como reconocía la Inspección en el acuerdo de liquidación, la pregunta es mucho más clara y precisa que la respuesta dada por la DGT.

En este sentido, dado el carácter genérico de la respuesta, no se puede considerar que dicha contestación contenga un criterio que vincule a la Administración. Así, no existiendo un pronunciamiento expreso y claro de la DGT sobre la aplicación del artículo 33.3 c) del LIRPF a la totalidad de la ganancia patrimonial derivada de la donación de las participaciones, no puede apreciarse vinculación alguna de la Administración a la aplicación del mismo.

Difícilmente puede exigirse a la Administración la aplicación obligada de una contestación dada por la DGT, cuando la misma, puede interpretarse, como ha sucedido en el caso que ahora nos ocupa, en diversos sentidos.

No comparte este TEAC, como se alega, que los términos de la contestación a la consulta no ofrezcan dudas al consultante en cuanto a su sentido ni que, ante la modo de plantearse la cuestión, la no negación de lo planteado suponga la validación de lo que se afirma como correcto.

CUARTO.- Asimismo, de considerarse la respuesta cómo genérica y no vinculante, se insiste por parte del reclamante en la vulneración del principio de confianza legítima. Se defiende que aunque la consulta pueda no reunir los requisitos para su plena eficacia, su propio contenido y contexto pueden tener potencia para generar confianza legítima al contribuyente acerca de la forma correcta de proceder fiscalmente.

El principio de confianza legítima aparece explícitamente recogido en el apartado 1 del artículo 3 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común tras la reforma llevada a cabo por la Ley 4/1999. Dicho artículo, relativo a los principios generales, establece:

*"1. Las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho.*

*Igualmente, deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima".*

Posteriormente, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), establece en su artículo 3:

*"Artículo 3. Principios generales.*

*1. Las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho.*

*Deberán respetar en su actuación y relaciones los siguientes principios:*

*(...)*

*e) Buena fe, confianza legítima y lealtad institucional.*

*(...)>*

Este principio, que tiene su origen en el Derecho Administrativo Alemán, y que constituye en la actualidad, desde las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22 de marzo de 1961 y 13 de julio de 1965 (asunto Lemmerz- Werk), un principio general del Derecho Comunitario (reiteradamente aplicado por dicho Tribunal -cfr. por todas, STJCE de 26 de enero de 1998-) ha sido objeto de recepción por la jurisprudencia de Tribunal Supremo (entre otras, en las sentencias de 1 de febrero de 1990, 13 de febrero de 1992, 17 de febrero, 5 de junio, 28 de julio de 1997, 10 de mayo, 13 y 24 de julio de 1999, 4 de junio de 2001 y 15 de abril de 2002).

Así el Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de junio de 1990 ha declarado que, el principio de confianza legítima se aplica:

*"no cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, sino cuando dicha "confianza" se basa en signos o hechos extremos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes, para que induzcan racionalmente a aquél a confiar en la "apariencia de legalidad" de una actuación administrativa concreta moviendo su voluntad a realizar determinados actos e inversiones de medios personales o económicos, que después no concuerdan con las verdaderas consecuencias de los actos que realmente y en definitiva son producidos con posterioridad por la Administración".*

Con posterioridad, la sentencia de 13 de mayo de 2009 (casación 2357/07), reproduciendo lo declarado en la sentencia de 15 de abril de 2002, recoge:

*"El principio de protección a la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales, en nuestro ordenamiento, de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y la jurisprudencia de esta Sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O, dicho en otros términos, la virtualidad del principio que se invoca puede suponer la anulación de un acto de la Administración o el reconocimiento de la obligación de ésta de responder de la alteración (producida sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sújetos puedan*

*acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento (Cfr. SSTs de 10 de mayo, 13 y 24 de julio de 1999 y 4 de junio de 2001). Pero ello en el bien entendido de que, no pueden apreciarse los necesarios presupuestos para la aplicación del principio invocado en la mera expectativa de una invariabilidad de las circunstancias, y que ni el principio de seguridad jurídica ni el de la confianza legítima garantizan que las situaciones de ventaja económica que comportan un enriquecimiento que se estima injusto deban mantenerse irreversibles".*

Y en el ámbito comunitario, en relación con el principio de confianza legítima, son especialmente relevantes las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en adelante) de 16 de mayo de 1979 (caso 84/78); de 5 de mayo de 1981 (caso 112/80); y 21 de septiembre de 1983, (casos 205 a 215/82), cuya doctrina es reproducida por sentencia de 25 de febrero de 2010, del Tribunal Supremo, en cuyo fundamento séptimo se mencionan:

*"Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencias, entre otras, de 16 de mayo 1979, As 84/78; 5 de mayo de 1981, As112/80, 21 de septiembre de 1983, As. Acumulados 205 a 215/82 y 12 de diciembre de 1985, As. 133/84 ), admite la vulneración de este principio cuando concurren los siguientes requisitos:*

*En primer lugar, debe existir un acto o un comportamiento de la Administración comunitaria que pueda haber generado la confianza.*

*En segundo lugar, es preciso que la persona afectada no pueda prever el cambio de la línea de conducta adoptada anteriormente por la Administración comunitaria.*

*Y, en tercer lugar, es necesario que el interés comunitario perseguido por el acto impugnado no justifique que se perjudique la confianza legítima del interesado. Este último requisito concurre cuando la ponderación de los intereses existentes demuestra que, en las circunstancias del asunto, el interés comunitario no prima sobre el de la persona afectada en que se mantenga una situación que podrá considerarse legítimamente estable".*

En definitiva, debe mediar un acto de la Administración lo suficientemente concluyente para provocar en el afectado uno de los tres tipos siguientes de confianza: a) confianza del afectado en que la Administración Pública actúa correctamente; b) confianza del afectado en que es lícita la conducta que mantiene en su relación con la Administración Pública, al existir un eventual error de prohibición; c) confianza del afectado en que sus expectativas como interesado son razonables.

A la vista de todo lo anterior, debe desestimarse la alegación de la vulneración del citado principio por cuanto, como se señaló en el Fundamento de Derecho anterior, la contestación de la consulta no contiene un criterio claro e inequívoco que haya generado confianza suficiente al obligado.

No existe un acto que suponga una manifestación clara de la Administración acerca de la aplicación de la norma que ahora se cuestiona y que, en virtud de la misma, se haya generado en el obligado tributario una expectativa razonable de que su actuación era ajustada a Derecho.

QUINTO.- Entrando en las cuestiones de fondo, se alega, en primer lugar, improcedencia de la regularización de las ganancias patrimoniales, por no aplicarse en el IRPF la regla de proporcionalidad. Es decir, se defiende que el diferimiento de tributación se aplica a la totalidad de la ganancia patrimonial y no a la parte correspondiente al porcentaje del valor de las participaciones como considera la Inspección.

En una extensa argumentación, se defiende, en resumen, que el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la aplicación de la proporcionalidad prevista en la normativa del Impuesto sobre Patrimonio (IP) en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD), pero en ningún caso respecto al IRPF. En este sentido, destaca que no cabe aplicar la figura de la analogía para considerar aplicable dicha proporcionalidad en ámbito del IRPF. Además, la normativa de este último recoge en el artículo 33.3 LIRPF unos límites propios (plazo mínimo de afectación y subrogación del donatario) no existiendo previsión semejante en los otros tributos.

Asimismo, considera que, atendiendo a la finalidad última del incentivo fiscal (facilitar transmisión de empresas familiar sin que el ámbito fiscal suponga trabas para dicha transmisión y sin poner en peligro la supervivencia de la empresa), no cabe más que entender que el diferimiento se refiere a la totalidad de la ganancia patrimonial.

Insiste el reclamante que el artículo 33.3 c) de la LIRPF se remite a la Ley de ISD y no a IP y que, además, dicha remisión se hace desde una perspectiva cualitativa y no cuantitativa. Es decir, la remisión se refiere a aquellas participaciones que cualitativamente gocen de la exención de la LISD, con independencia de que la aplicación de la exención se limite cuantitativamente por el requisito de la afectación.

También destaca que las figuras previstas en la Ley de ISD y en la Ley de IP, exenciones "definitivas", difieren, y mucho, en la prevista en la Ley de IRPF, una exención "temporal", en tanto que se trata de un diferimiento.

Y por último, añade que de no aplicar el diferimiento a la totalidad de la ganancia patrimonial, se produciría una doble tributación, ya que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 36 de la LIRPF, el donatario se subroga en la posición del donante respecto de los valores y fechas de adquisición de dichos bienes.

SEXTO.- El artículo 33.3 c) de la LIRPF, regulador del diferimiento discutido, dispone que:

*"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.*

*Los elementos patrimoniales que se afecten por el contribuyente a la actividad económica con posterioridad a su adquisición deberán haber estado afectos ininterrumpidamente durante, al menos, los cinco años anteriores a la fecha de la transmisión."*

A su vez, el artículo 20.6 de la LISD al que se remite, establece:

*"6. En los casos de transmisión de participaciones "inter 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, 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) (...)*

*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.*

*Asimismo, el donatario no podrá realizar actos de disposición u operaciones societarias que directa o indirectamente puedan dar lugar a*

...tamente, el contribuyente 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. Dicha obligación también resultará de aplicación en los casos de adquisiciones "mortis causa" a que se refiere la letra c) del apartado 2 de este artículo.

*En el caso de no cumplirse los requisitos a que se refiere el presente apartado, deberá pagarse la parte del impuesto que se hubiere dejado de ingresar como consecuencia de la reducción practicada y los intereses de demora."*

Y, por su parte, el artículo 4 de la LIP, bajo el título "bienes y derechos exentos", establece:

*"Ocho. Uno. Los bienes y derechos de las personas físicas necesarios para el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, siempre que ésta se ejerza de forma habitual, personal y directa por el sujeto pasivo y constituya su principal fuente de renta. A efectos del cálculo de la principal fuente de renta, no se computarán ni las remuneraciones de las funciones de dirección que se ejerzan en las entidades a que se refiere el número dos de este apartado, ni cualesquiera otras remuneraciones que traigan su causa de la participación en dichas entidades.*

*(...)*

*Dos. La plena propiedad, la nuda propiedad y el derecho de usufructo vitalicio sobre las participaciones en entidades, con o sin cotización en mercados organizados, siempre 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*

*(...)*

*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."*

Asimismo, en relación con la aplicación de la normativa reproducida, el Tribunal Supremo en Sentencia de 16-07-2015 (recurso n.º 171-2014, de casación para unificación de criterio), analizando la relación entre el artículo 20.6 LISD y el artículo 4. OCHO LIP, señaló que:

*<En la medida que la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio se reconoce a los bienes y derechos necesarios para el ejercicio de una actividad empresarial o profesional, con aplicación del principio de proporcionalidad -este particular se da por supuesto en la entidad de contraste-, es claro que debe aplicarse en el Impuesto sobre Sucesiones la misma regla y criterio.>*

La citada sentencia no se pronuncia sobre la aplicación de dicha proporcionalidad en el IRPF, pues dicha cuestión no era la planteada, pero sí señala lo siguiente sobre la finalidad de los beneficios fiscales:

*<Por otra parte, más que fijarse en la finalidad de los Impuestos sobre el Patrimonio y sobre Sucesiones y Donaciones, lo que ha de hacerse es tener en cuenta el objetivo perseguido por el legislador para atribuir el beneficio fiscal de la exención o bonificación y éste no es otro que el de favorecer a los bienes y derechos que estén afectos a una actividad económica y la continuidad de dicha situación.*

*Por ello, tiene razón el Abogado del Estado cuando en su escrito de oposición, refiriéndose al criterio de las sentencias de contraste, de que los herederos amplían su patrimonio con todos los bienes que forman parte de la empresa familiar, estén o no afectos, señala que con dicho criterio se prescinde por completo de la finalidad de la reducción "que no es otra que beneficiar la continuidad de la empresa en funcionamiento, no privilegiar a quienes son empresarios para que bajo el paraguas de la empresa eviten pagar el Impuesto sobre Sucesiones que corresponderían por la adquisición de bienes que nada tienen que ver con la actividad empresarial".>*

Este TEAC, por las razones que se detallan a continuación, considera que procede, como hizo la Inspección, aplicar la regla de proporcionalidad. Así, se entiende que el diferimiento de la ganancia patrimonial no alcanza a la totalidad, sino sólo a la parte que se corresponda con el valor de las participaciones teniendo en cuenta la afectación.

Por un lado, atendiendo a la interpretación finalista del incentivo fiscal, facilitar la transmisión de empresas familiares sin que el ámbito fiscal suponga trabas para dicha transmisión, cabe concluir que el diferimiento sólo debe aplicarse respecto de los elementos afectos. Entiende este TEAC que el razonamiento dado por el Tribunal Supremo para la aplicación de la proporcionalidad en ISD, es perfectamente aplicable en el caso de IRPF, dado que en los tres tributos (IRPF, ISD e IP), aunque sea con figuras distintas, la finalidad perseguida es la misma, facilitar la transmisión de la empresa.

Carece del sentido finalista antes señalado que el diferimiento se aplique a la totalidad de las participaciones, incluyendo así a elementos que no se encuentren afectos a la actividad económica.

La realización de una actividad económica se puede realizar bien directamente por la persona física empresaria o de forma indirecta a través de una entidad, debiendo aplicarse en ambos casos el beneficio fiscal de la misma forma. Así, dado que en sede de la persona física no es cuestionada la necesidad de afectación de los bienes donados, entiende este TEAC que dicha afectación también debe requerirse en relación con las participaciones.

Asimismo, no comparte este TEAC que el hecho de tratarse de beneficios distintos los previstos en ISD e IP (exención permanente) que el de IRPF (exención temporal), afecte a la decisión de aplicar o no la regla de proporcionalidad de bienes afectos, pues en todos los tributos, como se ha detallado anteriormente, la finalidad de los mismos es idéntica, la facilidad de transmisión de la empresa. En este sentido es de destacar que en todo momento se hace referencia al término "empresa", concepto que difícilmente puede alejarse o producir fuera del ámbito de una afectación. Es decir la continuidad empresarial perseguida, sólo tiene sentido en el ámbito de los bienes afectos, y en ningún caso en el de los bienes no afectos).

Por otro lado, también procede rechazar el argumento de la doble tributación en caso de no aplicarse el diferimiento en la totalidad.

El artículo 36 de la LIRPF prevé la subrogación del donante en las adquisiciones lucrativas a la que se refiere el artículo 33.3 c) de la citada ley, por lo que dicha subrogación se hará sólo respecto al valor de las participaciones que corresponda a la afectación. Por ello, dado que no se produce subrogación alguna respecto la parte de las participaciones en relación con la no afectación (se fija un nuevo precio y fecha de adquisición), cuando las mismas sean objeto de transmisión no habrá doble tributación.

Por último, este TEAC considera que la aplicación de la regla de proporcionalidad de los bienes afectos subyace en el párrafo 2º del artículo 33.3 c) de la LIRPF (bienes afectados con posterioridad a la adquisición requieren plazo mínimo de 5 años para considerarlos afectos). El citado párrafo, de aplicarse el diferimiento sobre la totalidad de la ganancia, con independencia de la afectación o no, carecería de sentido.

Y, no cabe pensar, como parece intuirse en el escrito de alegaciones, que dicho párrafo sólo sea de aplicación a la persona empresaria, pues como ya se ha mencionado anteriormente, el beneficio debe aplicarse de forma igual, ya se realice la actividad por la persona física o a través de una sociedad.

Por todo lo anterior, se desestima la cuestión alegada, y se concluye con la procedencia de aplicar la regla proporcionalidad de bienes afectos para el cálculo de la ganancia patrimonial diferida del artículo 33.3 c) de la LIRPF.

SÉPTIMO.- Como siguiente cuestión, se alega que, habiéndose producido la donación, y por tanto el devengo, el 30-12-2014, la Inspección para la realización de los cálculos correspondientes ha utilizado los balances a 31-12-2014.

En este sentido señala que la valoración realizado por la Inspección era imposible de ser aplicada por el obligado tributario en el momento del devengo del Impuesto. Y añade que, pese a que *a priori* dicha diferencia de un día parece una cuestión normal, existen notables diferencias en los balances.

Es decir, la Inspección ha realizado un análisis de la partidas del balance de la compañía donada, y de sus participadas, en fecha distinta a la del devengo del impuesto. La Administración debe necesaria y obligatoriamente analizar los datos (en este caso la estructura del balance) a la fecha de donación, que sería la fecha del devengo del impuesto.

Añade en su argumentación que la Administración era plenamente conocedora y consciente de la obligación de realizar la valoración en la fecha del devengo (30-12-2014), pero no realizó ninguna actuación de adecuación o adaptación de los datos existentes a 30-12-2014. Únicamente, invirtiendo además la carga de la prueba, solicitó al obligado tributario información sobre hechos acaecidos con posterioridad a la fecha del devengo y su posible incidencia en la alteración patrimonial.

A estos efectos, como prueba de los balances utilizados por la Inspección, en los informes de valoración de las sociedad participadas, se recalca que el importe de todas las partidas consideradas coinciden al céntimo en cada una de las sociedades valoradas con las que figuran en los balances de situación de las cuentas anuales a 31-12-2014.

Asimismo, respecto a la distorsión que genera utilizar un balance de una fecha u otra, se refiere, a título de ejemplo que en la entidad **LM SL** el día 31-12-2014 se han contabilizado más de 200 asientos contables, con lo que ello conlleva en la composición del balance, y en concreto destaca una variación de la tesorería (de 750.000 euros a 30-12-2014 a unos 15.000.000 euros el 31-12-2014) y una variación de inversiones en empresas del grupo (un incremento de unos 500.000 euros).

Es un criterio pacífico y no discutido que la valoración de las participaciones a los efectos del cálculo de la ganancia patrimonial debe realizarse en la fecha de devengo, esto es, en nuestro caso, el 30-12-2014.

En el supuesto concreto, analizado los cálculos contenidos en el acuerdo de liquidación, se aprecia, como alega el interesado, que la Inspección utilizó los valores que figuraban en los balances de situación a fecha de 31-10-2014 (y no de 30-12-2014) sin realizar ni mencionar la no procedencia de ajuste alguna por la diferencia de ese día.

Este TEAC entiende que para la realización de dicha valoración se podía partir de los datos del balance del ejercicio 2014, por ser

ESTE TEAC entiende que para la realización de dicha valoración se podía partir de los datos del balance del ejercicio 2014, por ser de fácil acceso, pero los mismos debían de haberse adaptado o ajustado a la fecha de la donación, circunstancia que no concurre en el presente caso.

La falta de dicha adaptación o justificación de las razones que llevan a que no proceda, nos conduce a entender que la valoración no es ajustada a Derecho por haberse realizado en una fecha distinta al devengo.

En este sentido, no puede considerarse suficiente la cuestión realizada a la Inspección al obligado tributario sobre la existencia de operaciones posteriores a la donación y su incidencia en el patrimonio, en especial cuando la Inspección pudo pedir, si no la tenía, la información contable oportuna para la citada valoración.

Además, a mayor abundamiento, el obligado tributario hace mención a una serie de movimientos contables, que de ser ciertos, pues este TEAC no los puede comprobar, conllevaría unas distorsiones de una magnitud importante.

En consecuencia de lo anterior, procede estimar en parte la cuestión alegada, anulando la liquidación, para que la Inspección dicte una nueva en la que la ganancia patrimonial se calcule con la valoración de las participaciones a 30-12-2014. Es decir, que en la valoración considerada por la Inspección, con origen en los datos existentes a 31-12-2014, se realicen los ajustes necesarios para adaptar la misma a la fecha de la alteración patrimonial (30-12-2014), ya sean los señalados por el interesado u otros que se aprecien al respecto.

OCTAVO.- Como siguiente cuestión, se alega que el método de valoración utilizado para la identificación de los elementos afectos no se ajusta a la realidad y no se ha motivado la conveniencia de acudir al criterio utilizado. Añade que, incluso entre las distintas sociedades cuyas participaciones forman parte del activo, se han utilizado métodos de valoración distintos, sin justificación alguna.

Asimismo destaca la incorrección de acudir a la estadística del registro mercantil de PYMES, por no ser datos comparables al no ser identidad entre las entidades recogidas en dicho estudio y las que pretende valorar. En concreto, destaca que el citado informe se refiere a PYMES, quedando excluidas del mismo las grandes empresas, mientras que la Inspección aplicó de forma incorrecta el mismo a las grandes empresas como NP, LM, JK y la propia GRUPO XZ SL.

Y en apoyo a sus alegaciones, se aporta informe pericial en relación con la determinación de los activos y pasivos afectos a la actividad de Grupo XZ, de fecha ..-2021, elaborado por D. Bts (como socio de la firma QR SL), a petición del Grupo XZ SL.

En el citado informe, además de criticar la valoración de afectación realizada por la Inspección por las razones alegadas por el interesado, realiza un análisis de los activos afectos y concluye que no existen bienes y derechos no afectos. Para realizar la citada valoración, se toman como comparables, 4 sociedades, que a juicio de quien lo suscribe, son de características similares a GRUPO XZ SL.

La Inspección para determinar que porcentaje de los activos que integran el patrimonio de la sociedad cuyas acciones se donan se encuentran afectos, realiza un estudio de los activos afectos y no afectos a la actividad en cada una de las sociedades en las que participa GRUPO XZ SL.

En concreto, en la mayoría de las sociedades participadas analiza la afectación de las partidas "efectivo y otros activos líquidos equivalentes", "inversiones financieras a corto plazo" y similares. Para ello, acude a la estadística del Registro Mercantil de PYMES que determina para cada año el porcentaje que representan los activos financieros a corto plazo y el disponible sobre el total para cada uno de los tipos de empresa (microempresa, empresa pequeña y empresa mediana) según la actividad de cada empresa reflejada en el CNAE. De los porcentajes que figuran en la citada estadística, con carácter general, se toma la media de

empresa reflejada en el CNAE. De los porcentajes que figuran en la citada estadística, con carácter general, se toma la media de los valores de los años 2008 a 2014.

El porcentaje medio obtenido (o el porcentaje del último año de ser mayor) se aplica sobre el valor contable de la partida cuya afectación se está analizando y se obtiene el importe de la misma que se considera afecto y, por ende, también el que se considera no afecto.

Además de la aplicación del citado porcentaje, para algunas partidas concretas de algunas entidades se señala su no afectación a razón de la propia naturaleza de la cuenta o de las operaciones societarias acontecidas con dichas partidas.

Como resultado de los citados cálculos, la Inspección considera que del valor de las acciones del Grupo **XZ SL**, el porcentaje que corresponde al patrimonio no afecto asciende a 43,03 %. Y, en consecuencia, aplicando la regla de proporcionalidad ya analizada, en la base imponible se integra el 43,03% de la ganancia patrimonial obtenida con la donación de las participaciones (\*\*.\*\*\*.\*\*\*,\*\* euros).

A la vista de los cálculos realizados por la Inspección así como de los argumentos planteados por el interesado, procede en primer lugar rechazar el argumento sobre la no justificación por parte de la Inspección del método elegido para la valoración.

La Inspección, a diferencia de lo que ocurre con las operaciones vinculadas no ha aplicado un método de valoración, sino que ha determinado la afectación de los activos que integran el patrimonio de la sociedad, en base a un criterio, que a su juicio, era razonable.

Este TEAC, en contra de lo alegado por el interesado, teniendo en cuenta la dificultad de la valoración que se está llevando a cabo, considera que el criterio utilizado es razonable, pues se utiliza un porcentaje obtenido de una estadística del Registro Mercantil cuya muestra lo componen un número considerable de empresas y, además, se distinguen entre las diferentes actividades económicas. Es decir, a la hora de determinar la afectación se están teniendo dos aspectos fundamentales, que son los más básicos, el tamaño de la empresa (salvo para las grandes como se detallará a continuación) y la actividad de las mismas.

Sin embargo, respecto la valoración de las grandes empresas, dado que dicha estadística se refiere a PYMES, no puede predicarse la razonabilidad antes reconocida. El hecho de que el citado informe se refiera sólo a PYMES, conlleva que los datos contenidos en el mismo sólo puedan utilizarse para la empresas de dicho tamaño, pero no para las grandes empresas.

Así, entiende este TEAC, no siendo aplicable dicho informe, la Inspección debe acudir a un nuevo criterio que de forma razonable determine los activos afectos.

Por otro lado, se rechaza el informe aportado por el interesado como prueba de la afectación total de los activos. En este sentido, además de haber sido realizado a razón de las actuaciones inspectoras y a solicitud del interesado, lo que debe valorarse a efectos probatorios, resulta difícil encontrar empresas en las que la totalidad de los activos estén afectos.

El citado informe, para determinar la afectación, utiliza como referencia 4 entidades, que a su juicio, son similares al Grupo **XZ SL**. Muestra que este TEAC, considera poco significativa, más cuando dichas empresas han sido seleccionada por la misma persona que hace la valoración.

Además, como se viene señalando a lo largo de la presente resolución, la entidad **XZ SL** participa en una pluralidad de empresas, las cuales deben valorarse de forma individualizada, lo que no se lleva a cabo en el informe, ni respecto las cuales se puede aplicar los criterios recogidos en el mismo.

aplicar los criterios recogidos en el mismo.

Por todo lo anterior, este TEAC considera que la valoración de la afectación realizada por la Inspección es correcta, salvo respecto a las entidades que son grandes empresas, para las cuales se anula la liquidación para que se determine la afectación de conformidad con un criterio que la Inspección entienda razonable.

NOVENO.- Como última cuestión se alega vulneración de doctrina de los actos propios, en tanto que la AEAT en el marco de unas actuaciones de inspección desarrolladas en su momento con el obligado tributario en relación con el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) 2007 y 2008, concluyó que Grupo **XZ** desarrollada dos actividades, la propia de gestión y dirección de sus participadas y una actividad financiera independiente, obligando a la entidad a tributar por sectores diferenciados. Criterio que fue confirmado por el TEAC en resolución de 20-11-2018 (00-00564-2015).

Dicho criterio, a juicio del reclamante, conlleva a una conclusión razonable que si no todos, una parte relevante de los activos se encuentran afectos a una de las dos actividades señaladas.

Sin embargo este TEAC considera que no cabe apreciar una vulneración de los actos propios. El acuerdo y las actuaciones citadas por el interesado, se refieren a un concepto tributario distinto del IRPF, el IVA, en el cual los elementos o factores determinante para la apreciación de una actividad económica pueden ser distintos respecto al IRPF, que es lo que ahora nos ocupa.

Además, cabe añadir que las actuaciones de IVA se referían a periodos anteriores (2007 y 2008) al momento de realizarse la donación (2014), y que la apreciación de la citada actividad en IVA se fundamentó en las circunstancias acreditadas en aquellos ejercicios, que no tienen que ser iguales.

Asimismo, cabe destacar que el acuerdo de liquidación de IVA 2007 y 2008 no era definitivo, pues el mismo fue recurrido ante este TEAC y, tras ser desestimado, se recurrió ante la Audiencia Nacional, estando pendiente de resolver. Es decir, difícilmente un acto que está siendo objeto de impugnación de forma sucesiva puede generar en el obligado tributario confianza alguna sobre su forma de actuar.

Por tanto, a juicio de este TEAC, en el momento de realizarse la donación no existía un acto de la administración inequívoco y definitivo que creara en el obligado tributario una confianza legítima sobre el proceder de su comportamiento.

En consecuencia, se desestima la cuestión alegada sobre la vulneración de los principios constitucionales.

10. Como recapitulación se estima en parte la reclamación, acordando anular la liquidación impugnada para que se dicte una nueva ajustándose a lo dispuesto en la presente resolución.

Por lo expuesto

Este Tribunal Económico-Administrativo acuerda ESTIMAR EN PARTE la reclamación en los términos señalados en la presente resolución.

