

TRIBUTACION

INCREMENTOS DE PATRIMONIO
(CONTINUACION)

N.º 239

TRABAJO EFECTUADO POR:

EDUARDO SANZ GADEA

Inspector de Finanzas del Estado

Sumario:

- I. Incrementos de patrimonio que tributan por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (continuación).
 - A. Las ganancias del azar.
 - B. Los sacrificios por transacción y compromiso.
 - C. Adquisiciones originarias y usucapión.
- II. Incrementos de patrimonio exentos.
 - A. Exención por cuantía.
 - B. Exención en transmisiones lucrativas.
 - C. Transmisiones *inter vivos* a título gratuito.

...

...

D. Exención en determinados contratos de renta vitalicia.

E. Entrega de bienes en pago de la deuda tributaria.

F. Exenciones del artículo 9.º.

III. Supuestos de no sujeción.

A. Disminuciones de patrimonio no justificadas.

B. El consumo.

C. Donativos o liberalidades.

D. Pérdidas en el juego.

E. División de la cosa común.

F. Disolución de comunidades de bienes y separación de comuneros.

G. Disolución de la sociedad de gananciales y extinción del régimen económico matrimonial de participación.

H. La reducción del capital social.

TRIBUTACION	INCREMENTOS DE PATRIMONIO (CONTINUACION)	N.º 239
-------------	---	---------

I. INCREMENTOS DE PATRIMONIO QUE TRIBUTAN POR EL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES (CONTINUACION)

Intencionalmente hemos estudiado determinados negocios gratuitos *inter vivos* para, finalmente, centrarnos en el negocio jurídico prototipo: La donación.

La donación es el «acto por el cual una persona, con ánimo de liberalidad, se empobrece en una fracción de su patrimonio en provecho de otra persona que se enriquezca con ella» (Castán). Elemento esencial de la donación es la intención de hacer una liberalidad: El *animus donandi*. Sin el mencionado *animus* no existirá donación, por más que una persona pueda empobrecerse en provecho de otra que correlativamente se enriquece. No es relevante, por el contrario, el cauce a través del cual se verifiquen el empobrecimiento y el correlativo enriquecimiento y, en este sentido, se distinguen tres clases de donaciones: Reales (que deparan el enriquecimiento a través de la transmisión de la propiedad de una cosa); obligacionales (que lo hacen creando un crédito) y liberatorias (que lo realizan extinguiendo una obligación). Lo verdaderamente importante, que determinará que un incremento de patrimonio tribute por el Impuesto sobre Sucesiones o por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas es la existencia o no del ánimo de liberalidad.

Seguidamente vamos a examinar un conjunto de actos y negocios jurídicos que procuran un enriquecimiento a una persona y un correlativo empobrecimiento a otra y que, sin embargo, no pueden considerarse como donaciones.

A. Las ganancias del azar.

Los contratos aleatorios determinan un enriquecimiento y un correlativo empobrecimiento para las partes intervinientes. En los contratos aleatorios es de esencia a los mismos que los contratantes corran un riesgo de ganancia o pérdida (Sánchez-Román), si bien cabe distinguir entre los contratos aleatorios en los que interviene la suerte (seguro, renta vitalicia) y aquellos otros en que la suerte es la causa constitutiva (juego y apuesta).

Los contratos citados, más varios otros, como el préstamo a la gruesa, la compraventa de esperanza, la venta de créditos litigiosos, la decisión por suerte... procuran una ganancia y una pérdida correlativa. Ninguna de estas ganancias o incrementos de patrimonio tributarán, bajo el concepto de donación, en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones porque falta el elemento esencial: La liberalidad.

La exclusión del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones no quiere decir que, automáticamente, el incremento de patrimonio tribute por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. De esta cuestión nos ocuparemos más adelante.

B. Los sacrificios por transacción y compromiso.

En virtud del contrato de transacción, la partes, mediante recíprocas concesiones, ponen fin a la incertidumbre que entre ellas mediaba acerca de la existencia, contenido o extensión de una relación jurídica. Es claro que una de las partes puede obtener una ganancia derivada de la transacción, pero también lo es que dicha ganancia o incremento no tributará por el concepto donación en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Las mismas consideraciones pueden hacerse respecto del contrato de compromiso.

Cuestión diferente es que tanto los contratos aleatorios como aquellos que tienen por objeto el esclarecimiento de relaciones jurídicas sean utilizados simuladamente para encubrir actos de liberalidad.

C. Adquisiciones originarias y usucapión.

Son modos originarios de adquirir el dominio los que hacen adquirir la propiedad independientemente del derecho anterior de cualquier otra persona (Castán). El modo más típico de adquisición originaria es la ocupación, en cuyo caso no existe la correlación enriquecimiento-empobrecimiento.

En la usucapión el dominio se gana por la posesión a título de dueño durante el tiempo señalado por la ley (Castán), con lo cual puede operarse el binomio enriquecimiento-empobrecimiento, pero evidentemente no estamos ante una donación.

Sirvan las anteriores líneas para poner de manifiesto algo que con frecuencia se olvida en el campo de la aplicación de los tributos: Que la donación y, en términos más amplios, los actos de liberalidad requieren del ánimo de liberalidad.

Por tanto, todos los incrementos de patrimonio en los que no concurre el ánimo de liberalidad quedarán excluidos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, y se gravarán en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, excepto que medie exención.

La gama de actos, hechos y negocios jurídicos, que deparan un incremento de patrimonio, es muy extensa; pero para que esos incrementos de patrimonio tributen por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones es necesario que concurra el ánimo de liberalidad.

II. INCREMENTOS DE PATRIMONIO EXENTOS

Una vez examinados los incrementos de patrimonio que deben tributar por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, debemos centrar nuestra atención en los incrementos de patrimonio exentos, que podemos dividir en cinco grandes grupos:

- Exención por razón de cuantía.
- Exenciones del artículo 9.º (indemnizaciones, ganancias del azar, premios, becas, alimentos, acogimiento).
- Exención en transmisiones lucrativas.
- Exención en las rentas vitalicias.
- Exención en la entrega de bienes por pago de la deuda tributaria.

A. Exención por cuantía.

El artículo 44, uno, párrafo segundo, declara la no sujeción de aquellos incrementos netos de patrimonio que reúnan estos dos requisitos:

- Que procedan de transmisiones onerosas.
- Que el importe global de dichas transmisiones onerosas no exceda de 500.000 pesetas.

El texto legal parece establecer un supuesto de no sujeción, al menos así se desprende de su tenor literal, pero parece que esto no es correcto en el marco de la vigente Ley General Tributaria. En efecto, el artículo 29 de la Ley General Tributaria asigna al supuesto de no sujeción «la determinación concreta del hecho imponible», y la doctrina, con carácter general, ha venido señalando que las normas de no sujeción tienen una función cuasididáctica. Sería fácil concluir, a la vista de lo expuesto, que el legislador se ha equivocado y que realmente estamos ante un supuesto de exención. Pero no nos atrevemos a imputar un error al legislador. Más cierto es decir que, no ya sólo en la Ley 18/1991, sino en otras de reciente publicación, se abandonan, en ocasiones, las categorías recogidas en la Ley General Tributaria, cuya custodia es más propia de la doctrina que del legislador. Tampoco nos atrevemos a afirmar que estemos ante un fenómeno negativo, pues bien pudiera entenderse que las categorías tradicionales han devenido insuficientes o irrelevantes. Y así, encontramos que se usan indistintamente las voces de «no estarán sujetos» (art. 44, uno) «no se someterán al impuesto» (art. 44, cinco), «no tributarán por el Impuesto sobre Sociedades» (art. 52, cuatro). Sin embargo, a pesar de lo expuesto, nos parece más idóneo unificar la terminología bajo los dictados de la Ley General Tributaria, que, sin embargo, no puede imponerse al legislador ordinario.

Hecha la precisión precedente podemos adentrarnos en el examen de este supuesto, técnicamente de exención.

1. Se exime el incremento neto de patrimonio.

Obsérvese que el objeto de la exención es el incremento neto de patrimonio. Por incremento neto de patrimonio entendemos la suma de los saldos, a que se refieren los artículos 62, dos y 66, dos, esto es, los saldos, positivos o negativos, de los incrementos de patrimonio regulares e irregulares.

Veamos un ejemplo.

Precio venta	Incremento/disminución	Antigüedad
100.000	20.000	8 meses
120.000	(80.000)	9 meses
180.000	140.000	16 meses
50.000	(10.000)	22 meses

Disminución de patrimonio neta regular	(60.000)
Incremento de patrimonio neto irregular	130.000
Incremento neto de patrimonio (ésta es la suma que está exenta) ...	70.000

Observemos que la exención versa sobre el incremento, pero no sobre la disminución, de modo que, si el saldo anterior hubiere sido negativo, se integrará en la base imponible, en los términos establecidos en el Capítulo IV del Título V.

2. El incremento debe proceder de transmisiones onerosas.

Los incrementos derivados de transmisiones a título lucrativo no disfrutan de exención, cualquiera que fuere su importe, pero tampoco se computan a los efectos de determinar el límite de 500.000 pesetas.

3. El importe de las transmisiones onerosas no debe exceder de 500.000 pesetas.

Para calcular dicho límite deben sumarse los importes de la totalidad de las transmisiones onerosas, tanto relativas a incrementos como a disminuciones, sean unos y otras regulares e irregulares.

La Casa Salas y Del Paso Bengoa han puesto de relieve un supuesto ciertamente singular, relativo a elementos patrimoniales con valor fiscal negativo. En este supuesto una transmisión inferior a 500.000 pesetas puede determinar un incremento de patrimonio millonario al que la literalidad de la norma dejaría no sujeto. El caso que proponen es el de unas acciones respecto de las cuales se enajenaron los derechos de suscripción preferente por importe superior a su valor de adquisición lo que, para operaciones anteriores al Real Decreto-Ley 1/1989, determinaría un valor de adquisición negativo, a efectos fiscales.

Entre paréntesis digo que al autor de estas líneas jamás le ha convencido la legalidad de unos valores mobiliarios con valor negativo a efectos fiscales, antes y después del Real Decreto-Ley 1/1989, y que continúa sorprendido de no hallar ningún pronunciamiento administrativo o jurisdiccional, sea en sentido positivo o negativo, a las pretensiones legítimas o cuando menos atendibles de la Hacienda Pública, pues no se concibe, en un mundo racional, que un activo patrimonial tenga valor negativo.

Pero, admitiendo que así sea, debemos plantearnos tal hipótesis a los efectos de la exención del incremento de patrimonio que pudiera obtenerse.

No puede haber ninguna duda racional de que la finalidad de la norma es excluir la tributación de los incrementos de patrimonio reducidos y procedentes de operaciones de pequeña cuantía, con el nítido objetivo de evitar a los sujetos pasivos complejos cálculos. Interpretar el precepto de tal suerte que pueda llevar a la exención de elevados incrementos de patrimonio carece de lógica y responde a una interpretación no respetuosa con lo previsto en el artículo 3.º 1 del Código Civil, en cuya virtud las normas deben interpretarse «atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad».

A nuestro modo de ver, el legislador es perfectamente coherente al establecer el límite en base al importe global de las enajenaciones, porque en el marco de la Ley 18/1991 no se puede producir la figura del valor negativo para un elemento patrimonial, cualquiera que éste sea, y, por tanto, el valor límite de transmisión -500.000 ptas.-, representa, a su vez, el incremento de patrimonio máximo. Admitiendo que bajo el imperio de la Ley 44/1978 fueron posibles los valores negativos, no es correcto entender que los incrementos de patrimonio obtenidos en la transmisión onerosa de los mismos pueda quedar exonerada en virtud de lo previsto en el artículo 44, uno de la Ley 18/1991, pues ello sería contrario a la finalidad de la norma, y, además, podemos entender que se trata de un hecho no previsto en su hipótesis, en cuanto que, como ya sabemos, la Ley 18/1991 no permite la determinación de valores negativos. Podríamos aducir, finalmente, otro argumento constructivo, basado en entender que el importe de la transmisión onerosa se desdobra en dos componentes: El importe de la enajenación del derecho de suscripción preferente efectuada en su día y el importe de la transmisión onerosa de los títulos efectuada en el momento presente.

Por último, debemos abordar la cuestión del tradicionalmente denominado «error de salto», en referencia al artículo 56 de la Ley General Tributaria. Establece este precepto que «deberá reducirse de oficio la deuda tributaria cuando de la aplicación de los tipos de gravamen resulte que a un incremento de la base corresponde una porción de cuota superior a dicho incremento. La reducción deberá comprender al menos dicho exceso».

La aplicación del límite puede dar lugar a una tributación que exceda del incremento adicional obtenido. Es decir que, bajo determinadas condiciones, la situación post-tributación puede ser peor si un incremento de patrimonio se obtiene excediendo el límite de 500.000 pesetas por comparación al obtenido bajo dicho límite.

Sea un sujeto pasivo cuyos rendimientos son 9.550.000 pesetas y que obtiene un incremento de patrimonio de 400.000 pesetas, mediante la enajenación de acciones por importe de 495.000 pesetas; su tributación será:

Base imponible	Cuota
9.550.000	3.200.850

Si las acciones se venden en 500.001 pesetas, su tributación será:

Base imponible	Cuota
9.550.000	3.200.850
405.001	214.650

Se observa que a un aumento del incremento de 5.001 pesetas, corresponde una cuota adicional de 214.650.

¿Debemos aplicar el artículo 56 de la Ley General Tributaria?

Formalmente, el supuesto contemplado por la Ley General Tributaria no es el mismo que el que se deriva del artículo 44, uno. En efecto, no hay, realmente, un aumento de la base imponible, puesto que se produce un tránsito desde la no sujeción o exención a la tributación plena. Además, no se da la correlación entre el aumento de la base y el aumento de cuota superior a dicho aumento de base. La correlación se da entre un aumento en el precio de transmisión y un aumento superior de la cuota tributaria en comparación al aumento del precio de transmisión.

Sustancialmente, sin embargo, el aumento del incremento de patrimonio da lugar a una tributación superior a dicho incremento y, en tal sentido, debería aplicarse el artículo 56 de la Ley General Tributaria.

B. Exención en transmisiones lucrativas.

1. Transmisiones mortis causa.

La Ley 44/1978 sometió a gravamen tanto las plusvalías derivadas de transmisiones a título oneroso como a título gratuito. La medida es clara y no precisa de otro comentario que el de su congruencia.

Si lo que se busca es la sencillez en la aplicación de las normas debemos aplaudir la decisión del legislador, pero, seguramente, los guardianes de la técnica tributaria no podrán sumarse al aplauso. En efecto, la eliminación de la «plusvalía del muerto» implicará una discriminación a favor de aquellos sujetos pasivos que no han transmitido en vida sus activos por relación a aquellos otros que sí los hayan transmitido. Esta especie de premio a la perseverancia en el mantenimiento de elementos patrimoniales no es, además, conforme a la eficacia económica, de todo punto opuesta a la creación de una especie de «manos muertas» por motivaciones fiscales.

A ambos aspectos se refiere el Informe Carter, del cual extraemos el siguiente pasaje: «Por consiguiente, a fin de evitar toda desigualdad de trato entre los contribuyentes y de disminuir los inconvenientes económicos del bloqueo, recomendamos que se considere que existe disposición de bienes cuando un particular transfiere un bien a título gratuito o renuncia a su condición de residente canadiense, con excepción de las transferencias o legados a un miembro de su propia unidad familiar de imposición. La realización debería presumirse también a la muerte de un particular ...».

En nuestro país, Sevilla Segura afirma que «la utilización del criterio de realización debería instrumentarse de forma amplia, incluyendo en todo caso como realizaciones de ganancias de capital:

- Las transmisiones patrimoniales tanto *inter vivos* como *mortis causa*, y
- La pérdida de su condición de contribuyente de cualquier sujeto, como consecuencia de su salida definitiva del país».

Frente a estas razones teóricas, es lo cierto que la gestión del impuesto se facilita mucho con la supresión de la denominada «plusvalía del muerto»; y, desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta, además, que dicha plusvalía tributará en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, lo que no elimina, sin embargo, los efectos de discriminación y bloqueo, podemos afirmar que las razones prácticas son también atendibles.

2. Cambio de residencia.

Brevemente nos vamos a referir al caso en que un residente en territorio español cambie su residencia y la sitúe en el extranjero. La cuestión es si esta variación en la residencia determina algún efecto fiscal respecto de las plusvalías tácitas en los diferentes elementos integrantes de su patrimonio.

La cuestión es importante, porque un cambio de residencia implica o puede implicar que la competencia para gravar las plusvalías, cuando las mismas se realicen, sea del Estado de nueva residencia.

En efecto, en aquellos países con los cuales España se halla vinculada por convenios para evitar la doble imposición internacional esto ocurrirá frecuentemente en materia de valores mobiliarios, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.4 del Modelo de Convenio, que otorga la competencia para gravar las ganancias derivadas de la transmisión de bienes muebles al Estado en que resida el transmitente. Más aún, el artículo 17, uno de la Ley 18/1991 exime los incrementos de patrimonio derivados de bienes muebles obtenidos por personas residentes en la Comunidad Económica Europea, bajo determinadas condiciones.

Pues bien, no encontramos precepto alguno que permita regularizar las plusvalías tácitas, es decir, someterlas a gravamen, con motivo del cambio de residencia.

Esta medida tal vez pudiera considerarse contraria a la libertad de circulación de personas protegida por el Tratado de Roma en el ámbito de la Comunidad Económica Europea. Entendemos que no es así, pero si lo fuera podría haberse adoptado la medida únicamente para cambios de residencia a países no comunitarios.

En un mundo en el que las relaciones transfronterizas son cada vez mayores, y en el que los espacios económicos exceden del marco político, es imprescindible contemplar el fenómeno fiscal a nivel mundial.

Un atisbo de esta problemática la hallamos en el artículo 16 del Real Decreto 1841/1991, que ordena la incorporación a la base imponible de la totalidad de los ingresos y gastos pendientes de regularización como consecuencia de la existencia de un plan de imputación temporal propuesto por el sujeto pasivo. Pero, ciertamente, es un mero atisbo.

C. Transmisiones *inter vivos* a título gratuito.

Las transmisiones *inter vivos* a título gratuito pueden determinar incrementos o disminuciones de patrimonio, cuyo importe se determinará en función de las reglas establecidas en el artículo 47. Sin embargo, están exentas las transmisiones a título lucrativo realizadas con ocasión de donaciones en favor de determinadas entidades:

- El Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales y Universidades Públicas.
- La Cruz Roja Española.

- La Iglesia Católica y las Asociaciones confesionales no católicas legalmente reconocidas, que hayan firmado con el Estado español los acuerdos a que se refiere el artículo 16 de la Constitución Española.
- Las Fundaciones legalmente reconocidas que rindan cuentas al órgano de protectorado correspondiente.
- Las Asociaciones declaradas de utilidad pública.

Se excluye el incremento o la disminución de patrimonio derivados de las donaciones efectuadas a las entidades que motivan una deducción en la cuota juntamente por la donación de cantidades a las mismas.

Esto hace pensar que las donaciones que dan derecho a la deducción en cuota pueden ser tanto en bienes o derechos como en dinero, si bien de esta cuestión nos ocuparemos en su momento.

La delimitación de los donatarios puede plantear algunos problemas, que pasamos a examinar.

1. El Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales y Universidades Públicas.

El Estado es un concepto jurídico-político. España, dice el artículo 1.º de la Constitución, se constituye en un Estado social y democrático de Derecho. España es una realidad histórica que se encarna en una organización política denominada Estado, dotada de un conjunto de poderes que, en último extremo, dimanaban del pueblo español, en cuanto titular de la soberanía nacional.

El Estado, en cuanto organización política, es titular de tres poderes ejercitados por órganos constitucionalmente establecidos: Las Cortes Generales (poder legislativo), el Gobierno (poder ejecutivo) y la Justicia (poder judicial).

El Estado se organiza territorialmente en municipios, provincias y Comunidades Autónomas, que también son organizaciones jurídico-políticas, pero que, en cuanto prestadoras de servicios públicos y servidoras del interés general, deben tener una organización técnica, legalmente estructurada, que se denomina constitucionalmente «la Administración Pública». Cada organización política tiene su Administración Pública, de aquí que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, haya preferido hablar de «las Administraciones Públicas», distinguiendo tres niveles: Administración General del Estado, Administraciones de las Comunidades Autónomas, entidades que integren la Administración Local. A su vez, las Administraciones Públicas actúan directamente o a través de entidades que, dotadas de personalidad jurídica propia, de las mismas dependen, pudiendo tener forma jurídico-pública o jurídico-privada.

Valga esta breve nota para recordar el verdadero sentido del concepto Estado y extraer consecuencias del mismo. Ahora podemos regresar al texto del artículo 78, seis c), para, en relación con el artículo 44, cinco b), precisar el ámbito de los donatarios que determinan la exención en las transmisiones lucrativas *inter vivos*.

Advertimos inmediatamente que en el citado texto se toman por realidades distintas al Estado de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, y siendo así que constitucionalmente unas y otras no son sino la organización territorial del Estado, podríamos atisbar una deficiente expresión legal. Pero, aunque así fuere, carece de importancia, y en realidad debemos entender expresiva la diferenciación porque el Estado y su organización territorial son conceptos diferentes y distinguibles uno de otro.

En efecto, el Estado engloba a realidades indiscutibles no territoriales: La Justicia y las Cortes Generales, el Gobierno y también la Corona.

Pues bien, las donaciones a la Justicia, las Cortes Generales, el Gobierno y a la Corona, no determinarán ni incrementos ni disminuciones de patrimonio gravables.

Entendemos que hubiera sido más correcto mencionar, en lugar del Estado, a las organizaciones jurídico-políticas en el mismo comprendidas, porque hay un riesgo evidente de confundir Estado con Administración del Estado. Las donaciones a la Administración del Estado determinarán exención, pero también las realizadas a los órganos constitucionales citados.

Ahora bien, como ya sabemos la Administración del Estado no es monolítica, sino que actúa a través de diversas entidades: Organismos Autónomos, Entidades de Derecho Público que operan en régimen jurídico-privado, sociedades de capital público... . Y la pregunta es, ¿las citadas entidades son subsumibles bajo el concepto de Estado?

Desde una perspectiva sustancial, no habría ningún inconveniente en dar una respuesta afirmativa porque lo esencial no es la semántica, sino la realidad, y, en este sentido, al menos, bajo la expresión Estado deberían compendiarse la totalidad de las entidades administrativas públicas: Administración del Estado y sus Organismos Autónomos así como las Entidades de

Derecho Público que operan en régimen jurídico-privado. Sin embargo, desde una perspectiva sistemática tal vez debamos llegar a otra conclusión porque en otras parcelas de nuestro ordenamiento tributario se distingue entre el Estado y las entidades institucionales que del mismo dependen.

Así, el artículo 29 de la Ley 61/1978 distingue entre el Estado y los Organismos Autónomos, a efectos de la determinación de la exención subjetiva en el Impuesto sobre Sociedades, y el artículo 48.1.A a) del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales distingue, también a efectos de la exención, entre el Estado y la Administración Institucional, y, finalmente, lo propio hace el artículo 5.º de la Ley 30/1985, del Impuesto sobre el Valor Añadido, pues distingue entre el Estado y sus Organismos Autónomos.

De los artículos citados parece desprenderse que el término Estado no comprende a la Administración Institucional, por más que ésta no responda sino a una técnica organizativa de la Administración del Estado.

El mismo problema hallamos cuando nos centramos en las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales, pues unas y otras crean entidades institucionales para el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas.

2. La Cruz Roja Española.

En cuanto entidad perfectamente identificada no plantea problema alguno.

3. La Iglesia Católica.

Bajo la expresión Iglesia Católica o íntimamente relacionada con la misma, se agrupa una pluralidad de instituciones.

El artículo 4.º del Instrumento de ratificación del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos económicos de 3 de enero de 1974, considera incluidas bajo el concepto de Iglesia Católica a las siguientes entidades:

- La Santa Sede.
- La Conferencia Episcopal.

- Las diócesis.
- Las parroquias y otras circunscripciones territoriales.
- Las Ordenes y Congregaciones religiosas y los Institutos de vida consagrada, sus provincias y sus casas.

Por el contrario no podrán ser consideradas como Iglesia Católica aquellas entidades religiosas no comprendidas entre las anteriores, cualquiera que sea su finalidad o actividad.

4. Fundaciones y Asociaciones declaradas de utilidad pública.

Los derechos de fundación y asociación, constitucionalmente reconocidos, permiten la creación de uno y otro tipo de entidades. Ha de observarse que bastará, a los efectos de la inexistencia del incremento o de la disminución de patrimonio, respecto de las fundaciones que rindan cuentas en la forma legalmente establecida y respecto de las asociaciones que sean de utilidad pública, sin que sean necesarios ulteriores requisitos, contrariamente a la técnica seguida por el proyecto de ley «del Mecenazgo».

D. Exención en determinados contratos de renta vitalicia.

El contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere, desde luego, con la carga de la pensión (art. 1.802 del CC).

El contrato de renta vitalicia es rico en consecuencias fiscales, pues origina la transmisión de un bien desde el patrimonio del rentista al del pagador de la renta, la percepción por el primero de un conjunto de rentas y, finalmente, el fallecimiento del rentista extingue la obligación de pago de la renta, lo que también conlleva efectos en el pagador de la renta. Por todas estas razones, diversos artículos de la Ley 18/1991 se ocupan de este contrato. Bástenos ahora con señalar que, de acuerdo con las normas generales relativas a los incrementos y disminuciones de patrimonio, la transmisión que el rentista efectúa en favor del pagador de la renta puede determinar en el primero un incremento o una disminución de patrimonio. Pues bien, dichos incrementos o disminuciones de patrimonio no se integrarán en la base imponible cuando concurren las siguientes circunstancias:

- Que el bien objeto de la transmisión sea la vivienda habitual.
- Que el transmitente sea mayor de 65 años.

El objetivo de la norma es congruente respecto de los incrementos de patrimonio, pues sin esta exoneración no sería posible un contrato de renta vitalicia socialmente deseable. Sin embargo, respecto de las disminuciones de patrimonio, no se advierte la misma congruencia.

E. Entrega de bienes en pago de la deuda tributaria.

El artículo 59 de la Ley General Tributaria únicamente prevé el pago de la deuda tributaria en efectivo o mediante el empleo de efectos timbrados. El Reglamento General de Recaudación admite también el pago en especie, en los casos señalados por la ley, sin duda porque toma en consideración lo previsto en el artículo 73 de la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español, a cuyo tenor «el pago de la deuda tributaria del Impuesto sobre Sucesiones, del Impuesto sobre el Patrimonio y del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas podrá realizarse mediante la entrega de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español en la forma que reglamentariamente se determine». Finalmente, el artículo 97, tres, 6 de la Ley 18/1991 admite el pago de la deuda tributaria mediante la entrega de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español, limitándose a recordar lo previsto en el artículo 73 de la Ley 16/1985, de manera tal que no añade nada nuevo.

La entrega de estos bienes, en cuanto que constituye una transmisión onerosa determinante de una alteración en la composición del patrimonio, puede determinar un incremento o una disminución de patrimonio que no se integrarán en la base imponible.

La exclusión del incremento de patrimonio obedece a razones de política cultural. Seguramente se entiende que es bueno que los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español sean propiedad pública y de aquí que se conceda el beneficio fiscal de la exención para el incremento de patrimonio puesto de manifiesto con ocasión de la entrega en pago de la deuda tributaria. Por la misma razón, no se entiende bien por qué también se excluye de la integración en la base imponible a las disminuciones de patrimonio, pues de esta suerte se está induciendo un efecto desincentivador respecto de los bienes afectados por disminuciones de valor y que eventualmente podrían ser entregados en pago de la deuda tributaria.

Por último, desde la perspectiva de la equidad, la oportunidad de la exención examinada es opinable, porque se hace de mejor condición a los poseedores de unos determinados bienes, esto es, de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español que deseen saldar sus deudas tributarias mediante la entrega de los mismos. Cualquier otro bien, mueble, inmueble,

semoviente, valor o, inclusive, antigüedad no catalogada en el Patrimonio Histórico Español, es susceptible de embargo (art. 112 del RGR) y posterior enajenación por concurso o subasta pudiendo determinar incrementos o disminuciones de patrimonio que se integrarán en la base imponible.

Una cuestión que el texto legal no aclara es si la exención se predica respecto del pago en ambos períodos -voluntario y apremio- o solamente versa respecto del período voluntario. A nuestro entender el pago se produce en ambos períodos, por lo que la exención será válida en los dos.

F. Exenciones del artículo 9.º.

Examinadas en el Capítulo dedicado al hecho imponible, a él nos remitimos.

III. SUPUESTOS DE NO SUJECION

Son supuestos de no sujeción los previstos en los números tres y cuatro del artículo 44, pues todos ellos responden a la estructura de normas didácticas.

A. Disminuciones de patrimonio no justificadas.

El artículo 20 de la Ley 44/1978 excluyó del concepto de disminución de patrimonio a «los no justificados, cualquiera que sea su origen» y lo propio hizo el artículo 80.2 del Real Decreto 2384/1981, de 3 de agosto, por el que se aprobó el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. ¿Qué es una disminución de patrimonio no justificada?

Una contestación simple e inmediata consistiría en identificarla con una disminución de patrimonio insuficientemente probada. Si esto es así, no estaríamos sino ante un corolario de un principio general de la prueba: «Quien haga valer su derecho deberá probar los hechos normalmente constitutivos del mismo» (art. 114 de la LGT). A nuestro entender, la disminución no justificada se produce cuando el sujeto pasivo pretende computar una disminución de patrimonio en base a la desaparición de un bien patrimonial o al nacimiento de una obligación sin contrapartida, sin que resulte probada la anterior existencia del activo y su posterior desaparición o la existencia de la obligación nacida sin contrapartida.

B. El consumo.

Cuando el consumo supera a la renta el patrimonio disminuye. Pues bien, esta disminución carece de eficacia fiscal. Precisamente, uno de los problemas más típicos con los que se enfrenta el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas es distinguir entre gastos de consumo y gastos necesarios para la obtención de renta. Los gastos de consumo disminuyen el patrimonio o impiden la formación de un ahorro que lo aumente, en tanto que los gastos necesarios contribuyen a la formación de la renta. Aunque en teoría es fácil la distinción, en la práctica no lo es tanto, al menos en determinados casos, pero, una vez establecida, el gasto de consumo ni será fiscalmente deducible ni la disminución de patrimonio a que diere lugar será como tal considerada.

Cuestión diferente es si la destrucción de un elemento patrimonial destinado al consumo ha de considerarse disminución de patrimonio.

Para resolver satisfactoriamente esta cuestión debemos abordar otra, con carácter previo. Se trata de determinar si en la transmisión de elementos patrimoniales dedicados al consumo del sujeto pasivo pueden existir incrementos o disminuciones de patrimonio. A nuestro entender la respuesta debe ser positiva, habida cuenta que el artículo 50 predica la exención por reinversión respecto de los incrementos obtenidos en la enajenación de vivienda habitual. Pero no sólo la vivienda habitual, sino cualquier otro elemento patrimonial, aunque se halle destinado al consumo, es susceptible de determinar incrementos o disminuciones de patrimonio. Ahora bien, para calcular el incremento o la disminución de patrimonio no debemos computar, simplemente, como afirma el artículo 45, uno «la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión», pues en tal caso, supuesta la estabilidad de precios, siempre se produciría una disminución de patrimonio, que es, justamente, consecuencia de la depreciación del bien por su aplicación al consumo durante el tiempo de tenencia. Sobre este punto insistiremos al examinar el artículo 45.

Sentada la conclusión precedente no parece dudoso concluir que en el supuesto de siniestro de elementos patrimoniales destinados al consumo se produce una disminución patrimonial, cuyo cálculo, sin embargo, no ha de estar exento de problemas, según expondremos al analizar el artículo 45.

Un supuesto semejante en sus consecuencias patrimoniales, aunque diverso por su origen, es aquel en que se produce el nacimiento de una obligación a cargo del sujeto pasivo sin contrapartida patrimonial, es decir, el patrimonio se ve gravado por razón de una obligación sin que exista la entrada de un correlativo elemento patrimonial o la extinción de una deuda.

Si la causa de la obligación reside en la liberalidad del sujeto pasivo, no tendrá dicha obligación la consideración de disminución de patrimonio [art. 44, tres b)], pero si la causa de la obligación es otra la solución también puede serlo.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 1.089 del Código Civil, «las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia».

Las obligaciones nacidas de actos u omisiones ilícitos o en que interviene cualquier género de culpa o negligencia, así como en determinados casos las obligaciones legales no tienen contrapartida patrimonial, y, evidentemente, para el sujeto pasivo suponen un quebranto, en términos amplios, ¿constituye este quebranto una disminución de patrimonio?

Verdaderamente no existe un precepto que niegue a las obligaciones nacidas de actos u omisiones ilícitas o negligentes la consideración de disminución de patrimonio, aunque parece meridiano que no deben tener tal calificación. En este sentido, nos inclinamos por entender que estos supuestos pueden caer bajo el concepto de disminuciones de patrimonio no justificadas.

Más problemático resulta lo concerniente a las obligaciones nacidas de la ley, entre ellas los tributos en general.

Mediante ley se pueden imponer prestaciones patrimoniales de carácter público (art. 21.3 Constitución), que, indudablemente, suponen quebrantos para los sujetos afectados y, por supuesto, tributos.

Respecto de los tributos, en primer término habremos de determinar si están asociados a una determinada fuente de rendimiento, en cuyo caso habrá de estarse a lo que en la regulación del mismo se disponga (así, por ejemplo, la deuda del IBI es gasto fiscalmente deducible, art. 35 B), y, en segundo término, explorar su asociación con el consumo. Fuera de estas dos posibilidades, hay una verdadera laguna legal que nos inclinamos a colmar en base a una asociación finalista de los tributos, en general, con el consumo, en cuanto pagos para la financiación de las necesidades colectivas.

En cuanto a las obligaciones legales no tributarias es preciso determinar previamente la causa de cada una en particular para establecer un pronunciamiento certero, si bien entendemos trasladable el criterio expresado respecto de los tributos.

C. Donativos o liberalidades.

Los actos de liberalidad determinan un empobrecimiento en quien los efectúa y un correlativo enriquecimiento en el beneficiario. El patrimonio del donante sufre una disminución, que, sin embargo, no se considerará como tal a efectos fiscales. Sin embargo, sí puede darse un incremento o una disminución de patrimonio por diferencia entre el valor de adquisición del bien donado y el valor que tuviere a efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (art. 47).

D. Pérdidas en el juego.

La renta aplicada al juego es, realmente, una renta destinada al consumo, y, por consiguiente, es perfectamente lógico que las pérdidas patrimoniales por este concepto no se consideren, a efectos fiscales, disminuciones de patrimonio.

Por el contrario, las ganancias del juego y, en general, del azar son incrementos de patrimonio, como lo prueba el que algunos de ellos se declaren exentos [art. 9.º, uno b), g) h), i)].

E. División de la cosa común.

La división de la cosa común es un derecho que tienen todos los copropietarios de la cosa común, pues, según el artículo 400 del Código Civil, «cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común».

Es lógico que en tal supuesto no exista ni incremento ni disminución de patrimonio, porque la alteración en la composición del patrimonio es muy débil si es que se produce. En efecto, una cuota ideal de propiedad se concreta en una cosa determinada que formaba parte de la cosa objeto de la división.

La norma comentada afecta expresamente a la copropiedad y de aquí que debamos preguntarnos por las restantes formas de comunidad, pues, en efecto, la copropiedad no es sino una forma particular de la comunidad.

F. Disolución de comunidades de bienes y separación de comuneros.

Existe comunidad cuando un derecho o un conjunto de derechos están atribuidos a una pluralidad de sujetos, correspondiéndoles en común (Castán). Se advierte, entonces, que la comunidad es el género en tanto que la copropiedad o condominio es la especie. Pues bien, tampoco en la disolución de comunidades o separación de comuneros se producen incrementos o disminuciones de patrimonio [art. 44, cuatro c)]. Ahora bien, el espacio jurídico ocupado por las comunidades de bienes es muy extenso y tal vez, en algunos casos, se presta a la confusión.

Nuestro campo de estudio limita con la disolución de sociedades y la división de la cosa común. En la disolución de sociedades es meridiano que el socio obtiene un incremento o una disminución de patrimonio por diferencia entre el valor de la cuota de liquidación social y el de los bienes recibidos [art. 48, uno e)]; y en la división de la cosa común, como ya sabemos, no existe ni incremento ni disminución de patrimonio [art. 44, cuatro a)]. Entre ambos límites se sitúan las comunidades de bienes, cuya disolución tampoco da lugar a incrementos o disminuciones de patrimonio en sede de los socios.

1. El contrato de sociedad.

La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de repartir entre sí las ganancias (art. 1.665 del CC).

Dice Castán que distinguir entre la comunidad o su especie la copropiedad y la sociedad, producto del contrato del mismo nombre, es en extremo difícil, porque, internamente, es decir, en las relaciones que median entre los socios, el patrimonio social es objeto de una forma especial de comunidad. Una citadísima Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1940 puso la línea diferencial en la finalidad perseguida por las partes, que en la sociedad sería el ánimo de lucro y en la comunidad la mera conservación y aprovechamiento de la cosa común.

Supuesto que la sociedad disfrute de personalidad jurídica, la cuestión está resuelta por el artículo 48, uno e), de tal modo que la separación del socio puede dar lugar a un incremento o a una disminución de patrimonio en sede del mismo. Mas, si carece de personalidad jurídica, nos hallamos ante una hipótesis diferente. En efecto, el artículo 48, uno e) se refiere a la disolución o separación de sociedades que tributen por el Impuesto sobre Sociedades, puesto que hace alusión a la tributación que a las mismas pueda corresponder derivada de tales actos: «sin perjuicio de los correspondientes a la sociedad». Pero las sociedades que no disfrutaran de personalidad jurídica no tributan por el Impuesto sobre Sociedades.

Carece de personalidad jurídica la sociedad civil cuyos pactos no son públicos y, en general, las sociedades mercantiles cuyas escrituras constitutivas no han sido inscritas en el Registro Mercantil. Estas sociedades no tributan por el Impuesto sobre Sociedades, sino que lo hacen en régimen de atribución (art. 10). La cuestión planteada es si la disolución de las mismas determina en los socios un incremento o una disminución de patrimonio.

Si pudiéramos reconducir el contrato de sociedad a la letra c) del número cuatro del artículo 44, la cuestión quedaría inmediatamente resuelta: No existiría incremento o disminución de patrimonio en la persona del socio. Pero, como ya hemos expuesto, por más que sea difícil distinguir entre la sociedad y la comunidad de bienes ambas instituciones son diferentes y de ahí nuestro problema.

El patrimonio aportado -puesto en común- en una sociedad civil carente de personalidad jurídica produce frutos que, fiscalmente, son atribuidos a los socios en virtud del mecanismo de atribución (art. 10), pero también los elementos integrantes del patrimonio aportado pueden sufrir variaciones de valor y, además, ser sustituidos por otros elementos diferentes que, igualmente, varían de valor de tal modo que la disolución de la sociedad y partición del patrimonio social determine en el socio la percepción de unos bienes diferentes de los aportados, tanto por naturaleza como por valor.

La sustitución en el patrimonio del socio del conjunto de derechos inherentes a esa cualidad de socio por unos bienes concretos determina, a nuestro entender, una alteración en la composición de un patrimonio. Ciertamente que, careciendo la sociedad de personalidad jurídica no existirá una transmisión desde el patrimonio social al patrimonio del socio, sino más bien una especificación de derechos, pero, obsérvese bien, el incremento o la disminución de patrimonio deriva de «cualquier alteración en la composición de patrimonio» (art. 44, uno), y la especificación de derechos lo es.

El acto divisorio de un patrimonio social no puede ser calificado de traslativo, pero tampoco de meramente declarativo, porque el patrimonio social está sometido a un régimen jurídico propio que le distingue y separa del patrimonio de cada socio. En efecto, cada socio es deudor a la sociedad de lo que ha prometido aportar a ella (art. 1.681 del CC); devengándose intereses de demora respecto de las deudas por aportaciones en dinero (art. 1.682 del CC), y el riesgo de las cosas aportadas fungibles es de la sociedad y también de las no fungibles, excepto que se aportaran para que sólo sean comunes su uso y sus frutos (art. 1.687 del CC). El acto de división del patrimonio social transforma el derecho de socio en un derecho de propiedad sobre bienes concretos, y en ello consiste la especificación, que, como se aprecia, determina una alteración en la composición del patrimonio.

La argumentación iusprivatista conduce a la existencia de un incremento o de una disminución de patrimonio, pero cuando buscamos las normas para su cuantificación nos

hallamos ante una notable indefinición, pues al no estarse en presencia de una transmisión onerosa o lucrativa ni de un supuesto específicamente regulado, nos encontramos, de lleno, inmersos ante la necesidad de aplicar lo previsto en el artículo 45, uno b), en el que difícilmente encaja nuestro supuesto.

Esto nos debe sugerir la necesidad de enfocar la cuestión desde otro punto de vista, pero antes de hacerlo creemos que es más útil examinar otros supuestos conflictivos y formular una teoría unitaria respecto de los mismos.

2. La sociedad civil con personalidad jurídica.

La sociedad civil tiene personalidad jurídica si sus pactos son públicos (art. 1.669 del CC). Esta circunstancia aleja a la sociedad civil de la figura de la comunidad de bienes, de tal modo que difícilmente puede tratarse su disolución como el de la disolución de una comunidad de bienes.

3. Herencia yacente.

Desde el momento del fallecimiento del causante hasta el de la aceptación y posterior partición de la herencia, cuando hay más de un heredero, la herencia yacente constituye una forma de cotitularidad y de comunidad de bienes (Castán). Ciertamente que se discute si esta especial comunidad es una copropiedad o condominio de tipo romano o más bien se trata de una copropiedad en mano común, postura esta última que parece ser la más cierta, desde el punto y hora en que el Tribunal Supremo ha venido declarando que «cada coheredero podrá enajenar la parte alícuota indivisa que le corresponda en la herencia, pero no la parte proporcional que pueda corresponderle en bienes concretos y determinados que formen parte de la misma», pero, obsérvese bien, a los efectos de nuestro problema, ambas soluciones son indiferentes porque el artículo 44, cuatro c) se refiere a las comunidades de bienes, sin precisar si éstas son las de tipo romano o germánico.

4. Las instituciones de inversión colectiva.

Las instituciones de inversión colectiva son entidades que captan públicamente fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos, mediante fórmulas jurídicas distintas del contrato de sociedad (art. 1.º Ley 46/1984, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva). Por su forma jurídica, cabe distinguir entre Sociedades de Inversión y Fondos de Inversión. Estos últimos son, en realidad, comunidades de bienes sometidas a un régimen

jurídico especial. En efecto, según el artículo 20, uno, de la Ley 46/1984 «el patrimonio del Fondo estará dividido en participaciones, de iguales características, que confieren a sus partícipes un derecho de propiedad sobre el Fondo» y los Fondos son «patrimonios pertenecientes a una pluralidad de inversores» (art. 2.º, dos) que se constituyen «mediante la efectiva puesta en común de los bienes que integren su patrimonio» (art. 17). Así pues, no parece dudoso que los Fondos son verdaderas comunidades de bienes.

¿Cuando se disuelve el Fondo, existe o no un incremento de patrimonio o una disminución en sede del partícipe?

Si examinamos la fiscalidad de las instituciones de inversión colectiva, actualmente regulada en los artículos 34, 34 bis, 35 y 35 bis de la Ley 46/1984, nos encontraremos con un vacío. En efecto, en la misma se prevén los casos de distribución de resultados, reembolso de participaciones y transmisión de participaciones, pero no el caso de disolución. Ante este vacío caben dos soluciones. Aplicar las normas generales del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y, alternativamente, establecer una solución en base a los principios reguladores de la fiscalidad de las instituciones de inversión colectiva.

Aplicando las normas generales llegaríamos a la conclusión de que nos encontramos ante una disolución de una comunidad de bienes y, por tanto, no existirían ni incrementos ni disminuciones de patrimonio; en tanto que por el camino de extraer conclusiones de los principios que rigen la fiscalidad de las instituciones de inversión colectiva deberíamos entender que el acto de adjudicación constituye el último reembolso y, por consiguiente, podríamos determinar un incremento o una disminución de patrimonio, puesto que en el reembolso así se hace, tomando la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y el valor de reembolso, si bien ha de reconocerse que esta interpretación, sobre estar próxima a la analogía, tiene el inconveniente de que el artículo 47.2 del Real Decreto 1393/1990, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 46/1984, establece que «una vez disuelto el Fondo se abrirá el período de liquidación quedando suspendido el derecho de reembolso».

El estudio del contrato de sociedad, la sociedad civil, la herencia yacente y las instituciones de inversión colectiva nos pone de manifiesto que tan sólo respecto de la herencia yacente podemos establecer un criterio inequívoco en el sentido de que su disolución no dará lugar a la existencia de incrementos o disminuciones de patrimonio en los herederos. En los restantes supuestos no podemos, por el contrario, ofrecer una solución exenta de dudas, pero nos inclinamos a entender que cuando la entidad que se disuelve tributa por el Impuesto sobre Sociedades el socio o partícipe puede tener un incremento o una disminución de patrimonio en tanto que se aplicará lo previsto en el artículo 44, cuatro c) en los demás supuestos, esto es, cuando no tribute por el Impuesto sobre Sociedades el sujeto de derechos que se disuelve. Así pues, en los casos del contrato de sociedad que no determina la existencia de una persona

jurídica y de la sociedad civil, aunque tuviere personalidad jurídica, entendemos que la división y adjudicación del patrimonio social no determina la existencia de incrementos o disminuciones de patrimonio, en tanto que sí los determinará la disolución y partición del patrimonio de una institución de inversión colectiva aun cuando carezca de personalidad jurídica.

La razón que justifica nuestro criterio reside en que las entidades que no tributen por el Impuesto sobre Sociedades atribuyen las rentas que obtienen a sus «socios, herederos, comuneros o partícipes» y que estas rentas tendrán «la naturaleza derivada de la actividad o fuente de donde procedan» (art. 10), de donde se deriva que existe una perfecta comunicación, a efectos fiscales, entre los partícipes y la entidad, lo que vendría a relativizar la alteración en la composición de patrimonio que se produce como consecuencia de la disolución, al menos desde una perspectiva jurídica. Desde una perspectiva económica tal vez debería llegarse a la solución contraria. En efecto, en esta perspectiva lo que cuenta es la naturaleza del riesgo asumido en cada inversión, de modo que cuando varía el riesgo la inversión ha de entenderse liquidada y, por lo tanto, procede calcular la ganancia o pérdida habida en la misma, esto es, en términos fiscales, procede calcular el incremento o la disminución de patrimonio. Bajo tal consideración la extinción del contrato de sociedad sí determina un cambio de riesgo, porque el sujeto pasivo abandona su participación en el patrimonio común y obtiene un capital que afectará a otro riesgo diferente, y lo mismo podemos decir de la extinción de la sociedad civil con personalidad jurídica.

Bien se comprende, sin embargo, que el artículo 44, cuatro se expresa en términos estrictamente jurídicos, puesto que acude a conceptos jurídico-privados, y, por consiguiente, debemos abandonar la interpretación económica.

G. Disolución de la sociedad de gananciales y extinción del régimen económico matrimonial de participación.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.344 del Código Civil, la doctrina civilista viene entendiendo que la sociedad de gananciales es una comunidad de tipo germánico, de ahí la coherencia del artículo 44, cuatro b), en relación con la letra c).

El régimen de participación (arts. 1.411 del CC y ss) determina, en cada cónyuge, un derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente. La extinción de este régimen, coherentemente con lo previsto para la comunidad de bienes en general, no determina ni incrementos ni disminuciones de patrimonio.

H. La reducción del capital social.

La letra d) del artículo 44 regula la reducción del capital social, estableciendo tres mandatos concatenados entre sí:

- En los supuestos de reducción del capital social no existe incremento ni disminución de patrimonio.
- En los supuestos de reducción del capital social con devolución de aportaciones, el importe de las mismas minorará el valor de adquisición de los valores afectados hasta su anulación.
- El exceso que, en su caso, pudiera resultar, tributará como rendimiento del capital mobiliario.

El estudio de esta novedosa norma debe ir precedido de unas leves nociones jurídico-mercantiles sobre las operaciones de reducción del capital social.

La reducción del capital es una modificación estatutaria que implica la disminución de la cifra de capital social plasmada en los estatutos (T. Martínez Fernández). Esta modificación estatutaria puede determinar una disminución en el patrimonio de la sociedad (reducción efectiva) o dejar inalterado el citado patrimonio (reducción contable). La reducción del capital social siempre afecta a las acciones, en cuanto partes alícuotas del mismo.

Las nociones expuestas nos permiten confeccionar el mapa de casos posibles, considerando, al tiempo, los efectos patrimoniales y las formas en cómo la reducción del capital social afecta a las acciones.

Reducciones de capital según su relación con el patrimonio social (art. 163 LSA)	No afectan al patrimonio social	<ul style="list-style-type: none"> Constitución o incremento de la reserva legal o de reservas voluntarias. Restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio disminuido por consecuencia de pérdidas.
	Afectan al patrimonio social	<ul style="list-style-type: none"> Devolución de aportaciones. Condonación de dividendos pasivos.

Reducciones de capital según sus formas respecto de las acciones (arts. 163 y 170 LSA)	Formas directas	<ul style="list-style-type: none"> Disminución del valor nominal de las acciones. Amortización de las acciones. Agrupación de las acciones para canjearlas.
	Formas indirectas	<ul style="list-style-type: none"> Adquisición por la sociedad de sus propias acciones.
Reducciones de capital según su efecto en los socios (art. 164 LSA)	<ul style="list-style-type: none"> Afectan por igual a todos los socios. No afectan por igual a todos los socios. 	

Combinando todas las clases de reducciones del capital social nos encontramos con 32 casos posibles, cuyo estudio resultaría abrumador, y de aquí que entendamos más apropiado centrarnos en los verdaderamente relevantes, que, a nuestro entender, son:

- Reducción de capital con devolución de aportaciones, realizada de manera igualitaria y no igualitaria.
- Reducción de capital mediante compra de acciones propias, realizada de manera igualitaria y no igualitaria.
- Reducción de capital para restituir el equilibrio patrimonial.
- Reducción del capital mediante amortización de acciones.

1. Reducción de capital con devolución de aportaciones realizada de manera igualitaria.

En este caso, en el que también podemos englobar el supuesto de condonación de dividendos pasivos, el accionista no obtiene ni incrementos ni disminuciones de patrimonio, así como tampoco rendimientos del capital mobiliario. El importe recibido minora, a efectos fiscales, el valor de adquisición de las acciones y cuando dicho valor resultare negativo, la diferencia será calificada como rendimiento del capital mobiliario.

El tratamiento fiscal de la reducción del capital con devolución de aportaciones es plenamente respetuoso con la significación formal de la misma. En efecto, puesto que el socio recibe el capital que ha aportado, su recuperación no debe tener trascendencia alguna en un tributo que grava la renta. No obstante, si las acciones han sido adquiridas secundariamente bajo la par, se podrá recibir lo que no se aportó y a ese importe lo califica el legislador de rendimiento del capital mobiliario.

Reconocida la bondad de la regulación fiscal respecto de la significación jurídico-formal de la reducción de capital con devolución de aportaciones, debemos plantearnos si dicha bondad es también predicable desde una perspectiva financiera.

Jurídicamente podemos distinguir entre aquellos flujos financieros desde la sociedad al socio según que provengan del reparto de dividendos, reservas, prima de emisión, reducción del capital, adquisición de acciones propias..., pero financieramente no. Es totalmente indiferente al inversor el concepto por el que recibe una determinada cantidad. Lo único relevante es la cantidad recibida y los efectos económicos de la distribución de la misma sobre el valor de la participación.

Veamos un ejemplo.

Sea la Sociedad XX y los socios A, B y C, todos con el mismo grado de participación:

Balance XX (en millones)

Activo	580	Capital (100 x 1 nominal) ...	100
		Reservas	400
		Pérdidas y Ganancias	80
	<hr/>		<hr/>
	580		580

Los socios desean retirar 60 millones. Si lo hacen en concepto de dividendo estaremos ante un rendimiento del capital mobiliario que se integrará en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y lo mismo sucederá si reparten las reservas, es decir, de dividendo con cargo a reservas. Por el contrario, si lo hacen bajo la forma de reducción del capital no existirá tributación excepto que el importe distribuido supere el valor de adquisición de la participación, minorado, en su caso, en el importe de anteriores devoluciones de aportaciones. No es dudoso que, a igualdad de las restantes circunstancias, la conducta racional del contribuyente es distribuir el importe deseado por el cauce de una reducción del capital social.

Los partidarios de la neutralidad impositiva no han de ver con buenos ojos esta norma. ¿Está, acaso, la solución teórica en postular el gravamen de las cantidades recibidas por vía de reducción del capital cual si se tratase de dividendos distribuidos con cargo a beneficios o a reservas? Entendemos que no.

Lo correcto es gravar en concepto de rendimiento del capital mobiliario la diferencia existente entre el importe recibido como devolución de aportaciones y el importe de la depreciación que, en su caso, sufra la participación. Naturalmente, esa cantidad será diferente para cada socio pues dependerá del valor de adquisición de la participación.

Retornemos al ejemplo propuesto:

	Valor adquisición	Reducción de capital	Valor ex-ante de la participación	Valor ex-post de la participación	Depreciación	Renta obtenida
<i>Socio A</i>	33,33	20	193,33	173,33	–	20
<i>Socio B</i>	180	20	193,33	173,33	6,66	13,33
<i>Socio C</i>	198	20	193,33	173,33	24,66	–

Ahora bien, la correcta medición de la renta es en exceso complicada para sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y, tal vez por ello, el legislador ha preferido una regulación más sencilla, congruente con la regulación jurídico-mercantil, aunque, ciertamente, a costa de padecer un cierto diferimiento del tributo.

Como es sabido, el aumento del capital social puede realizarse mediante transformación de reservas o beneficios que ya figuraban en el patrimonio social (art. 151.2 de la LSA). Cuando el capital social ha sido aumentado en la forma expuesta, cabe inquirir si su posterior reducción recibirá el tratamiento previsto en la letra d) del apartado cuatro del artículo 44. A nuestro entender la clave reside en resolver la siguiente pregunta: ¿Estamos ante una reducción del capital social que «tenga por finalidad la devolución de aportaciones»?

Si la aportación es la transmisión de un bien o un derecho desde el patrimonio del socio al de la sociedad, nos parece que en el caso de un capital constituido por el traspaso de beneficios acumulados no puede propiamente hablarse de aportaciones. Ahora bien, como quiera que el artículo 163 de la Ley de Sociedades Anónimas establece unas finalidades creadas para la reducción del capital social, y de todas ellas la que mejor cuadra al caso es la relativa a la devolución de aportaciones, podría sostenerse la opinión contraria. Por otra parte, si los socios han adquirido sus acciones después de la constitución de las reservas traspasadas al capital social, la tesis de que estamos ante una devolución de aportaciones quedaría reforzada.

La regulación de las operaciones de reducción del capital social contenida en el artículo 44, cuatro d) deja un portillo abierto a las distribuciones subrepticias de beneficios es verdad, pero no debemos olvidar que esos beneficios ya han tributado por el Impuesto sobre Sociedades y que es comprensible que el sujeto pasivo trate de evitar la doble imposición de dividendos.

2. Reducción de capital con devolución de aportaciones realizada de manera no igualitaria.

La reducción de capital que implique amortización de acciones mediante reembolso a los accionistas puede no afectar por igual a todas las acciones y, por consiguiente, a todos los accionistas (art. 164.3 de la LSA).

Como consecuencia de una reducción del capital social no igualitaria, unos socios pueden perder porcentaje de participación que será correlativamente ganado por otros. En tal hipótesis, la reducción del capital social no tiene por finalidad la devolución de aportaciones sino la separación total o parcial del socio, y de aquí que, a nuestro parecer, no proceda la aplicación del artículo 44, cuatro d) sino la del artículo 48, uno e) en cuanto a la parte de reducción de capital que sea determinante de separación.

Retornemos, una vez más, al ejemplo propuesto, y añadamos que la reducción del capital social se lleva a cabo mediante sorteo, afectando a las acciones de la serie A, que se repartían de la siguiente manera:

- Número de acciones a amortizar (20 x 1 nominal).
- Socio A: 8; cantidad devuelta: 10 (3 x 1).
- Socio B: 5; cantidad devuelta: 3 (3 x 1).
- Socio C: 7; cantidad devuelta: 7 (5 x 1).
- Porcentaje de participación de cada socio:

	N.º acciones ex-ante	N.º acciones ex-post	Porcentaje ex-ante	Porcentaje ex-post	Disminución
<i>Socio A</i>	33,33	23,33	33,33	29,16	- 4,17
<i>Socio B</i>	33,33	30,33	33,33	37,91	+ 4,58
<i>Socio C</i>	33,33	26,33	33,33	32,91	- 0,41

Los socios *A* y *C* se han separado parcialmente de la sociedad en los porcentajes de 4,17 y 0,41, respectivamente, en tanto que el socio *B* ha ganado porcentaje de participación.

La reducción de capital social realizada en las condiciones del ejemplo tiene un doble tratamiento. Por la parte que implica una devolución de aportaciones igualitaria se aplicará lo previsto en el artículo 44, cuatro d), en tanto que por aquella otra parte que determine una separación parcial se aplicará lo previsto en el artículo 48, uno e):

	Valor adquisición	Valor adquisición porcentaje pérdida	Reducción igualitaria	Reducción no igualitaria	Incremento o disminución
<i>Socio A</i>	33,33	3,33 [4,17 x (33,33 – – 6,66)/33,33]	6,66	3,33 (10 – 6,66)	0
<i>Socio B</i>	180	–	6,66	– 3,66 (6,66 – 3)	(no existe)
<i>Socio C</i>	198	2,35 [0,41 x (198 – – 6,66)/33,33]	6,66	0,33 (7 – 6,66)	(2,02)

Así pues, el socio *A* tiene un incremento de 0 pesetas, porque había adquirido su participación al nominal, el socio *B* no liquida ni incrementos ni disminuciones pues no se separa de la sociedad y el socio *C* tiene una disminución de patrimonio, puesto que había adquirido su participación por encima de la par.

Adviértase que las reducciones de capital no igualitarias, aunque jurídicamente posibles, pueden envolver una transmisión patrimonial lucrativa en favor de los socios que, como consecuencia de la misma, aumentan su porcentaje de participación. Para que esto sea así se precisa la concurrencia del ánimo de liberalidad. No obstante, cuando la reducción del capital social determine la pérdida de porcentaje de participación en unos socios y la correlativa ganancia del citado porcentaje se produzca en las personas del cónyuge, descendientes, herederos o legatarios, será de aplicación la presunción de existencia de transmisión lucrativa a que se refiere el artículo 4.º, 1 de la Ley 29/1987, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Ahora bien, la aplicación de esta presunción determina que para calcular el incremento o la disminución de patrimonio en los socios que pierden participación no tomamos como minuendo el importe de la reducción de capital que excede de la parte calificable como

reducción igualatoria, sino el valor real del porcentaje de participación cedido que, por otra parte, será el que deba tributar en los socios adquirentes por el concepto de Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Retornemos, otra vez, al ejemplo propuesto. Si el valor real de cada acción es 9, siendo 1 el nominal, los socios *A* y *C*, a los que asignamos la cualidad de ascendientes del socio *B*, tendrán la siguiente tributación:

	Valor adquisición	Valor transmisión	Incremento
<i>Socio A</i>	3,33	33,33 (10 x 3,33)	30
<i>Socio C</i>	2,35	3,33 (10 x 0,33)	0,98

El socio *B* obtendrá un incremento de patrimonio que deberá tributar por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones de 36,66 (3,66 x 10).

La reducción de capital no igualitaria puede ir acompañada de la entrega de bonos de disfrute. Los bonos de disfrute entregados a los titulares de acciones amortizadas en virtud de reembolso no atribuyen el derecho de voto, dice el artículo 48.3 de la Ley de Sociedades Anónimas, dando a entender que, por el contrario, sí dan los denominados derechos económicos. El bono de disfrute compensa la pérdida de grado de participación derivada de una reducción del capital social con amortización de acciones.

¿Cómo califica la Ley 18/1991 a esta operación? No es fácil dar una contestación precisa porque enseguida observamos que se dibujan dos posibilidades, diametralmente opuestas.

La primera consistiría en asignar al bono de disfrute la función de reconducir la reducción no igualitaria del capital social a una reducción igualitaria. En este caso se aplicaría lo previsto en el artículo 44, cuatro d).

La segunda consistiría en asignar al bono de disfrute la función de contravalor respecto de la separación, total o parcial, del socio, en cuyo caso se aplicaría lo previsto en el artículo 48, uno e).

La ley guarda silencio sobre el particular, pero puesto que el bono de disfrute confiere derechos económicos respecto de los beneficios y el patrimonio de la sociedad, no parece que se haya producido una separación en sentido económico, aunque sí, desde luego, por lo que se

refiere a los derechos políticos. En suma, no existiendo separación económica, nos inclinamos por entender que el importe de las aportaciones devueltas puede aplicarse a reducir el valor de adquisición de las acciones efectuadas y que los bonos de disfrute recibidos no motivan efecto fiscal inmediato alguno hasta tanto en cuanto no se ejerciten los derechos inherentes a los mismos.

3. Reducción del capital social mediante adquisición de acciones propias, realizada de manera igualitaria.

La sociedad tiene vedada la adquisición originaria de sus propias acciones (art. 74 de la LSA), en tanto que la adquisición derivativa puede realizarla cumpliendo los requisitos previstos en el artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas y no en cantidad libre, pues «el valor nominal de las acciones adquiridas, sumándose al de las que ya posean la sociedad y sus sociedades filiales no (puede exceder) del 10 por 100 del capital social» (art. 75.2.º de la LSA). Sin embargo, ninguna cortapisa o restricción existe para que la sociedad adquiera sus propias acciones cuando dicha adquisición se realice «en ejecución de un acuerdo de reducción del capital adoptado por la Junta General de la sociedad» [art. 77 a) de la LSA].

La adquisición de acciones propias se configura como una fase previa y prevista del procedimiento de reducción del capital social. Por consiguiente, desde la perspectiva jurídico-mercantil es perfectamente posible y necesario distinguir entre la adquisición de acciones propias en sentido amplio y la adquisición de acciones propias como ejecución de un acuerdo previo de reducción del capital social.

¿Qué trascendencia tiene esa distinción en el ámbito jurídico-fiscal? Es difícil responder a esta pregunta porque la Ley 18/1991 no se ha ocupado expresamente de este supuesto. Podría ser admisible distinguir entre la adquisición de acciones propias en general y la adquisición de acciones propias previo acuerdo de reducción del capital social, pero también podría ser igualmente admisible obviar tal distinción porque, en definitivas cuentas, el socio en ambos casos transmite las acciones recibiendo su importe o metálico. Sin embargo, aun admitiendo como válida esta segunda posición, todavía quedarían por resolver varias cuestiones, porque, en efecto, no es lo mismo recibir el precio de un tercero que recibirlo directamente de la sociedad, pues cuando se recibe de la sociedad esta última está entregando por esa vía al socio el capital y las reservas que le corresponden, lo que es de gran importancia en lo concerniente a la deducción por doble imposición de dividendos.

Quienes consideran válida, a efectos fiscales, la distinción a la que nos venimos refiriendo deben, además, decidir el tratamiento que corresponde al exceso sobre el nominal del precio percibido, pues es obvio que ese exceso no corresponde a devolución de aportaciones.

Expuestos los escenarios posibles, vamos a proponer y resolver un *supuesto práctico* en sede de cada uno de ellos.

Sea la Sociedad XX, cuya Junta General acuerda reducir el capital social en 50 (millones) y, a tal efecto, adquirir acciones propias pagando su valor teórico. El capital social está dividido entre los socios A (20%) que adquirió su participación por 20 (millones), B (40%) que adquirió su participación por 60 (millones) y C (20%) que adquirió su participación por 50 millones.

Balance Sociedad XX (antes de la adquisición de acciones propias) (en millones)

Activo	200	Capital (100 acciones de valor nominal un millón)	100
		Reservas	100
	200		200

Asientos de compra de acciones propias y reducción del capital social:

_____	x	_____	
100 Acciones propias			
	a	Activo	100
_____	x	_____	
50 Capital			
50 Reservas			
	a	Acciones propias	100
_____	x	_____	

Seguidamente determinamos los efectos de la operación respecto de los socios, bajo los tres criterios que se nos aparecen como posibles: Reducción de capital con devolución de aportaciones [art. 44, cuatro d)], transmisión de acciones [art. 48, uno a) y b)], y reducción de capital unida a una distribución de reservas:

1'. Tesis de la reducción de capital con devolución de aportaciones [art. 44, cuatro d)].

Entendemos que solamente puede aplicarse a la disminución del valor de adquisición aquella parte del precio que se corresponde con el valor nominal. La calificación del exceso es dudosa, pudiendo considerarse, tanto rendimiento del capital mobiliario como incremento de patrimonio.

2'. Tesis de la transmisión de acciones [art. 48, uno a) y b)].

Cada socio obtiene un incremento o una disminución de patrimonio por diferencia entre el precio de adquisición y el importe recibido.

3'. Tesis de la distribución de reservas.

La parte del precio que se corresponde con el nominal se aplica a la minoración del valor de adquisición de las acciones y el exceso se considera como un dividendo distribuido con cargo a reservas.

En el ejemplo propuesto, cada una de las tesis propuestas determinaría los siguientes resultados:

	Precio Adquisición	Importe recibido	Tesis del art. 44, cuatro d)	Tesis del art. 48, uno a)	Tesis de la distribución de reservas
<i>Socio A</i>	10	20	Minoración del valor de adquisición: 10 Rendimiento o incremento de patrimonio: 10	Incremento de patrimonio: 10	Minoración del valor de adquisición: 10 Rendimiento del capital mobiliario: 10
<i>Socio B</i>	30	40	Minoración del valor de adquisición: 20 Rendimiento o incremento de patrimonio: 20	Incremento de patrimonio: 10	Minoración del valor de adquisición: 20 Rendimiento del capital mobiliario: 20
<i>Socio C</i>	25	20	Minoración del valor de adquisición: 10 Rendimiento o incremento de patrimonio: 10	Incremento de patrimonio: 5	Minoración del valor de adquisición: 10 Rendimiento del capital mobiliario: 10

Es difícil pronunciarse acerca de la validez de alguno de los tres criterios expuestos en el marco de la legislación vigente, pero en el plano estrictamente financiero nos parece que el criterio correcto es el señalado en tercer lugar, en particular, tratándose de adquisiciones de acciones propias que afecten a todos los socios en proporción directa a su participación en el capital social.

En efecto, el socio recibe parte del capital social y de las reservas a través del precio de venta de las acciones y como quiera que conserva tras la operación idéntico porcentaje de participación, continúa el vínculo social con la misma estructura que tenía antes de realizarse la misma.

Sin embargo, no creemos que éste sea el criterio legalmente establecido porque la consecuencia lógica del mismo es la aplicación de la deducción por doble imposición de dividendos, pero el artículo 36 del Real Decreto 1841/1991, de 30 de diciembre, guarda silencio sobre el particular, a menos que se entienda aplicable el apartado cinco de dicho artículo, relativo a los «dividendos no estrictos».

El criterio consistente en asimilar la operación de adquisición de acciones propias a cualquier otra transmisión de acciones tiene la ventaja de su sencillez, pero a nadie debe ocultársele que, por virtud de la aplicación de los porcentajes reductores (art. 45), puede convertirse en un instrumento de distribución de reservas sin carga tributaria alguna.

Otro inconveniente de este criterio reside en que los accionistas que han adquirido sobre el valor teórico podrían determinar disminuciones de patrimonio ficticias, pero este efecto podría ser atajado mediante la técnica de las operaciones vinculadas.

Finalmente, el criterio consistente en aplicar lo previsto en el artículo 44, cuatro d) a la parte del precio equivalente al valor nominal y el exceso considerarlo sea como rendimiento sea como incremento, es idéntico al criterio señalado en tercer lugar, supuesto que prevaleciera la calificación del rendimiento.

4. Reducción del capital social mediante adquisición de acciones propias, realizada de manera no igualitaria.

Cuando la reducción del capital hubiere de realizarse mediante la compra de acciones de la sociedad para su amortización, deberá ofrecerse la compra a todos los accionistas (art. 170 de la LSA). Sin embargo, es posible que la compra afecte solamente a una clase de acciones, cumpliendo lo previsto en el párrafo segundo del artículo 170 de la Ley de Sociedades Anónimas. En la práctica, la adquisición de acciones propias realizada de forma no igualitaria

es un sencillo expediente para la separación de socios. A través del mismo, el socio recupera sus aportaciones (parte del precio equivalente al nominal) y las reservas (parte del precio equivalente a las reservas) y también, en su caso, materializa las reservas tácitas (parte del precio que excede de los equivalentes al nominal y a las reservas).

Esta operación, aunque asociada a una reducción del capital social, podría ser tratada mediante la regla general que rige las transmisiones a título oneroso, diferencia entre los valores de adquisición y transmisión (art. 45, uno), determinante de un incremento o una disminución de patrimonio. Y los resultados prácticos obtenidos serían correctos si no fuere porque la tributación puede ser nula si media la plena aplicación de los porcentajes reductores previstos en el artículo 45 o, inversamente, excesiva, cuando no media dicha aplicación puesto que no se aplica la deducción por doble imposición de dividendos, siendo así que en el precio percibido por el accionista se integran las reservas constituidas en la sociedad que proporcionalmente le correspondan.

Ciertamente que en cualquier transmisión secundaria de acciones también el accionista transmitente recibe el contravalor de las reservas y no existe deducción por doble imposición de dividendos, pero debe observarse que la situación no es comparable con el supuesto de adquisición de acciones propias, pues en tanto que en el primer caso las reservas permanecen en sede de la sociedad y su posterior y eventual distribución generan el derecho a la deducción por doble imposición de dividendos, en el segundo caso las reservas salen definitivamente del patrimonio social como contrapartida de la amortización de las acciones adquiridas.

Lo expuesto nos lleva a entender que una leve modificación legislativa, consistente en eliminar la aplicación de los porcentajes reductores previstos en el artículo 45 y en admitir la deducción por doble imposición de dividendos, podría suponer una mejora del sistema.

Pero sobre esta materia tendremos ocasión de profundizar cuando, en sucesivos capítulos, estudiemos la tributación de la transmisión de acciones y la doble imposición de dividendos, pues debemos tener en cuenta que en el presente tan sólo nos hemos dedicado al estudio de un caso particular de adquisición de acciones propias: El que constituye la ejecución del acuerdo de reducción del capital.

5. Reducción del capital realizada para restituir el equilibrio patrimonial.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 163 de la Ley de Sociedades Anónimas, la reducción del capital tendrá carácter obligatorio para la sociedad cuando las pérdidas hayan disminuido su haber por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital y hubiere transcurrido su ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio. A su vez, el artículo

260.4 de la Ley de Sociedades Anónimas establece como causa de disolución la existencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente. Así pues, determinadas reducciones de capital se efectúan por causa y razón de la existencia de pérdidas sufridas por la sociedad. El socio ve amortizadas un conjunto de acciones o que las ha de canjear por otras de menor valor nominal o, en fin, que las mismas disminuyen su valor nominal. ¿Se produce una disminución de patrimonio?

Entendemos que no, porque el artículo 44, cuatro d) es claro: No se considera la existencia de incrementos ni de disminuciones de patrimonio en los casos de reducción del capital social.

La norma es clara, pero ¿es correcta? La pregunta tiene sentido si consideramos que la sociedad no es sino el instrumento del socio y, por tanto, cuando aquélla pierde también lo hace éste. Desde esta perspectiva, puede afirmarse que la norma es imperfecta. Ahora bien, cuando la sociedad incorpora reservas al capital social y aumenta el valor nominal de las acciones o emite acciones nuevas, no se computan ni rendimientos ni incrementos de patrimonio [art. 48, uno a)]. Desde esta perspectiva se percibe un equilibrio entre ambas normas.

Un caso particular del que venimos estudiando es el constituido por la denominada «operación acordeón», que consiste en la reducción del capital social a cero o por debajo de la cifra mínima legal y el simultáneo aumento del capital hasta una cantidad igual o superior a la mencionada cifra mínima (art. 169 de la LSA).

En este supuesto, entendemos que tampoco habrá disminución de patrimonio, considerándose como mayor valor de adquisición de las acciones el importe de las aportaciones realizadas.

Las pérdidas sufridas por la sociedad se reflejarán en el patrimonio del socio en el momento en que éste transmita las acciones, si bien su integración en la base imponible depende del juego de los porcentajes reductores (art. 45, dos), pudiéndose llegar, inclusive, hasta su total exclusión, lo cual no es ciertamente deseable en términos de equidad.

Obsérvese que la incorrección no reside en el artículo 44, cuatro d) pues este precepto es perfectamente coherente con el artículo 48, uno a), sino en la técnica de los porcentajes reductores. Sin embargo, los sujetos pasivos podrán recomponer la equidad tributaria mediante la transmisión de acciones y su posterior recompra, lo que les permitirá computar la pérdida y mantener la participación deseada, si bien debemos reconocer que esto no será siempre posible.

Una salida alternativa es calificar como gasto fiscalmente deducible el importe de las aportaciones realizadas como consecuencia de una operación de reducción y aumento de capital simultánea, pero entendemos que no sería correcta tal calificación, puesto que el citado importe es, más bien, mayor valor de adquisición de la participación, y ello aun cuando el valor de adquisición sea superior al valor teórico de la participación e inclusive al valor real.

Proponemos el siguiente caso práctico. La Sociedad XX decide reducir el capital social en el importe de las pérdidas sufridas y, simultáneamente, realizar una ampliación de capital por el mismo importe.

Balance (previo a la operación acordeón)

Activo	160	Capital (nominal 1)	180
Pérdidas	90	Reservas	20
		Acreeedores.....	50
	250		250

Asientos que recogen la operación:

_____	x	_____	
90 Capital		a Pérdidas	90
_____	x	_____	
90 Tesorería		a Capital	90
_____	x	_____	

Los socios son A y B, cada uno tiene el 50 por 100 de participación. A tiene un coste de adquisición de 90 y B de 120.

Tributación:

- Por la reducción de capital: Ningún efecto.
- Por la ampliación de capital: Mayor valor de adquisición por importe de 45 en cada socio.

6. Reducción de capital mediante amortización de acciones.

La amortización de acciones es una de las formas de ejecutar el acuerdo de reducción del capital social y, desde esta perspectiva, carecería de toda justificación realizar un estudio específico. Sin embargo, el hecho de que la acción, en cuanto título-valor, incorpore los derechos constitutivos de la posición jurídica de socio, podría abrir paso a una interpretación según la cual existe una alteración en la composición del patrimonio y, por tanto, un correlativo incremento o disminución de patrimonio, que se mediría por diferencia entre el valor de adquisición de las acciones amortizadas y el importe devuelto.

Esta interpretación, a todas luces incorrecta desde el punto de vista financiero, es igualmente incorrecta desde la perspectiva fiscal, porque el artículo 44, cuatro d) es bien claro: No se considera que exista incremento o disminución de patrimonio en los supuestos de reducción del capital social.

La misma solución podemos dar en el supuesto en que se amortizan títulos con un determinado valor nominal y se emiten otros de valor nominal inferior, se entregue o no la diferencia a metálico.

En algunas ocasiones se ha sostenido que, en tal caso, el socio tiene un incremento o una disminución de patrimonio por diferencia entre el valor teórico del título entregado más la cantidad devuelta y el valor de adquisición de las acciones amortizadas. Esta interpretación, que ya era discutible con la legislación anterior, no puede tener ninguna cabida en la presente, porque, como venimos repitiendo, no existen ni incrementos ni disminuciones de patrimonio en las operaciones de reducción del capital social.

La cantidad devuelta se aplicará a la reducción del valor de adquisición y las acciones recibidas no generan ningún hecho tributario.

También cumple dar la misma solución al caso de canje de acciones, recibiendo unas de menor valor nominal que aquellas otras que se entregan y la diferencia en efectivo, ejecutándose de esta forma el acuerdo de reducción del capital social.