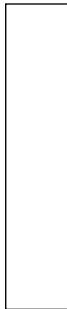


TRIBUTACION	IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FISICAS	N.º 208
--------------------	------------------------------------------------------------	----------------



Trabajo efectuado por:

EDUARDO SANZ GADEA

Inspector Finanzas del Estado

Sumario:

- I. La base imponible.
 - A. Introducción.
 - B. La base imponible en el IRPF.
 - C. Componentes de la base imponible.

- II. Los rendimientos del capital mobiliario: Introducción.
 - A. Eficiencia y neutralidad.
 - a) Eficiencia.
 - b) Neutralidad.

...

...

B. Clasificación de los rendimientos del capital mobiliario.

- a) Rendimientos obtenidos por la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad.
- b) Rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios.

III. Rendimientos del capital mobiliario derivados de la participación en fondos propios de entidades.**A. Concepto y enumeración.****B. Examen particularizado.**

- a) Créditos y préstamos participativos.
- b) Obligaciones convertibles en acciones.
- c) Cuotas participativas de las Cajas de Ahorro.
- d) Dividendo mínimo.
- e) Intereses variables en función de los beneficios.
- f) Infracapitalización.
- g) Cuentas de socios no canceladas en tiempo prudencial.
- h) Transferencias subrepticias entre una sociedad y sus socios.
- i) Reducción del capital social.
- j) Distribución de reservas.
- k) Reducción del capital social existiendo reservas o beneficios.
- l) Distribución de la reserva por prima de emisión de acciones.
- m) Cuotas de liquidación de sociedades.
- n) Enajenación de las acciones a la sociedad emisora.
- o) Bonos de disfrute.

IV. Presunciones de distribución de beneficios.

- A. La ocultación contable de rentas.
- B. Concesión de préstamos a los socios.
- C. Pago a los socios de cantidades por la prestación de servicios de dudosa significación.

V. Las cuentas en participación.

TRIBUTACION	IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FISICAS	N.º 208
--------------------	------------------------------------------------------------	----------------

I. LA BASE IMPONIBLE

A. Introducción.

La base imponible es la expresión cifrada y numérica del hecho imponible (Pérez Royo). La base imponible es el parámetro constituido por una suma de dinero o por un bien valorado en términos monetarios (Sainz de Bujanda).

La definición de base imponible se desprende fluidamente de la de hecho imponible en aquellos tributos en que la base imponible es el valor del elemento objetivo del hecho imponible, como sucede en el IRPF. En efecto, el hecho imponible acota aquel sector de la realidad determinante del nacimiento de la obligación tributaria y la base imponible es la medida de esa realidad que, en el IRPF, se expresa en unidades monetarias.

La construcción del hecho imponible es un ejercicio intelectual de definición, en tanto que la determinación de la base imponible lo es de valoración.

La base imponible ha de ser determinada a través de los métodos legalmente previstos, en tanto que el hecho imponible está predeterminado en la norma definitoria. La Administración Tributaria no tiene otra función respecto del hecho imponible que descubrirlo, en tanto que respecto de la base imponible ha de realizar una labor más compleja de valoración.

B. La base imponible en el IRPF.

La base imponible es el importe de la renta obtenida (por el sujeto pasivo) en el período de la imposición (art. 23 Ley 18/1991, del IRPF). En esta definición se advierte, como indica Pérez Royo, que la noción de base imponible es casi superflua, al derivarse de modo natural de la de hecho imponible, de aquí que sea disculpable hallar en los artículos destinados a la base imponible normas de definición más propias del hecho imponible.

Obsérvese, en efecto, que una gran parte de los conceptos que aparecen en el artículo 25 son normas de calificación, no de valoración, y lo propio sucede en los artículos 37, 40 y 44. Pero esta tacha sistemática no tiene otro valor que el puramente doctrinal, siendo inevitable en un texto de elaboración difícil como es el del IRPF. Mayor demérito reviste el vicio contrario, esto es, el de querer terciar en las polémicas doctrinales definiendo conceptos de manera superflua, pues si malo es el legislador atécnico y desconocedor de la doctrina, peor es el legislador que introduce posturas doctrinales en la ley, pecado este en el que incurrió largamente la Ley General Tributaria. El legislador manda, no enseña ni elabora doctrina, más que en la medida necesaria para mandar.

C. Componentes de la base imponible.

Los diversos componentes del hecho imponible no reciben el mismo tratamiento, de aquí que sea preciso determinarlos aisladamente. Pese a la predilección de una parte de los hacendistas por el impuesto sintético, en el que todas las rentas, cualquiera que sea su fuente, deben recibir el mismo tratamiento, es lo cierto que en los impuestos vigentes en los diferentes países difícilmente podremos hallar un ejemplo perfecto. Razones diversas como la protección de las rentas de trabajo -banderín de enganche de todos los partidos políticos socialdemócratas o con vitola «social»-, la doble imposición de dividendos, la protección del ahorro ..., impiden una estructura verdaderamente sintética.

Nuestro impuesto no ha escapado a esta «ley», de tal suerte que, sintético en el hecho imponible, no admite esta calificación globalmente considerado, pues no hay fuente o componente de la renta que sea valorado uniformemente, y, además, algunos se integran en la base imponible de manera sesgada.

Son componentes de la base imponible:

- Los rendimientos del trabajo.
- Los rendimientos del capital mobiliario.
- Los rendimientos del capital inmobiliario.
- Los rendimientos de actividades empresariales y profesionales.
- Los incrementos y disminuciones de patrimonio.

II. LOS RENDIMIENTOS DEL CAPITAL MOBILIARIO: INTRODUCCION

A. Eficiencia y neutralidad.

Nos advierte la exposición de motivos que «por lo que se refiere a los rendimientos del capital mobiliario, tema que exigía una profunda revisión a la vista de los nuevos objetivos de eficiencia y neutralidad asignados al sistema fiscal ...». Nos encontramos así dos objetivos de la imposición, eficiencia y neutralidad, de los que el legislador se acuerda particularmente en el momento de regular los rendimientos del capital. ¿Qué sentido tienen ambos objetivos? ¿Cuál es su significado? ¿Por qué referirlos particularmente a los rendimientos del capital mobiliario?

a) Eficiencia.

Bajo la hipótesis de que no existan externalidades ni situaciones de monopolio, que la información sea perfecta y cierta y que, finalmente, todos los bienes y factores de la producción tengan mercado, un sistema de precios basado en la libre competencia conduce a una asignación óptima de los recursos (primer teorema fundamental de la economía de bienestar).

En este esquema, la introducción de un impuesto ha de generar ineficiencia, en cuanto que ocasione diferencias entre los precios relativos pagados y recibidos. Dicho de manera más sencilla, el impuesto que altera las elecciones de consumo y producción introduce ciertas dosis de ineficiencia en la asignación de los recursos. El esquema de la ineficiencia es sencillo:

- El impuesto altera los precios relativos.
- Los agentes económicos alteran su comportamiento.
- El resultado es la aparición de costes de eficiencia.

A partir de esta teoría cabe preguntarse: ¿Qué tipo de impuestos pueden considerarse como óptimos por minimizar los costes de eficiencia? Las respuestas obtenidas en el presente estadio de la investigación científica mueven al escepticismo, porque se desprenden de modelos excesivamente simplificados y suelen estar en conflicto con la equidad.

Si volvemos al IRPF, podemos preguntarnos cuál es la causa de que la tributación de los rendimientos del capital mobiliario sea especialmente sensible a la eficacia.

El Libro Blanco elaborado por el Ministerio de Economía y Hacienda no entra en el fondo del asunto, ya que después de analizar la fiscalidad de los rendimientos del capital mobiliario da un brusco salto para considerar lo que se ha dado en llamar la «restricción fiscal europea». Bajo tan crítica expresión se alude al fenómeno consistente en la deslocalización de depósitos financieros, que huirían de España, al amparo de la libertad de movimiento de capitales, hacia zonas más benignas fiscalmente.

Es en el marco de esta preocupación, totalmente diferente a la del coste de eficacia derivado del gravamen progresivo de las rentas del capital mobiliario, donde el informe propone la adopción de un conjunto de medidas de fomento del ahorro, que más adelante estudiaremos.

El Libro Verde del profesor Fuentes Quintana es más explícito, pues acusa al IRPF de someter al ahorro a un doble gravamen en cuanto que primero incide sobre la renta y después sobre los rendimientos de las rentas ahorradas, y al hilo de tal argumento apunta una preferencia por el impuesto sobre la renta personal gastada, para, seguidamente, aludir a los sistemas tributarios europeos que, ya por vía legal ya por vía de hecho, eximen parcialmente el ahorro, lo que le lleva a solicitar una exención limitada para la renta ahorrada.

A nuestro entender el Libro Verde tampoco plantea correctamente la cuestión.

El planteamiento y la resolución acertada de la cuestión de la eficacia del IRPF, o por mejor decir de los costes de eficacia o eficiencia que comporta la exigencia del mismo, debe partir de las distorsiones que puede producir en las elecciones de los agentes económicos. ¿Es cierto que castiga el esfuerzo productivo y la acumulación de riesgos, que desincentiva la oferta de trabajo y discrimina contra el ahorro?

Sevilla Segura hace un análisis penetrante de la cuestión planteada.

Una tarifa progresiva penaliza, se dice, a quienes realizan los mayores esfuerzos, a los individuos más productivos y beneficia a los más ociosos, lo que acabará redundando en un empobrecimiento generalizado. Esta tesis es válida siempre que exista una relación directa entre la renta y el esfuerzo, lo que sucede en el caso de las rentas del trabajo, pero no en el de las rentas del capital ni el de las ganancias de capital.

Una tarifa progresiva, se dice, desincentiva la oferta adicional de factores, capital y trabajo, en cuanto que el elevado tipo marginal implica una remuneración después de impuestos muy baja. Esta tesis es válida pero debe predicarse tanto de la oferta de ahorro como de la oferta de trabajo. El IRPF no discrimina contra el ahorro, sino que probablemente genera un efecto sustitución en favor del ocio y del consumo.

El ahorro únicamente estará penalizado si es cierto que sufre un doble gravamen en el IRPF, cuestión esta que arranca de la clásica polémica entre Stuart Mill y los actuarios, y que en su versión extrema conduce a un modelo de imposición sobre la renta personal gastada.

Demostró Stuart Mill que una renta de 10.000 libras sometida al tipo de gravamen del 10 por 100, la mitad consumida y la mitad ahorrada y colocada al 5 por 100, soportaba la siguiente tributación:

– 500 por la parte de renta consumida.

– 950 por la parte de renta ahorrada, pues el impuesto gravita sobre los réditos y determina una cuota adicional de 450, que es el valor actual de la imposición futura sobre los réditos.

De esta suerte, paga más la renta ahorrada que la consumida, llegándose a la conclusión de que es de justicia no hacer tributar la renta ahorrada, lo que determinaría una imposición de 500 que es el valor actual de la imposición futura de los réditos obtenidos sobre la renta ahorrada.

El razonamiento de Stuart Mill creo que guarda hoy en día su vigencia, pero ya el propio pensador advirtió que la regla de excluir el ahorro en el momento en que se realiza lleva a otra, cual es la de someter a imposición el ahorro cuando se consume.

La tesis de Stuart Mill no toma en consideración un hecho importante: Que la renta consumida es gravada por la imposición indirecta, lo que no sucede con la renta ahorrada.

Además, los intereses percibidos por los ahorradores son gasto fiscalmente deducible de los inversores empresariales, con lo cual si se excluyeran de la base imponible que grava su imposición personal, el sistema tributario no conseguiría gravar la renta generada en la economía, a menos que los intereses no se considerasen fiscalmente deducibles.

La tesis de Stuart Mill es cierta, aisladamente, pero contemplada en el conjunto de un sistema tributario que grava el consumo y en el que los intereses son deducibles de los beneficios de las empresas, no es asumible.

Por último, advierte Sevilla Segura que la doble tributación depende de cómo se defina la capacidad de pago. En un modelo de renta extensiva (Haig-Simons) los rendimientos del capital conforman la capacidad económica.

Por todo lo expuesto concluimos en que el trato favorable del ahorro, ya directamente ya a través de sus rendimientos, se justifica en razones de política económica, pero no de equidad ni de técnica tributaria.

Desde esta perspectiva de política económica, entendemos que el esfuerzo fiscal no debería consistir en privilegiar determinadas fuentes de renta, cuanto en tumbar la tarifa progresiva para reducir la cuña entre rendimientos percibidos y producidos, y morigerar el efecto sustitución antedicho, con lo cual se conseguiría elevar la eficacia en la asignación de los recursos.

b) Neutralidad.

Es difícil precisar la noción que el preámbulo de la Ley 18/1991, utiliza del concepto neutralidad. Antes de examinar si, efectivamente, el tratamiento de las rentas del capital se ha inspirado en el principio de neutralidad, es necesario adentrarnos en su significado técnico.

Un impuesto es neutral cuando no promueva en los agentes económicos comportamientos diferentes de aquellos que se habrían producido en su ausencia. La neutralidad es, pues, un requisito de la eficiencia o eficacia.

El impuesto neutral no existe en la realidad, porque el único que en la teoría podría deparar la máxima neutralidad sería el impuesto de suma fija, y bien se comprende que la sensibilidad social rechaza esta figura tributaria, al menos, si ha de ser recaudatoriamente relevante. Ahora bien, lo que sí existen son impuestos que incorporan diversos grados de neutralidad.

¿Cuáles son los requisitos de la máxima neutralidad?

Neumark, sin referirse expresamente a la neutralidad, pero sí, desde luego, de manera tácita, estableció tres reglas:

– Evitar el dirigismo fiscal: La imposición no debe practicar intervenciones parciales y asistemáticas que perturben o beneficien la constitución o el funcionamiento de una parte de determinados sectores de la vida económica.

– Minimizar la intervención tributaria en la esfera privada y en la libre disponibilidad económica: El impuesto debe mantener la mínima intervención en la esfera privada y no perturbar el ejercicio de las libertades económicas.

– Evitar distorsiones a la competencia y favorecerla.

Estos requisitos rara vez se cumplen en un sistema tributario, y lo más frecuente es, justamente, lo contrario. La discriminación tributaria es la regla, aunque hoy en día en franca regresión, y su objetivo suele ser estimular la formación de capital a través de incentivos fiscales a la inversión, el ahorro y la asunción de riesgos. Con gran agudeza observa Sevilla Segura que «ningún sistema fiscal ha logrado eludir la proliferación de tratamientos preferenciales ... en abierta contradicción con ... el principio de suficiencia, el de neutralidad, el de flexibilidad y, muy especialmente, con el de equidad ...».

El fomento del ahorro a través de una medida dirigista es contrario al principio de neutralidad, y por ello no se explica que el legislador aluda al mismo para justificar medidas de tal naturaleza. El tratamiento favorable de los productos del capital -ahorro popular, mínimo exento- tal vez induzca al ahorro, pero, desde luego, poco tiene que ver con el principio de neutralidad.

Ahora bien, los productos del ahorro son tratados por el IRPF de forma diversa, atendiendo principalmente al cauce o instrumento jurídico que canaliza el ahorro hacia la inversión, como hemos de demostrar en las siguientes páginas, lo que, con toda evidencia, se aleja mucho de la neutralidad.

No hay neutralidad general, sino estímulo del ahorro, y no es de extrañar, porque el legislador rara vez suele sustraerse a la consecución de objetivos socialmente deseables, por más que los medios empleados causen mayores perjuicios que beneficios en no pocas ocasiones, y no hay neutralidad particular en el ámbito de los rendimientos del capital, y tampoco debe ex-

trañar, porque el cúmulo de intereses creados hace difícil aprobar las medidas que se desprenden del análisis racional y, en definitiva, lo que suele prevalecer es el beneficio adicional.

Probablemente es en el campo de los rendimientos del capital, por tanto del ahorro, donde encontramos las regulaciones más parciales y asistemáticas. A constatar esta afirmación, por otra parte predicable respecto de no pocos sistemas tributarios de nuestro entorno, así como de la legislación previa a la Ley 18/1991, dedicamos las siguientes páginas no sin antes advertir que el objetivo de sistematicidad y neutralidad en el tratamiento de los rendimientos del capital mobiliario es de muy difícil consecución.

B. Clasificación de los rendimientos del capital mobiliario.

El capital mobiliario procura a su titular tres tipos de rentas:

- Rentas fijas.
- Rentas variables.
- Incrementos y disminuciones de patrimonio.

Sin embargo, el legislador fiscal, bajo el concepto de rendimientos del capital mobiliario, solamente agrupa a las dos primeras categorías, lo cual es consistente con la clasificación que de la renta, en cuanto elemento objetivo del hecho imponible, establece el artículo 5, cuatro. En este epígrafe nos referiremos exclusivamente a las rentas comprendidas en el concepto legal, pero para discernir acerca del grado de neutralidad que proporciona la regulación fiscal, forzosamente habremos de anticipar unas nociones del régimen de los incrementos y disminuciones de patrimonio.

Distingue el artículo 37 de la Ley 18/1991, tres clases de rendimientos del capital mobiliario:

- Rendimientos obtenidos por la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad.
- Rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios.
- Otros rendimientos del capital mobiliario.

a) Rendimientos obtenidos por la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad.

La característica jurídica de estos rendimientos es que proceden del derecho de socio o asociado. Es decir, estos rendimientos proceden de los beneficios, utilidades o frutos en general, de un patrimonio en el que se participa indirectamente a través de la participación directa en la persona jurídica que ostenta la titularidad sobre el mismo.

Esta característica jurídica determina importantes consecuencias:

- Que la utilidad, fruto o beneficio no acrece directamente el patrimonio del socio o asociado hasta tanto en cuanto se adopte un acuerdo formal de distribución.
- Que la utilidad, fruto o beneficio, no está pactada de antemano, ni tan siquiera por referencia a hechos objetivos, sino que depende del resultado obtenido por la persona jurídica participada.
- Que el capital invertido se perderá total o parcialmente, a causa de las pérdidas sufridas por la persona jurídica participada.

Económicamente estas características se reconducen a un concepto, renta variable, para cuya perfecta captación hay que añadir los calificativos de impredecible. Incertidumbre y variabilidad que determinan un elevado riesgo, de aquí que frecuentemente se hable de capital-riesgo, lo cual sólo es parcialmente correcto, porque riesgo hay en toda inversión.

Ahora bien, incertidumbre y variabilidad también son notas características de los incrementos y de las disminuciones de patrimonio. ¿Cómo diferenciar, entonces, unas rentas de otras?

La nota se ha puesto en el cauce jurídico a través del cual se percibe la renta. En efecto, cuando la renta es satisfecha por la entidad participada estamos ante un rendimiento del capital mobiliario, en tanto que cuando la renta es satisfecha por un tercero en pago de la participación que adquiere, estamos ante un incremento de patrimonio.

Se trata de una distinción meramente formal que no debería acarrear un tratamiento tributario diverso y, sin embargo, hemos de ver que, efectivamente, hay diversidad.

b) Rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios.

La característica jurídica de estos rendimientos es que proceden del préstamo o del crédito. Es decir, estos rendimientos no proceden de los beneficios, utilidades o frutos en general del patrimonio de la entidad que ha recibido el capital, pues se perciben con independencia de la existencia de los mismos.

Esta característica jurídica determina las siguientes consecuencias económicas:

- Que la utilidad acrece directamente el patrimonio del acreedor.
- Que la utilidad está pactada, ya en base a un tipo de interés fijo o bien variable pero relacionado con hechos objetivos.
- Que el capital invertido sólo se perderá por causa de la insolvencia del deudor, dejando a salvo las posibles garantías.

Económicamente estas características se reconducen a un concepto, renta fija, para cuya perfecta captación hay que añadir el calificativo de predecible. Certidumbre y fijeza, absoluta o relativa, que determinan un riesgo de diferente naturaleza son las notas de este tipo de rendimiento del capital mobiliario.

Observamos que así como la distinción entre rendimiento del capital mobiliario por participación en fondos propios de entidades e incremento de patrimonio es meramente formal, la distinción entre rendimiento del capital mobiliario por participación en fondos propios y por cesión a terceros de capitales propios tiene una mayor consistencia. En efecto, en el primer tipo de rendimientos, el inversor corre y se asocia al riesgo de la entidad participada, en tanto que en el segundo el inversor no corre ni se asocia al riesgo del deudor.

El acreedor tiene derecho a la devolución del capital mobiliario cedido, en tanto que el socio o asociado no tiene ese derecho, sin perjuicio de la cuota resultante del proceso de liquidación.

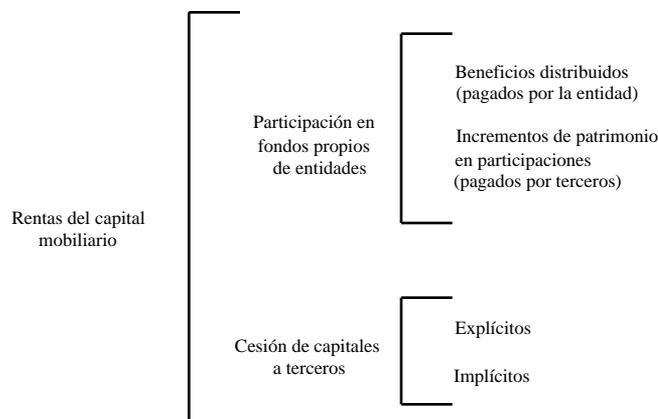
La entidad en cuyos fondos propios se participa es, a fin de cuentas, prolongación de la personalidad del socio, o más certeramente, instrumento jurídico de su actividad económica, en tanto que la entidad cesionaria de un capital en modo alguno es prolongación de la personalidad del deudor ni instrumento de su actividad económica. En esta diferencia reside, en última instancia, el diverso tratamiento jurídico-fiscal de uno y otro tipo de rendimientos del capital mobiliario.

En un sistema tributario que desconociese la imposición sobre el beneficio de las entidades jurídicas (Impuesto sobre Sociedades), la diferenciación entre rendimientos por la participación en fondos propios y por la cesión a terceros de capitales propios carecería de sentido, o, a lo sumo, tendría una eficacia secundaria, tal vez para aliviar el gravamen de las rentas sometidas a mayor riesgo o para establecer la adecuada compensación de beneficios con pérdidas.

En un sistema tributario en el que coexisten la imposición sobre las personas físicas y las personas jurídicas, la diferenciación es primordial porque el interés debe deducirse como gasto de la entidad prestataria y ser ingreso en la persona prestamista, en tanto que el dividendo o beneficio obtenido de la participación en los fondos propios de una entidad puede recibir diversos tratamientos.

Así pues, la necesidad última de discernir entre ambos tipos de rendimiento se produce como consecuencia de la coexistencia del Impuesto sobre Sociedades y del IRPF, aunque esta perspectiva técnica quede oscurecida por el devenir en la Historia de un sistema tributario, de tal suerte que se nos aparezca como ínsita en realidades más profundas.

En razón a lo expuesto podemos establecer el siguiente esquema:



No es ésta la clasificación legal, pero sí aquella que responde a la naturaleza de las rentas obtenidas.

La clasificación legal prescinde de los incrementos de patrimonio en participaciones, entendiendo que existe, por consiguiente, una diferencia sustancial entre éstos y los rendimientos del capital mobiliario, siendo así, como hemos demostrado, que la única diferencia que realmente existe es la forma en cómo se percibe el fruto o la utilidad: Directamente de la entidad participada, indirectamente a través de un tercero que adquiere la participación.

III. RENDIMIENTOS DEL CAPITAL MOBILIARIO DERIVADOS DE LA PARTICIPACION EN FONDOS PROPIOS DE ENTIDADES

A. Concepto y enumeración.

El artículo 37, uno, 1 de la Ley 18/1991, no contiene una definición explícita de este tipo de rendimientos, aunque los supuestos específicos que menciona permitan construirla sin mayor dificultad.

Quedan incluidos dentro de esta categoría de rendimientos del capital mobiliario:

- Los dividendos.
- Las primas de asistencia a juntas.
- Las participaciones en los beneficios de las sociedades o asociaciones.
- Los rendimientos procedentes de cualquier clase de activos que estatutariamente o por decisión de los órganos sociales, faculden para participar en los beneficios, rentas, operaciones, ingresos o conceptos análogos de una sociedad o asociación por causa distinta de la remuneración del trabajo personal.
- Los resultados de las cuentas en participación, en cuanto correspondan al partícipe no gestor.
- Cualquier otra utilidad percibida de una entidad en virtud de la condición de socio, asociado o partícipe.

Los seis supuestos precitados, todos ellos contenidos en el artículo 37, uno, 1 de la Ley 18/1991, orientan apreciablemente acerca del concepto de rendimiento del capital mobiliario y la cláusula de cierre «cualquier utilidad percibida de una entidad en virtud de la condición de socio, asociado o partícipe» ha de surtir una función de captación de supuestos no específicamente mencionados, por lo que el texto legal puede calificarse de suficiente. Tiene otra virtud, cual es la de su entronque con los más firmes precedentes legislativos: Artículo 17 de la Ley 44/1978, del IRPF, y artículo 13 del Texto Refundido del Impuesto sobre las Rentas del Capital. En efecto, salvando algunos detalles, el vigente texto legal es fiel reproducción de los preceptos citados, en particular del artículo 13 del TRIRC, aunque con dos señaladas excepciones, las acciones liberadas con cargo a reservas y las participaciones en beneficios de comunidades de bienes societarias, de las que más adelante nos ocuparemos.

Reconocido que el artículo 37, uno, 1 proporciona elementos bastantes para construir un concepto de rendimiento del capital mobiliario derivado de la participación en fondos propios, que entronca acertadamente con los precedentes legislativos, y que la cláusula de cierre permitirá integrar supuestos no expresamente mencionados, hemos de resaltar, inversamente, que hubiera sido oportuno recoger determinados casos que realmente son rendimientos del capital mobiliario por participación en fondos propios, aunque formalmente no aparezcan como tales, o bien cuya caracterización sea dudosa.

A nuestro entender estos supuestos son:

- Rentas obtenidas en la liquidación de sociedades, o como consecuencia del ejercicio del derecho de separación.
- Rentas obtenidas como consecuencia de la transmisión a la sociedad de sus propias acciones.
- Rentas de los bonos de disfrute.
- Cuotas participativas de las Cajas de Ahorro.
- Rentas en la reducción del capital social.
- Transferencias subrepticias de resultados en operaciones entre la sociedad y sus socios.
- Intereses excesivos por infracapitalización.
- Cuentas de socios no canceladas en tiempo prudencial.
- Rentas de financiación híbrida.
- Rentas de créditos participativos y de obligaciones convertibles, bajo determinados supuestos.
- Distribución de la reserva por prima de emisión de acciones.
- Dividendo mínimo a las acciones.

Falta también en el artículo 37, uno, 1, algo verdaderamente importante: La determinación del importe del rendimiento respecto de algunos casos que pueden ser conflictivos.

Finalmente, el tratamiento completo de los rendimientos del capital mobiliario exige tener en cuenta la deducción por doble imposición de dividendos [art. 78, siete a) Ley 18/1991], pero de esta cuestión nos ocuparemos en un Capítulo venidero.

B. Examen particularizado.

La riqueza de los rendimientos variables del capital mobiliario, así como su conexión con el problema de la doble imposición de dividendos aconseja hacer un estudio particularizado de los diversos supuestos que pueden plantearse, tanto si están como no expresamente tipificados en el artículo 37, uno, 1.

a) Créditos y préstamos participativos.

En los créditos y préstamos participativos, el acreedor tiene derecho a una remuneración en función del beneficio obtenido por el deudor. Esta relación con el beneficio del deudor acerca la posición jurídica del prestamista a la del socio o asociado, pero no la confunde, por cuanto que continúa existiendo el derecho a la devolución del capital mobiliario cedido. Sin embargo, cuando por las condiciones económicas de la operación puede entenderse que el acreedor acepta tácitamente que la devolución del capital prestado depende de la buena marcha de los negocios del deudor, el derecho a la devolución queda tan desmerecido que, de hecho, la posición del acreedor es la misma que la del socio. En tal caso, debería considerarse que la renta obtenida por el acreedor es, realmente, un rendimiento variable del capital mobiliario, con las siguientes consecuencias:

- No sería fiscalmente deducible en el deudor.
- El acreedor tendría derecho a la deducción por doble imposición.

Ahora bien, la cuestión es saber cuándo puede entenderse, objetivamente, que el acreedor asume, de hecho, la posición del socio. A nuestro entender, esto sucederá cuando el valor de reembolso del préstamo o crédito participativo sea superior al patrimonio neto del deudor, porque en tal caso parece evidente que si las actividades empresariales financiadas con el préstamo participativo no dan buenos resultados, el acreedor es consciente de que no será reembol-

sado. Naturalmente, cuanto mayor sea el exceso del valor de reembolso del préstamo sobre el valor del neto patrimonial del deudor, mayor será la caracterización fáctica del acreedor como socio o asociado de hecho. Una relación de dos a uno podría ser suficientemente prudente.

En el estado actual de nuestra legislación lo anteriormente expuesto es sólo un futuro, de modo que los intereses de los préstamos y créditos participativos son rendimientos del capital mobiliario obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios.

b) Obligaciones convertibles en acciones.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 292 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, las sociedades pueden emitir obligaciones convertibles en acciones, siempre que la junta general determine las bases y las modalidades de la conversión y acuerde aumentar el capital en la cuantía necesaria. El titular de una obligación convertible ocupa la posición jurídica del acreedor, por más que tenga la opción de transformarla en la posición jurídica del socio o asociado, a su voluntad.

En este sentido los rendimientos obtenidos proceden de la cesión a terceros de capitales propios.

Ahora bien, cuando por las condiciones económicas en que se realice la operación pueda entenderse que el obligacionista acepta tácitamente que la devolución del capital prestado depende de la buena marcha de los negocios del deudor, realmente su posición de hecho es muy próxima a la del socio, y aun cuando, a diferencia de los créditos o préstamos participativos, la remuneración percibida no está vinculada a los beneficios del deudor, el derecho de conversión, así como el derecho a suscribir las ampliaciones de capital intermedias (art. 158 Texto Refundido Ley de Sociedades Anónimas), son bien expresivos de que, en definitiva, el obligacionista se encuentra en una situación transitoria o intermedia entre la del socio y la del acreedor.

Lo anteriormente expuesto también nos lleva a postular que el rendimiento de las obligaciones convertibles reciba el tratamiento de los rendimientos derivados de la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad, cuando el nominal de la emisión supere el doble del neto patrimonial de la entidad emisora, pero una vez más ha de advertirse que se trata de un futuro, pues de acuerdo con la legislación vigente la calificación procedente es la de rendimiento del capital cedido a tercero.

c) Cuotas participativas de las Cajas de Ahorro.

A tenor de lo establecido en el artículo 1.º del Real Decreto 664/1990, de 25 de mayo, sobre cuotas participativas de las Cajas de Ahorro, los mencionados títulos atribuyen los siguientes derechos.

- Participación en el reparto del excedente de libre disposición.
- Obtener el reembolso del valor liquidativo de las cuotas en caso de liquidación de las Cajas de Ahorro.
- Suscribir preferentemente cuotas participativas en las nuevas emisiones.

Los fondos obtenidos por la emisión de cuotas participativas forman parte de los recursos propios (arts. 2.º y 6.º del Real Decreto 664/1990), de aquí que aunque su titular no ostente en puridad la cualidad de socio, los rendimientos que de ellas derivan deban ser considerados como obtenidos por la participación en fondos propios de entidades.

d) Dividendo mínimo.

El artículo 91 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas atribuye a los titulares de acciones sin voto el derecho a percibir el dividendo anual mínimo que establezcan los estatutos sociales, que no podrá ser inferior al cinco por ciento del capital desembolsado.

El dividendo mínimo a las acciones sólo se percibe si existen beneficios y deriva de la cualidad de socio, por tanto se trata de un rendimiento del capital mobiliario obtenido por la participación en fondos propios de entidades.

e) Intereses variables en función de los beneficios.

La asociación del interés al beneficio no es bastante para calificar el rendimiento del capital mobiliario como obtenido por la participación en fondos propios de entidades. Mientras exista el derecho a la devolución, y ésta no dependa de la buena marcha de los negocios del deudor, se trata de un rendimiento fijo del capital mobiliario. Serán las circunstancias económicas las que determinen cuándo, realmente, el acreedor está compartiendo los riesgos empresariales del deudor.

Nuevamente, lo difícil reside en tipificar esta circunstancia que, al igual que hemos dicho respecto de créditos participativos y obligaciones convertibles, podríamos establecer en función de la relación, dos a uno, entre el endeudamiento a tipo de interés variable en función de los beneficios y el neto patrimonial, pero advirtiendo, nuevamente, que se trata de un simple futuro.

f) Infracapitalización.

El artículo 16.9 de la Ley 61/1978, del Impuesto sobre Sociedades, ha establecido una norma de infracapitalización, cuya finalidad es evitar el vaciamiento de las bases imponibles de las sociedades filiales residentes en territorio español de sociedades matrices o personas no residentes en el mismo, a través de una mecánica muy sencilla consistente en financiar las actividades de la sociedad filial vía préstamos, básicamente.

1. Hipótesis legal.

La hipótesis legal versa sobre el volumen excesivo del endeudamiento, la naturaleza de la relación que debe mediar entre las partes contratantes y el tipo de relación financiera.

1'. Volumen excesivo de endeudamiento.

El volumen excesivo de endeudamiento se determinará aplicando al capital fiscal un coeficiente a determinar reglamentariamente. Todo endeudamiento que exceda del producto citado se reputa excesivo y determinante de infracapitalización, con los efectos que más adelante se verán.

La infracapitalización es una situación objetiva, resultante de aplicar al capital fiscal un coeficiente predeterminado. Este coeficiente es 2, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional segunda, uno, del Real Decreto 1841/1991.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 164.2 a) del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, el capital fiscal se determinará por la diferencia entre el importe del activo y el de las obligaciones para con terceros minorada, en su caso, por el saldo deudor de la cuenta de pérdidas y ganancias.

Habrà de tomarse el capital fiscal reducido a un estado medio, y, correlativamente, el endeudamiento medio.

2'. Relación entre las partes contratantes.

La persona física o jurídica acreedora no ha de ser residente en territorio español y, además, debe estar en alguna relación de vinculación de las previstas en el artículo 16.4 y 5 de la Ley 61/1978.

Debe observarse que el acreedor no residente puede ser tanto una persona física como una persona jurídica, aunque lo habitual será que se trate de una persona jurídica. Además, no es preciso que el acreedor ostente la cualidad de socio, aunque también será habitual que revista esta condición.

3'. Relación financiera.

La relación financiera o de endeudamiento puede ser directa o indirecta. ¿Cuándo estamos ante una relación indirecta? A nuestro entender cuando la relación de endeudamiento ha sido trabada entre las personas o entidades vinculadas a través de personas o entidades interpuestas o simplemente intermediarias. El caso más típico puede ser el de una relación establecida a través de una entidad de crédito que tiene posiciones inversas respecto de las personas o entidades vinculadas.

Si la norma se hubiera referido tan sólo al endeudamiento directo, apenas se aplicaría. Ahora bien, no va a ser fácil, en la práctica, probar la existencia del endeudamiento indirecto, porque la cadena de personas interpuestas o intermediarias puede ser muy compleja. No hay, sin embargo, otra solución que la de acudir al vago término de «indirecto» para ofrecer alguna virtualidad a la norma. En otro caso hubiera nacido muerta.

También puede suceder que concurren ambas formas de endeudamiento, directo o indirecto, o bien que el endeudamiento esté establecido frente a varias personas o entidades vinculadas no residentes en territorio español.

No parece haber mayor dificultad en agregar ambas modalidades de endeudamiento a efectos del cálculo del endeudamiento excesivo. No es, por el contrario, tan claro que puedan agregarse los endeudamientos mantenidos con varias personas o entidades vinculadas, aun cuando en nuestro criterio así debería ser. De lo contrario, sería fácil burlar la norma fraccionando la operación financiera entre diversas entidades del grupo de sociedades.

2. Efectos jurídicos primarios.

Los intereses correspondientes al exceso de endeudamiento tendrán la consideración de dividendos. Naturalmente, esta calificación solamente tiene validez a efectos fiscales. ¿Qué naturaleza tiene este efecto jurídico? A primera vista podría, sin más, calificarse de ficción, en el sentido de que la ley atribuye a unos hechos determinados unos efectos impropios o que no responden a la realidad de los mismos. Se diría que el legislador fuerza la realidad y convierte, en virtud de su imperio, lo que es interés en dividendo.

A nuestro entender, tal criterio debe ser matizado. En efecto, cuando la persona o entidad acreedora es socio de la entidad deudora, el interés formal puede encubrir un dividendo real, dependiendo de si, en la práctica, la devolución del préstamo se subordina a la buena marcha de los negocios de la entidad deudora. Ahora bien, cuando el endeudamiento mantenido con el socio es de tal calibre que excede del neto patrimonial o incluso llega a duplicarlo, debemos convenir que existe una circunstancia objetiva que autoriza a pensar que el acreedor asume los riesgos del deudor. En tal supuesto no es exorbitante entender que la financiación excesiva forma parte efectiva, aunque no formalmente, de los recursos propios, y, por tanto, no cabe hablar de ficción.

Debe observarse que en la medida en que el endeudamiento concertado con el socio excede de aquel que hubiera sido pactado entre partes independientes, ha sido creado un mecanismo de transferencia subrepticia de beneficios que, con toda probabilidad, llegarán al socio.

Así pues, podemos desechar la triste idea de la ficción, verdadera enfermedad del espíritu de la que deben huir las normas fiscales.

Puede acontecer, sin embargo, que el acreedor no ostente la cualidad de socio, sino que, por el contrario, sea la entidad participada la que percibe intereses pagados por la persona o entidad que es de ella socio.

Desde luego, en este caso la figura del dividendo es totalmente forzada, pues no se comprende al socio pagando dividendos a la sociedad participada. ¿Cuál es la verdadera significación de un endeudamiento anómalo del socio, generalmente sociedad matriz, con la sociedad filial? A nuestro entender no puede ser otro que el de una transferencia subrepticia de aportaciones patrimoniales.

En este sentido, la calificación legal sí envuelve una auténtica ficción.

Sin embargo, no debemos reprochar al legislador la calificación de dividendos, pues tan-

to la aportación encubierta bajo el interés como el dividendo igualmente encubierto bajo el interés, en ningún caso son partida fiscalmente deducible.

La calificación fiscal de dividendo puede revestir aspectos polémicos, pero es útil para alcanzar el efecto primario deseado: Incremento de la base imponible de la sociedad deudora.

El efecto primario afecta, pues, al Impuesto sobre Sociedades. La persona endeudada ha de ser una sociedad.

3. Efecto jurídico secundario.

El interés correspondiente al endeudamiento excesivo se califica como dividendo, sea percibido por una persona física o por una persona jurídica. Por consiguiente, la tributación se produce en el IRPF o en el Impuesto sobre Sociedades por obligación real de contribuir, en cuanto que una persona física o una persona jurídica no residente obtiene dividendos de una entidad residente en territorio español.

Por obligación personal de contribuir no se produce ningún efecto jurídico en el IRPF, pues es en el Impuesto sobre Sociedades, que grava a la sociedad residente que recibe el endeudamiento, en donde ha de incrementarse la base imponible (efecto primario de la norma de infracapitalización).

Veamos un caso práctico:

Sea la sociedad XX, cuyo único accionista es una persona física residente en EEUU.

Balance a 31 de diciembre de 1991

Activo.....	4.000	Capital.....	1.000
		Reservas.....	2.000
		Acreedores.....	400
		Pérdidas y ganancias.....	600
TOTAL....	<u>4.000</u>	TOTAL....	<u>4.000</u>

Aprobación de cuentas en 1 de junio de 1992:

A dividendo.....	300
A reservas.....	200
A participación personal.....	100
	<hr/>
TOTAL.....	<u>600</u>

Ampliación de capital el 1 de julio de 1992: 500

Préstamo de 12.000 del socio el día 1 de abril de 1992.

Balance a 31 de diciembre de 1992

Activo.....	16.200	Capital.....	1.500
		Reservas.....	2.200
		Acreedores.....	12.000
		Pérdidas y ganancias.....	500
	<hr/>		<hr/>
TOTAL....	<u>16.200</u>	TOTAL....	<u>16.200</u>

$$\text{Capital fiscal medio} = \frac{3.600 \times 5 + 3.200 \times 1 + 3.700 \times 6}{12} = 3.616,6$$

$$\text{Coeficientes multiplicador: } 3.616,6 \times 2 = 7.233,2$$

$$\text{Endeudamiento medio} = \frac{12.000 \times 9}{12} = 9.000$$

$$\text{Exceso de endeudamiento} = 12.000 - 7.232,2 = 4.767,8$$

$$\text{Intereses devengados} = 1.000$$

$$\text{Intereses que tienen la consideración de dividendos} = \frac{4.767,8 \times 1.000}{12.000} = 397,4$$

Efecto primario = Incremento en base imponible de 397,4 en la sociedad endeudada.

Efecto secundario = Dividendo para la persona física por obligación real de contribuir.

g) Cuentas de socios no canceladas en tiempo prudencial.

Las pequeñas y medianas sociedades de tipo familiar rara vez distribuyen dividendos, tal vez por motivaciones fiscales, pues hemos de reconocer que la tributación acumulativa que se produce desalienta la distribución. Pero los socios pueden utilizar otros canales para disponer de las rentas generadas en la sociedad. El más utilizado consiste en mantener una cuenta con la sociedad representativa de la entrega, sujeta a devolución, de bienes y derechos. El socio recibe bienes y derechos de la sociedad, generalmente dinero, en concepto de préstamo, que es devuelto y sucesivamente renovado. El efecto económico es análogo al que procura la distribución de un dividendo, pero formalmente estamos ante un supuesto de préstamo instrumentado en una cuenta personal.

En la actualidad no existe precepto alguno que corte estas irregularidades, por otra parte poco importantes en términos generales, pero, no obstante, sería deseable que, bajo ciertas circunstancias, el saldo de la cuenta fuese considerado como rendimiento del capital mobiliario variable. Las circunstancias podrían ser las siguientes:

- Reducido número de socios.
- Permanencia de los saldos.
- Proporcionalidad de los saldos al capital social.

En cuanto al número de socios, podría determinarse en función de lo establecido para la transparencia fiscal obligatoria, y en cuanto a la permanencia de los saldos, podría tomarse un período de tiempo suficientemente amplio, tres años, por ejemplo, de tal modo que el saldo pendiente de pago al final de los mismos o el saldo medio si es menor, se tomará como rendimiento del capital mobiliario.

Ahora bien, si se produjese en un momento posterior la devolución del préstamo, el socio debe tener derecho a deducir de su cuota por el IRPF, o, en su caso, por el Impuesto sobre Sociedades, el importe de lo en su día ingresado.

Naturalmente que una tributación tan rigurosa como la diseñada que, repetimos no tiene actualmente plasmación legal, ha de ir acompañada de una sustancial elevación de la deducción por doble imposición de dividendos. En tal caso, desaparecerían en gran parte las causas que motivan la no distribución de dividendos, y las técnicas que proponemos protegerían estrictamente la progresividad impositiva.

Ahora bien, aunque la calificación como dividendo del préstamo en las condiciones citadas no procede de acuerdo con nuestra legislación, no es tan claro que no puedan alcanzarse los mismos resultados prácticos a través de una presunción judicial de distribución de beneficios.

Toda presunción reposa en un hecho base, perfectamente acreditado, a partir del cual se induce un hecho consecuencia, que debe estar ligado con aquél por un enlace preciso y directo, de tal suerte que pueda entenderse indubitablemente existente.

¿Puede tomarse como hecho base el saldo permanente de una cuenta deudora sobre un socio, y como hecho consecuencia la distribución del beneficio?

Entendemos que es muy difícil sostener una presunción como la descrita, porque mientras que la sociedad conserve el derecho a la devolución sobre las cantidades entregadas al socio, no puede formalmente colegirse que ha transferido sustancia patrimonial al mismo.

Por consiguiente, en ausencia de una regulación legal que expresamente entendiera que estamos ante una distribución de beneficios, se opina que no es posible ni efectuar una calificación en tal sentido, ni ejercitar una presunción al efecto.

h) Transferencias subrepticias entre una sociedad y sus socios.

De esta cuestión ya hemos tratado al estudiar el artículo 8: Aquí nos limitamos a recordar las conclusiones obtenidas:

- La sociedad debe sufrir un ajuste positivo por el importe de la diferencia de valor transferida al socio.
- El socio no debe practicar un correlativo ajuste negativo.
- El socio tiene derecho a la deducción por doble imposición de dividendos.

Veamos un ejemplo:

La sociedad XX concede un préstamo de 10.000.000 de pesetas a su socio único A.

- Incremento de base imponible en la sociedad: 1.400.000 (supuesto un tipo de interés del 14% y que el préstamo se concedió al inicio del período impositivo).
- Deducción por doble imposición de dividendos en el socio: $1.400.000/10\% = 140.000$

i) Reducción del capital social.

El artículo 44.3 d) regula un supuesto de rendimiento del capital mobiliario que realmente no lo es, en sentido estricto, pues se trata más bien de un incremento de patrimonio, aunque debemos recordar que la línea de distinción entre ambas categorías es imperceptible.

El citado precepto califica como rendimiento del capital mobiliario la diferencia positiva entre la devolución de aportaciones y el valor de adquisición de las acciones.

Es claro que cuando un socio recibe en concepto de devolución de aportaciones una suma superior a aquella que aportó obtiene una ganancia, pero, sin embargo, no es tan claro

que sea un rendimiento del capital mobiliario. En efecto, solamente cuando se adquieran los títulos por debajo de su valor nominal, puede acontecer que la cantidad devuelta exceda del valor de adquisición, y, en tal caso, el socio no retira un fruto generado en la sociedad sino que realiza una ganancia, consecuencia de haber pagado por las acciones un precio inferior a su valor real. Lo que en el fondo hay no es más que una transferencia de renta desde el transmitente de las acciones al adquirente. La transmisión de las acciones se hace por un precio inferior a su valor real y por ello el adquirente obtiene una ganancia que es justamente igual a la pérdida sufrida por el transmitente.

Para que el razonamiento sea exacto, es preciso advertir que el valor teórico de las acciones ha de ser igual o superior al nominal y que, además, dicho valor teórico es consistente, en el sentido de que los elementos del activo, al menos, valen la cantidad asentada en libros de contabilidad.

Veamos un ejemplo:

D. XX adquiere el 50 por 100 del capital social de la sociedad XX, por un importe de 40, siendo su nominal 50. La sociedad XX reduce el capital social en 30, devolviendo a los socios la contrapartida en dinero.

Puede acontecer que:

- El valor teórico de las acciones sea igual o superior al nominal y, además, que dicho valor teórico sea efectivo.
- El valor teórico de las acciones coincida con el valor de adquisición, y además, dicho valor teórico es efectivo.
- El valor teórico de las acciones, siendo igual o superior al valor nominal, sin embargo, no es efectivo.

En el primer caso, la reducción del capital social determina una ganancia cierta, en los otros dos no.

En efecto, sea el balance de la sociedad XX, para el primer caso:

Balance sociedad XX

Activo.....	100	Capital.....	100
-------------	-----	--------------	-----

La reducción de capital procura al socio una ganancia de:

15	Devolución de aportaciones
(12)	Coste de adquisición de las acciones afectadas
<u>3</u>	Rendimiento del capital

Si el balance de la sociedad XX es:

Balance sociedad XX

Activo.....	80	Capital.....	100
Pérdidas y ganancias.....	20		
	<u>100</u>		<u>100</u>
TOTAL....	<u>100</u>	TOTAL....	<u>100</u>

La reducción de capital procura al socio una ganancia de:

15	Devolución de aportaciones
(12)	Coste de adquisición de las acciones
(28)	Valor de adquisición de las acciones vivas
25	Valor teórico que, además, es efectivo
<u>0</u>	

Si el balance de la sociedad XX, es:

Balance sociedad XX

Activo.....	100	Capital.....	100
-------------	-----	--------------	-----

Pero el valor real del activo es 80, la reducción de capital también dejará una ganancia de cero.

Pues bien, a pesar de que la ganancia efectiva es en los dos últimos casos cero, fiscalmente se computará un rendimiento del capital mobiliario. No hay, a pesar de las apariencias, un exceso de imposición, sino una anticipación de la tributación, porque el valor de adquisición de los restantes títulos queda por encima del valor teórico de los mismos:

Precio adquisición (50 por 100).....	40
Valor adquisición (30 por 100).....	12
Valor adquisición (restantes títulos).....	28
Devolución.....	15
Rendimiento capital (15 – 12).....	3
Valor teórico restantes títulos [(70 – 20) 1/2].....	25

Los títulos se adquirieron por su valor teórico 40 [(100 – 20) 1/2], pero por causa del cómputo de un rendimiento en la operación de reducción del capital social quedan valorados los títulos no amortizados o no canjeados por encima de su valor teórico. Por consiguiente, cuando se transmitan, quedará regularizada la situación.

Ciertamente que en el momento de la transmisión operarán los coeficientes de abatimiento (art. 45 Ley 18/1991, del IRPF), con lo cual el razonamiento lógico probablemente quede desvirtuado, ya que es posible que la disminución de patrimonio o el menor incremento debido a la anticipación del rendimiento desaparezcan por el efecto de los coeficientes.

El sistema de coeficientes, del que en sucesivos capítulos se hará mención y estudio, ha de echar por tierra muchos efectos lógicos, pues es tan práctico como tosco.

A diferencia de lo que sucede en el IRPF, en el Impuesto sobre Sociedades no existe problema alguno, porque el efecto de anticipación de la tributación queda neutralizado por el juego de la provisión por depreciación de valores.

El artículo 44.3 d), para ser absolutamente correcto, hubiera debido exceptuar el efecto de la devolución de aportaciones sobre el valor de adquisición en aquel caso en que el valor de adquisición coincide con el valor teórico, pues, como se ha demostrado, no existe en tal supuesto ganancia de ninguna especie.

Una norma imperfecta, ciertamente, pero también una norma de fácil aplicación, cuya imperfección no es más que la anticipación del tributo.

Habrá quien sonría ante esta conclusión tachándola de ingenua, pues es lo cierto que a través de devoluciones del capital bien podrían encubrirse distribuciones de beneficios por el importe íntegro de la devolución. Desde una cierta perspectiva podría ser tenida por cierta la afirmación precedente y la estudiaremos. Antes, sin embargo, debemos realizar ciertas precisiones respecto del tratamiento de la reducción del capital con devolución de aportaciones. El artículo 44, uno d) afirma y ordena que el importe de la devolución de aportaciones «minorará el valor de adquisición de los valores afectados hasta su anulación». Se refiere, por tanto, a unos valores determinados y no a la totalidad de la cartera de valores. Por consiguiente, no es posible minorar, en el importe de la devolución de aportaciones, el valor de adquisición de la cartera de valores, sino el valor de adquisición de los títulos concretamente afectados por la operación de reducción del capital social, sea porque son amortizados, estampillados o canjeados.

Así, en el ejemplo propuesto no es correcto el siguiente razonamiento o cálculo:

Valor de adquisición.....	40
Devolución.....	15
Valor de adquisición.....	25
Rendimiento del capital.....	—

Un supuesto muy peculiar de reducción del capital social es aquel en el que previamente el capital ha sido aumentado con cargo a reservas, distribuyéndose a los accionistas acciones

liberadas o incrementándose el nominal de las existentes. Las reservas pasan al capital social y éste se reduce.

La ley no contempla este supuesto, de aquí que pueda sostenerse que estamos ante un caso más de reducción del capital social, aplicándose la norma prevista en el artículo 44.3 d).

Se observa que esta técnica de distribución de las reservas produce un diferimiento del tributo, pero sólo respecto de aquellos accionistas que adquirieron su participación con anterioridad a su constitución.

Veamos un ejemplo:

Balance de la sociedad XX (antes de ampliar)

Activo.....	500	Capital (100 x 1).....	100
		Reservas.....	400
TOTAL	<u>500</u>	TOTAL....	<u>500</u>

	N.º acciones	Coste adquisición
Socio A	20	20
Socio B	30	90
Socio C	50	300

Se acuerda elevar el capital social en 180, mediante el traspaso de reservas, y posteriormente reducirlo en 180, con entrega a los socios de metálico.

Balance de la sociedad XX (después de ampliar)

Activo.....	500	Capital.....	280
		Reservas.....	220
	<u> </u>		<u> </u>
TOTAL....	<u>500</u>	TOTAL....	<u>500</u>

Balance de la sociedad XX (después de reducir)

Activo.....	320	Capital.....	100
		Reservas.....	220
	<u> </u>		<u> </u>
TOTAL....	<u>320</u>	TOTAL....	<u>320</u>

Tributación de los socios:

	Coste adquisición	Devolución	Rendimiento capital
Socio A	20	36	16
Socio B	90	54	–
Socio C	300	90	–

Supongamos que en el ejercicio siguiente se obtiene un beneficio de 280, y que se adopta el acuerdo de aumentar el capital social y posteriormente reducirlo en 200.

Tributación de los socios:

	Coste adquisición	Devoluciones aplicadas	Devolución actual	Rendimiento capital
Socio A	20	36	40	40
Socio B	90	54	60	24
Socio C	300	90	100	–

Pudiera pensarse que lo correcto es tratar fiscalmente esta operación como si fuera una simple distribución de reservas. ¿Cuál es, entonces, la tributación que corresponde a la distribución de reservas?

j) Distribución de reservas.

La distribución de reservas constituye para el perceptor un rendimiento del capital mobiliario de acuerdo con lo establecido en el artículo 37, uno, 1 párrafo segundo. En efecto, la distribución de las reservas supone una «participación en los beneficios» y, desde luego, una «utilidad percibida de una entidad en virtud de la condición de socio».

Ahora bien, cuando las reservas distribuidas han sido constituidas con anterioridad a la adquisición de la participación, el socio no percibe utilidad alguna, sino que recupera parte del precio pagado. En tal caso, no parece lógico que la reserva constituya renta gravable, ni que, por tanto, se afecte a la deducción por doble imposición de dividendos.

Esta es la solución equitativa. El socio que percibe una reserva constituida con anterioridad a la adquisición de una participación no obtiene renta, en tanto que el socio que adquirió su participación con anterioridad a la constitución de la reserva obtiene una renta calificable como rendimiento del capital mobiliario.

¿Por qué, entonces, el legislador no ha adoptado tan elemental solución y grava, en todo caso, las reservas distribuidas?

La razón estriba, a nuestro entender, en que el control que la Administración Tributaria puede ejercer sobre una cartera de valores lo desaconseja. En efecto, si la reserva no se considera rendimiento de capital mobiliario, sino recuperación de parte del precio de adquisición, cuando se enajenen las acciones será preciso calcular el incremento o disminución de patrimonio, minorando el precio de adquisición en el importe de la reserva percibida. Mas, ¿cómo garantizar el control de la correcta determinación del incremento o disminución? En ausencia de contabilidad es, sencillamente, imposible.

Son razones prácticas, muy atendibles, las que aconsejan gravar las reservas, habida cuenta, además, de lo excepcional de la operación. Ahora bien, junto con el gravamen de la reserva en concepto de rendimiento de capital mobiliario, nace el derecho a la deducción por doble imposición de dividendos, regulada en el artículo 78 siete a), debiendo advertirse que, sin embargo, no existe doble imposición en el caso de obtención de reservas constituidas con anterioridad a la adquisición de la participación, porque a pesar de que la reserva se grava, en el momento de enajenar la participación el citado gravamen quedará anulado porque el precio de adquisición de los valores no disminuyó, a efectos fiscales, con ocasión de la percepción de reservas. Sobre esta cuestión volveremos a estudiar el artículo 78 siete a).

Ahora podemos preguntarnos en qué se diferencia la distribución directa de una reserva de la incorporación de una reserva al capital social y posterior reducción del mismo para devolución de aportaciones. La respuesta es que la diferencia no es sustantiva, sino meramente formal. Pero tal vez deberíamos dar un paso mayor y preguntarnos en qué se diferencia la reducción del capital con devolución de aportaciones de la distribución de beneficios o reservas, cuando hay posibilidad de optar por ambas técnicas para transferir patrimonio a los socios.

k) Reducción del capital social existiendo reservas o beneficios.

El artículo 112 del Código General de Impuestos francés califica la devolución de aportaciones, derivada de una reducción del capital social, como beneficio distribuido en la medida que existan beneficios o reservas suficientes para cubrir el montante de aquella. Esta regla no se aplica cuando el socio deja de serlo o en la medida en que pierde porcentaje de participación en ambos casos como consecuencia de la misma.

En nuestro Derecho no existe regla similar y por lo tanto tal calificación no es posible, e igualmente vemos sumamente problemático alcanzar un resultado similar mediante el ejercicio de una presunción, que, en todo caso, sería judicial.

Ciertamente que estamos ante un diferimiento del tributo, por cuanto que se retira bajo la capa de una reducción de capital social lo que realmente son beneficios para aquellos socios

que adquirieron su participación antes de la constitución de las reservas que serían suficientes para cubrir el importe de la reducción del capital social, aunque no así, desde luego, para aquellos otros que entraron posteriormente a formar parte del vínculo social, pero no se advierte la posibilidad de cercenar esta conducta irregular con el repertorio de las normas positivas disponibles.

El diferimiento puede acabar en no tributación si transcurre el tiempo suficiente para que operen plenamente los coeficientes reductores a que se refiere el artículo 45. Es muy probable que en el futuro se desarrollen técnicas de transformación del reparto del beneficio, cuyo eslabón final será la venta de la participación sin tributación efectiva en razón a la aplicación de los coeficientes referidos.

La pluralidad de técnicas de transformación, así como sus diversos efectos, hace conveniente establecer una taxonomía de las mismas, finalidad a la cual nos aplicaremos una vez desbrozado el elenco de las mismas.

1) Distribución de la reserva por prima de emisión de acciones.

En los casos en que el interés de la sociedad así lo exija, la Junta General, al decidir el aumento del capital, puede acordar la supresión total o parcial del derecho de suscripción preferente, pero habrá de exigirse una prima de emisión, de tal cuantía que, sumada al nominal de las acciones a emitir, se corresponda con el valor real de las acciones (art. 159 de la Ley de Sociedades Anónimas).

Se advierte que la prima de emisión y el derecho de suscripción tienen idéntica función económica, pues ambos son la compensación económica que reciben los antiguos accionistas por ceder parte de su participación a los nuevos. Sucede que, en el caso del derecho, la compensación se percibe directamente del nuevo accionista, en tanto que en el caso de la prima de emisión la compensación se realiza bajo la forma de una aportación suplementaria a la de capital que, sin embargo, no crea un derecho a favor del aportante.

¿Qué fiscalidad corresponde a la distribución de la prima de emisión?

La respuesta no es posible fundamentarla en la norma positiva, que guarda un inquietante silencio, abriéndose varias posibilidades. Veámoslas.

La primera posibilidad resulta de aplicar la analogía respecto del tratamiento establecido para el derecho de suscripción preferente. Como es sabido, el Real Decreto-Ley 1/1989 estableció que el precio obtenido en la enajenación del derecho de suscripción preferente era incre-

mento de patrimonio en el caso de acciones no cotizadas, y en el caso de acciones no cotizadas menor importe de la participación, hasta que ésta resultare con valor negativo. Pues bien, esta tributación ha sido recogida por el artículo 48 de la Ley 8/1991.

En aplicación de la misma respecto del reparto de la prima de emisión, podría decirse que el importe de la prima distribuida es incremento de patrimonio para acciones no cotizadas y menor importe de la participación para acciones cotizadas, hasta que resulte un valor negativo de la misma.

La segunda posibilidad resulta de aplicar la analogía respecto de la reducción de capital, lo que determinaría un incremento de patrimonio exclusivamente cuando el importe distribuido superase el valor de adquisición de la participación.

Con independencia de la validez de la cobertura de las lagunas legales mediante la analogía en materia de la determinación de la base imponible, habida cuenta de lo establecido en el artículo 24 de la Ley General Tributaria, ambas soluciones son insatisfactorias.

La distribución de la prima implica que el socio recibe bienes de la sociedad, y este hecho debe ser tratado en función de la naturaleza que quepa atribuir a los mismos. En efecto, si se trata de capital aportado su devolución no debe entrañar tributación, salvo el exceso sobre el valor de adquisición de la participación, en su caso. Si, por el contrario, se trata de beneficio acumulado, debe tributar plenamente. Cabe, naturalmente, el caso mixto.

Bien se comprende que un planteamiento como el precedente no resuelve la cuestión, sino que la traslada a otro campo: ¿Cómo distinguir la percepción de una renta de la de un capital aportado?

Enseguida advertimos que hay una respuesta aparentemente sólida: Puesto que la prima de emisión no es renta generada en la sociedad, cuando se distribuye nunca se reparte renta sino capital aportado no escriturado. Pero esta respuesta no es correcta, porque si bien es cierto que para la sociedad no constituye renta la prima recibida, desde la perspectiva del socio no puede decirse lo mismo.

A nuestro entender, el socio obtiene renta cuando la cantidad recibida no minorra el valor según libros de su participación por debajo del valor de adquisición, o cuando la minoración es inferior al importe de la renta recibida, en cuyo caso será renta la diferencia entre el importe de la cantidad recibida y la mengua del valor de la participación.

El socio aporta un capital, ya directamente ya secundariamente, y toda cantidad recibida de la sociedad que no minore el valor de la participación es renta con la excepción, en cierta medida discutible como sabemos por referencia a la legislación francesa, de las cantidades derivadas de la distribución del capital social.

Veamos un caso práctico:

La sociedad XX decide aumentar su capital social en 100, exigiendo una prima de 100.

Balance anterior a la ampliación

Activo.....	200	Capital.....	100
		Reservas.....	100
TOTAL....	<u>200</u>	TOTAL....	<u>200</u>

Balance posterior a la ampliación

Activo.....	400	Capital.....	100 + 100
		Reservas.....	100
		Prima.....	100
TOTAL....	<u>400</u>	TOTAL	<u>400</u>

Socio	N.º acciones	Valor adquisición
a	100	100
b	100	200 (suscriptor de la ampliación)

Cinco años después la sociedad decide distribuir 80 unidades de la prima de emisión. La composición de los socios es:

Socio	N.º acciones	Valor adquisición
a	50	50
b	50	100
c	100	290

Balance anterior a la distribución

Activo.....	600	Capital.....	100 + 100
		Reservas.....	100 + 200
		Prima.....	100
TOTAL	<u>600</u>	TOTAL....	<u>600</u>

Balance posterior a la distribución

Activo.....	520	Capital.....	100 + 100
		Reservas.....	100 + 200
		Prima.....	20
TOTAL	<u>520</u>	TOTAL....	<u>520</u>

Obtención de renta:

Socio	Importe de la prima	Valor según libros de la participación	Renta
a	20	130 (520/4)	20
b	20	130 (520/4)	20
c	40	260 (520/2)	10 (40 – 290 + 260)

Se advierte que los socios a y b no ven disminuido el valor según libros de su participación por debajo del valor de adquisición de la misma, en tanto que la participación del socio c desciende 30 unidades por debajo de su valor de adquisición. En consecuencia a y b obtienen una renta de 20 y c de 10.

Se estima, desde una perspectiva teórica, si bien carente de fundamento legal expreso, que el importe de la prima percibido, minorado, en su caso, con el importe del descenso del valor de la participación por debajo del valor de adquisición es renta para el socio.

m) Cuotas de liquidación de sociedades.

El artículo 48 uno e) reputa incremento o disminución de patrimonio a la diferencia existente entre el valor de la cuota de liquidación social o el de los bienes recibidos como consecuencia de la separación y el valor de adquisición del título o participación de capital que corresponda.

La cuota de liquidación social es la parte del haber social que, determinado en función del balance final, corresponde a cada socio. La cuota de liquidación está integrada por un conjunto de bienes y derechos financiados por las siguientes fuentes:

- Aportaciones al capital social.
- Aportaciones a la prima de emisión.
- Aportaciones para reposición de pérdidas, y

– Beneficios acumulados.

Cuando el socio o accionista recibe la cuota de liquidación hace suyos los beneficios acumulados, en la parte que se generaron antes de que se adquiriera su participación, así como las aportaciones realizadas, en su caso.

La reflexión precedente pone de manifiesto que la diferencia positiva entre el importe de la cuota de liquidación social y el valor de adquisición de la participación implica una especie de distribución última del beneficio acumulado. ¿Por qué, entonces, el legislador fiscal la califica como incremento o disminución de patrimonio?

Tal vez se deba a que no exista un acto de distribución del beneficio o tal vez a que el socio o accionista realiza una especie de enajenación de las acciones. Son motivos, en todo caso, fútiles. Pero no debemos extrañarnos porque, como expusimos en la letra B del epígrafe II, los incrementos y disminuciones de patrimonio son, realmente, una modalidad de las rentas del capital.

La reflexión precedente es meramente teórica, porque el Derecho positivo es bien claro a calificar esta renta como un instrumento o una disminución de patrimonio.

n) Enajenación de las acciones a la sociedad emisora.

Cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas, la sociedad puede adquirir sus propias acciones. Al igual que en el supuesto anteriormente estudiado de la cuota de liquidación social, el socio percibe beneficios acumulados, pues el precio pagado por la sociedad adquirente será igual al neto patrimonial corregido en el importe de los fondos de comercio positivos y negativos.

Guarda la ley silencio respecto de la operación de adquisición por la sociedad de sus propias acciones, si bien parece que lo más idóneo, en el marco de la sistemática legal, es entender que existe un incremento o una disminución de patrimonio por diferencia entre el precio de adquisición y el de enajenación de las acciones.

Una vez más podemos apreciar que la diferencia entre el incremento y el rendimiento de capital mobiliario es, en rigor, inexistente, por más que, a efectos legales, quepa calificar la renta obtenida por el socio como incremento de patrimonio.

o) Bonos de disfrute.

Los bonos de disfrute entregados a los titulares de acciones amortizadas en virtud de reembolso atribuyen los mismos derechos económicos que las acciones, pero no así los derechos políticos (art. 48.3 LSA).

Los bonos de disfrute están contemplados en el texto del artículo 37, uno 1, pues se trata de un activo que faculta para participar en los beneficios.

IV. PRESUNCIONES DE DISTRIBUCION DE BENEFICIOS

¿Existe alguna presunción de distribución de beneficios en el texto de la Ley 18/1991? La respuesta es concluyente: No, no existen presunciones de distribución de beneficios. Y, sin embargo, tanto la Ley 18/1991, como en su día la Ley 44/1978, contaban con un valioso precedente en el Texto Refundido del Impuesto sobre las Rentas del Capital.

Ahora bien, la inexistencia de una presunción legal no quiere decir que esté descartado el ejercicio de una presunción judicial, pues el artículo 115 de la Ley General Tributaria admite como medios de prueba en los procedimientos tributarios aquellos que están reconocidos como tales en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que es el caso de la presunción.

Es, en este sentido, cuando recobra su vigor la teoría de la presunción de distribución de beneficios, muy importante, por otra parte, habida cuenta de los procesos de transformación de rentas.

Toda presunción consta de un hecho-base y de un hecho-consecuencia, que se da por probado en virtud de un enlace preciso y directo con el primero según las reglas del raciocinio humano.

¿Cuáles son los hechos-base a utilizar para probar el hecho-consecuencia, que será la distribución de un beneficio?

A nuestro entender, los hechos-base deberán ser seleccionados en función de la existencia de una transferencia o atribución patrimonial desde la sociedad al socio. En este sentido, podrían constituir hecho-base de una presunción de reparto de beneficios:

- La ocultación contable de rentas.
- La concesión de préstamos por la sociedad a los socios, en los que no conste con exactitud el momento de la devolución, o que constando sean objeto de prórrogas sucesivas.
- El pago a los socios de cantidades por la prestación de servicios de dudosa significación.

A. La ocultación contable de rentas.

Las rentas no contabilizadas pueden haber tenido un doble destino:

- El reparto entre los socios.
- La financiación de activos ocultos.

Es difícil que la Administración Tributaria descubra la ocultación de los beneficios contables pero si lo hiciere entendemos que es lógico ejercitar la presunción de reparto de beneficios.

El hecho-base de esta presunción sería la ocultación de los beneficios contables y el hecho-consecuencia que los beneficios en cuestión han sido distribuidos.

Obsérvese bien que la presunción solamente procede en el caso de ocultación de beneficios contables, esto es, de beneficios procedentes de operaciones que no han sido registradas en contabilidad, pero nunca cuando las operaciones realizadas han sido registradas en contabilidad y el beneficio contable no puede ser aceptado como base imponible por razón de amortizaciones excesivas, provisiones incorrectas

Es importante distinguir ambos tipos de irregularidad, porque la segunda jamás podrá fundamentar la presunción de distribución. Hablando en el lenguaje de la calle, el dinero negro sólo nace de fraudes consistentes en la no contabilización de operaciones, pues cuando se contabilizan, aunque incorrectamente, no hay generación de activos -dinero negro- fuera de balance. La comprensión de esta realidad, dicho sea de paso, es el «test» de las normas y criterios de toda medida que trate de establecer un cauce para el afloramiento del «dinero negro».

La presunción podrá ser rebatida por el sujeto pasivo si prueba que las rentas ocultas han financiado activos ocultos, esto es, activos no contabilizados que están, sin embargo, afectos a la actividad del mismo.

B. Concesión de préstamos a los socios.

Tal vez sea ésta la forma más corriente de «transformación» de la distribución de beneficios, principalmente en los casos de sociedades cerradas, esto es, dominadas por un número corto de socios.

Tengamos en cuenta que la legislación vigente hace prohibitivas las distribuciones de beneficios, a virtud de una doble imposición apenas aliviada, y por ello hay pocas distribuciones de beneficios formalmente realizadas.

Aplicar la presunción de distribución a los préstamos que una sociedad hace a sus socios no es posible, ya que el efecto deseado no es probar un hecho sino calificar un negocio jurídico, el de préstamo, al margen de su apariencia formal. No se trataría, por consiguiente, de probar un hecho, sino de calificar un negocio jurídico.

C. Pago a los socios de cantidades por la prestación de servicios de dudosa significación.

El pago a los socios de cantidades por servicios inexistentes encubre una distribución de beneficios, e inclusive de capital social, de aquí que entendamos pertinente el ejercicio de la presunción.

El hecho-base de la presunción será la entrega de cantidades por causa de la prestación de servicios por los socios que son inexistentes o insignificantes respecto de aquéllas. El hecho-consecuencia será que tales cantidades constituyen beneficios distribuidos, siempre que existieran beneficios contables o reservas acumuladas en el ejercicio en que se produce el pago de las citadas cantidades.

V. LAS CUENTAS EN PARTICIPACION

La disposición adicional 7.^a de la Ley 18/1991 ha dado nueva redacción al artículo 1.º de la Ley 14/1985. Este precepto calificaba como rendimiento del capital mobiliario a «las contraprestaciones de todo tipo, dinerarias o en especie, satisfechas por la captación o utilización de capitales ajenos, incluidas las primas de emisión y de amortización y las contraprestaciones obtenidas por los partícipes no gestores en las cuentas en participación, créditos participativos y operaciones análogas».

La mención de las cuentas en participación en el artículo 1.º de una ley cuyo objetivo consistía en someter a retención los productos de operaciones financieras documentadas en títulos reembolsables, propició una doctrina administrativa que sostuvo la deducción de la remuneración del cuentapartícipe no gestor a efectos de la tributación de la sociedad gestora, rompiendo así una larga tradición de doble imposición. La bienintencionada doctrina administrativa, dio pie a que los socios canalizaran sus aportaciones bajo la modalidad jurídica de la cuenta en participación, lo cual, evidentemente, conculcaba el funcionamiento de la imposición directa sobre la renta y era fuente de una distorsión económica de origen fiscal.

El legislador ha remediado esta confusa situación mediante el sencillo expediente de excluir del artículo 1.º de la Ley 14/1985 a las cuentas en participación. De esta suerte vuelve a cobrar todo su vigor lo establecido en el artículo 14 b) de la Ley 61/1978, en cuya virtud no son deducibles las participaciones en beneficios «de los partícipes en cuentas».

Ahora bien, el Plan General de Contabilidad establece un tratamiento de las cuentas en participación, a cuyo tenor los resultados que corresponden al cuentapartícipe no gestor no forman parte de la cuenta de pérdidas y ganancias del cuentapartícipe gestor.

En efecto, en la cuenta 6510 (Beneficio transferido), se cargará el beneficio que corresponde a los cuentapartícipes no gestores con abono a la cuenta 419 Acreedores por operaciones en común, en tanto que en la cuenta 7510 (Pérdida transferida), se abona la pérdida correspondiente a los partícipes no gestores.

Se advierte, por consiguiente, que el Plan General de Contabilidad segrega los resultados de la cuenta en participación en dos partes -la correspondiente al cuentapartícipe gestor y la correspondiente al cuentapartícipe no gestor-, cada una de las cuales luce exclusivamente en la cuenta de pérdidas y ganancias correspondiente.

La divergencia entre la norma fiscal y la norma contable es incontestable, máxime teniendo en cuenta que el artículo 37, uno, 1 de la Ley 18/1991 establece que «los resultados de las cuentas en participación se considerarán rendimientos de esta naturaleza (por la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad) para el partícipe no gestor». En efecto, el tratamiento fiscal se centra en los siguientes elementos:

- La entidad gestora incluirá en su base imponible la remuneración que corresponde al partícipe no gestor (art. 14 Ley 61/1978).
- El cuentapartícipe no gestor -persona física o jurídica- incluirá en su base imponible la remuneración que le corresponda.
- El cuentapartícipe no gestor -persona física o jurídica- tendrá derecho a la deducción por doble imposición de dividendos.

¿Cuál es la regulación más adecuada a la verdadera naturaleza de las cuentas en participación?

No es fácil responder a esta pregunta, porque la naturaleza jurídica del contrato de cuentas en participación es muy discutida. No obstante, parece estar fuera de toda duda que:

- Las cuentas en participación no producen la aparición de un patrimonio común entre gestor y partícipe, porque las aportaciones de éste ingresan en el patrimonio de aquel que adquiere su titularidad (Broseta).
- Las cuentas en participación no determinan la aparición de una forma jurídica independiente (Broseta).
- El gestor deberá devolver la aportación al partícipe, al finalizar el negocio u operación (art. 243 Código de Comercio).

Porque las cuentas en participación no determinan la aparición de un patrimonio común, ni una persona jurídica independiente, debe rechazarse, de una parte, la posible existencia de una entidad de las del artículo 33 de la Ley General Tributaria y porque no determinan la existencia o constitución de una nueva persona jurídica debemos rechazar, de otra parte, la sujeción de la cuenta en participación, en sí misma, al Impuesto sobre Sociedades.

Puesto que el partícipe no gestor tiene derecho a la devolución del capital aportado, podría entenderse que estamos ante un rendimiento obtenido por la cesión a terceros de capitales propios. Sin embargo, el derecho a la devolución está mediatizado por las circunstancias de que el partícipe no gestor debe soportar los resultados adversos.

Si el derecho a la devolución fuera incondicional no dudaríamos en calificar el rendimiento del capital mobiliario como procedente de la cesión a terceros de capitales propios, pero no es así. Si, por el contrario, el cuentapartícipe quedare totalmente liberado de la devolución, estaríamos inequívocamente ante rendimientos derivados de la participación en fondos propios, pero tampoco es así.

A nuestro entender, el carácter mixto de la cuenta en participación, que ha llevado a Garrigues a proponer la aplicación supletoria de las normas de las sociedades comanditarias, inhabilita la formulación de un juicio certero desde planteamientos exclusivamente jurídico-mercantiles.

Desde planteamientos de técnica tributaria, la cuestión es diferente. En efecto, el Impuesto sobre Sociedades grava la renta del de la propiedad del capital, esto es, el beneficio, gravamen que se justifica, básicamente, en que, de otro modo, la renta obtenida a través de las sociedades quedaría libre de tributación en tanto no fuera objeto de distribución. El Impuesto sobre Sociedades sale al paso de semejante diferimiento y, en tal sentido, constituye un complemento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Conocida la función que desempeña el Impuesto sobre Sociedades, nos es fácil dar solución a la cuestión que nos ocupa. En efecto, puesto que la renta de la cuenta en participación debe distribuirse cuando finalice el negocio, parece

que no hay posibilidad de diferimiento. En teoría, así es, pero en la práctica las cosas pueden suceder de manera diferente.

En efecto, de una parte, el artículo 243 del Código de Comercio exige que la liquidación de los resultados se haga «terminadas que sean las operaciones», y de otra, puede suceder que el negocio en participación tenga una muy larga duración. En estas condiciones, parece prudente determinar y gravar la renta del negocio en participación de manera similar a como se hace con cualquier otra obtenida por la empresa gestora, pero, inversamente, no parece lógico consolidar el gravamen una vez distribuida la renta del negocio en participación.

Estamos, ahora, en condiciones de coordinar todos los elementos para dar una respuesta adecuada:

- El cuentapartícipe no gestor tiene derecho a la devolución del capital aportado, excepto en el caso de pérdidas.
- El negocio en participación debe ser liquidado y distribuidos sus resultados, pero solamente una vez que hayan terminado las operaciones.

Ambos elementos imponen una solución ecléctica, pues tanto desde perspectivas jurídico-privadas como de técnica tributaria la cuenta en participación así lo requiere. Ecléctismo que no quiere decir indeterminación o solución menos mala, sino captación de la verdadera esencia del negocio de cuentas en participación. Pues bien, esta solución ecléctica debería consistir en:

- Determinar la renta de la cuenta en participación de manera análoga a como se determina cualquier rendimiento empresarial.
- Integrar dicho rendimiento en la base imponible del partícipe gestor plenamente.
- Compensar la deuda tributaria satisfecha por el partícipe gestor sobre la renta correspondiente al cuentapartícipe no gestor, cuando ésta sea distribuida, salvo cuando el cuentapartícipe no gestor sea, a su vez, accionista.

Naturalmente estamos ante una solución «de lege ferenda», a cuya decantación hemos podido llegar a través del examen de las alternativas positivas conocidas: La de la Ley 14/1985, que consideraba deducible la renta atribuible al cuentapartícipe no gestor, y la de la Ley 18/1991, que, por el contrario, la considera no deducible en ambos casos, claro está, de la base imponible del cuentapartícipe gestor.