

Sobre la posibilidad de integrar o no en el IRPF las pérdidas debidas a donaciones

Análisis de la **STS de 12 de abril de 2024, rec. núm. 8830/2022**

Nuria Puebla Agramunt

Doctora en Derecho por la UCM.
Profesora contratada doctora de la UDIMA.

Abogada del ICAM (España)

nuriapuebla@icam.es

Extracto

El Tribunal Supremo ha formado doctrina a petición de la Administración general del Estado y, en respuesta al recurso de casación núm. 8830/2022, interpuesto por la Abogacía del Estado, ha fallado en contra de la decisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, manifestada en Sentencia de 28 de septiembre de 2022. Una tesis que, ratificada en otras posteriores, como las de 21 y 24 de noviembre de 2023 –sin perjuicio de algún fallo contradictorio–, suponía la confirmación de la expresada en la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de la Comunidad Valenciana de 30 de septiembre de 2019 en cuanto a la interpretación del artículo 33.5 c) de la Ley 35/2006, del impuesto sobre la renta de las personas físicas. Para el Alto Tribunal, no procede computar, a efectos de este impuesto, las pérdidas patrimoniales declaradas debidas a transmisiones lucrativas por actos *inter vivos* o liberalidades, aunque en unidad de acto se computen las ganancias patrimoniales también declaradas, derivadas de ese mismo tipo de transmisiones.

Publicado (en avance *online*): 17-06-2024

Cómo citar: Puebla Agramunt, N. (2024). Sobre la posibilidad de integrar o no en el IRPF las pérdidas debidas a donaciones. (Análisis de la STS de 12 de abril de 2024, rec. núm. 8830/2022). *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, 496, 125-141. <https://doi.org/10.51302/rct.2024.22323>

1. Supuesto de hecho

La Administración general del Estado se alza en casación contra la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (TSJCV), pronunciada el 28 de septiembre de 2022 (rec. núm. 277/2022 –NFJ087950–), que había estimado que cierto sujeto pasivo podía computar, a efectos del impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF), pérdidas fiscales sufridas con ocasión de donaciones a sus hijos, y que ya comentamos en otro número de esta revista¹.

Habiendo sido admitido su recurso por Auto de la Sección Primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (TS) de 5 de julio de 2023 (rec. núm. 8830/2022 –NFJ090447–), del que fue ponente el magistrado Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara, la cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia se delimitó como sigue:

[...] Determinar si, en interpretación del artículo 33.5.c) LIRPF, procede computar las pérdidas patrimoniales declaradas, debidas a transmisiones lucrativas por actos *inter vivos* o liberalidades, cuando, en unidad de acto, se computan las ganancias patrimoniales también declaradas, derivadas de ese mismo tipo de transmisiones.

3.º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación: los artículos 33.5.c) de Ley 35/2006, de 28 de noviembre y 31 de la Constitución.

Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exige el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

2. Doctrina del tribunal

La Sentencia de la Sección Segunda de la Sala Tercera del TS² de 12 de abril de 2024, dictada en el recurso de casación 8830/2022 (NFJ092971), y de la que ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Esperanza Córdoba Castroverde, estima que ha lugar al recurso deducido por la Administración general del Estado y casa y anula la sentencia del TSJCV fijando la siguiente doctrina en respuesta a la cuestión interpretativa planteada en el auto de admisión para resolver la cuestión de interés casacional:

¹ *Vid.* Puebla Agramunt (2022b).

² Los integrantes de la Sección y firmantes de la sentencia son D. José Antonio Montero Fernández, presidente, D. Rafael Toledano Cantero, D. Dimitry Berberoff Ayuda, D. Isaac Merino Jara y D.^a Esperanza Córdoba Castroverde.

La respuesta a dicha cuestión, conforme a lo que hemos razonado, debe ser que, en interpretación del artículo 33.5.c) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, no procede computar, a efectos de este impuesto, las pérdidas patrimoniales declaradas debidas a transmisiones lucrativas por actos *inter vivos* o liberalidades, aunque en unidad de acto se computen las ganancias patrimoniales también declaradas, derivadas de ese mismo tipo de transmisiones.

3. Comentario crítico

El criterio que en esta materia tenía el TSJCV, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, se había consolidado con el dictado de, al menos, dos sentencias más, posteriores a la de 28 de septiembre de 2022 que es objeto del recurso de casación que comentamos en estas líneas: la Sentencia de 21 de noviembre de 2023, dictada en el recurso número 113/2023 (NFJ091710), y la Sentencia de 24 de noviembre de 2023, dictada en el recurso número 205/2023 (NFJ091709)³. El TSJCV venía sosteniendo, en virtud del principio de unidad de doctrina:

Cuando el artículo 33.5 de la Ley del IRPF y sus predecesoras utilizan la palabra «debidas» al excluir determinados supuestos de pérdidas patrimoniales, tales como las debidas al consumo, las debidas a transmisiones lucrativas por actos *inter vivos* o a liberalidades y las debidas a pérdidas en el juego, se refiere a la pérdida patrimonial pero no a la perdida fiscal, y de llegar a una conclusión distinta nos llevaría a alejarnos de interpretación sistemática de los artículos 34, 35 y 36 de Ley del IRPF, en los que se establece la manera de calcular las ganancias o pérdidas patrimoniales en las transmisiones onerosas y lucrativas (no distinguiendo entre *mortis causa* o *inter vivos*).

No puede dejar de reconocerse que el origen de todo este asunto está en la Resolución de 30 de septiembre de 2019 del Tribunal Económico-Administrativo Regional de la Comunidad Valenciana (TEARCV), referencia 46/12196/2016, que había estimado una reclamación en la que se pedía y razonaba que las pérdidas generadas por donaciones debían computarse, al igual que las ganancias, en la base imponible del IRPF. Como tampoco puede dejar de decirse que muchos de los argumentos, si no todos, empleados por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJCV y a su vez por la defensa del recurrente en el recurso de casación que da lugar a la sentencia que comentamos, están literalmente tomados de dicha resolución, la cual es una muy buena muestra de la calidad del trabajo que muchas veces realizan los tribunales regionales y locales en la vía económico-administrativa.

³ *Vid.* Puebla Agramunt (2024).

Tampoco es desconocido que aquella resolución del TEARCV fue recurrida en alzada ante el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), tribunal que estimó el recurso interpuesto por el director del Departamento de Gestión Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), resultando que, en respuesta al recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio, se sentó el siguiente criterio en Resolución de 31 de mayo de 2021 (RG 3746/2020 –NFJ082359–⁴):

De acuerdo con la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, las pérdidas patrimoniales derivadas de transmisiones lucrativas *inter vivos* no se computan fiscalmente, ni por el importe total del valor de adquisición, ni por la diferencia entre el valor de adquisición y el de transmisión.

El TS se ha pronunciado, pues, en contra del TEARCV, que había sostenido que la interpretación literal, histórica, sistemática, lógica y teleológica del apartado 5 del artículo 33 de la Ley del IRPF debe llevarnos a concluir que la ley lo que excluye es la disminución del valor del patrimonio producida por toda transmisión lucrativa (pues toda transmisión lucrativa supone una disminución de valor en el patrimonio del donante); esa pérdida es lo que el Regional denominaba «pérdida económica», concepto distinto, allí se explicaba, del de «pérdida patrimonial», determinado este último por diferencia entre el valor de adquisición para el donante del bien donado y el valor de transmisión de este en el momento de la donación. Cuando esta diferencia es negativa, genera una «pérdida fiscal». Y esta pérdida fiscal sí que se integra para computar la base imponible en el IRPF.

Como en estas líneas desarrollaremos, el TEARCV partía de una interpretación literal de las normas. Decimos esto porque la sentencia del TS que comentamos, tras recordar que:

hemos declarado con reiteración que la interpretación literal, fundada en lo que quieren decir las palabras en sí mismas, es necesario punto de partida en toda labor de exégesis (STS de 21 de diciembre de 2021, rec. cas. núm. 4013/2020),

sostiene que quien estaba acertado en este punto era el TEAC cuando afirmaba que:

la LIRPF únicamente contempla el concepto fiscal de pérdida patrimonial: lo define en el artículo 33, denominándolo pérdida patrimonial, lo delimita, estableciendo cómo ha de determinarse su importe, en los artículos 34 a 36 LIRPF, y, una vez determinado ese importe, si procede de una transmisión lucrativa *inter vivos*, lo excluye del cómputo en su apdo. 5.c) si resulta una pérdida patrimonial, pero no si resulta una ganancia.

⁴ Puede leerse en esta misma revista nuestro comentario a la citada resolución del TEAC en Puebla Agramunt (2022a).

Compartimos plenamente con el TS que toda labor de hermenéutica jurídica ha de comenzar por la interpretación literal⁵; si bien los antecedentes históricos juegan también un papel preeminente en la exégesis de las normas tributarias, su carácter cambiante así lo exige⁶. Por ello, en estas líneas vamos a analizar, en las principales reformas de los textos legales sobre el IRPF, cuáles han sido «las palabras empleadas» en relación con los preceptos que nos ocupan y los cambios operados en cada uno de ellos. La conclusión a la que pretendemos llegar es que el actual artículo 33.5 c), cuando dispone que «no se computarán como pérdidas patrimoniales [...] c) Las debidas a transmisiones lucrativas por actos ínter vivos o a liberalidades», lo que está excluyendo del concepto de pérdida patrimonial es la que denominamos «pérdida económica», acogiendo plenamente la terminología y distinción del TEARCV, pero no la «pérdida fiscal» que se produce cuando el valor de adquisición del bien donado hubiere sido superior al valor en el momento de la transmisión. Recordemos lo que decía el mencionado TEARCV:

Es preciso hacer un recorrido, tan breve como sea posible, por la historia del Impuesto, analizando el significado de las ganancias y disminuciones patrimoniales y su configuración jurídica a lo largo de las diferentes leyes reguladoras de aquél, para evidenciar que *el precepto que interpretamos ha existido siempre*; que, *desde su origen, tiene una razón de ser muy concreta*; y que *no existen argumentos que permitan sustentar un cambio o ampliación de su significado a partir de un momento dado*, como exigiría la tesis de la Administración⁷.

La Ley 44/1978, de 8 de septiembre, la primera Ley del IRPF, en su artículo 20.1, daba un primer concepto de ganancias y disminuciones patrimoniales –los denominaba «incrementos o disminuciones de patrimonio»– y decía así: «son incrementos o disminuciones de patrimonio las variaciones en el valor del patrimonio del sujeto pasivo que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél, salvo lo dispuesto en el apartado siguiente». Es decir, si se producía una alteración en la composición del patrimonio y, en su virtud, había un aumento o disminución del valor de aquél, existía, en principio, un incremento o disminución patrimonial, y ello tanto si aquella alteración tenía lugar en virtud de una transmisión onerosa como si lo era con ocasión de una de naturaleza lucrativa. Por ello, el apartado 3 del mismo artículo 20 decía: «Son incrementos o disminuciones de patrimonio, y como tales se computarán en la renta del transmitente, las diferencias de valor que se pongan de manifiesto con motivo de cualquier transmisión lucrativa».

La argumentación de la defensa en el recurso de casación retoma la distinción del TEARCV del concepto amplio y estricto de «pérdida patrimonial» y, sin duda por ser el caso de los contribuyentes a los que representa, recalca que se habían generado pérdidas y ganancias

⁵ Como afirmaba el maestro De Castro (1984, p. 468), no debe desnaturalizarse bajo ningún motivo el texto claro de una disposición, aludiendo así al temor de que «cabezas oscuras oscurezcan textos claros».

⁶ *Vid. Pastor Ridruejo (1979).*

⁷ Texto en cursiva resaltado en el original del TEARCV con subrayado y en negrita.

en unidad de acto, haciendo hincapié en que en la misma declaración en la que la AEAT rechaza el cómputo de las pérdidas derivadas de donaciones mantiene el de las ganancias patrimoniales del mismo origen. Esta circunstancia puede hacer más patente la injusticia del criterio adoptado, pero en realidad es intrascendente porque lo verdaderamente relevante es si son computables, o no, en el IRPF las pérdidas patrimoniales procedentes de transmisiones lucrativas *inter vivos*: lo de menos es si se han generado pérdidas y ganancias en unidad de acto o en varios actos o si, habiéndose generado la pérdida en ejercicio anterior, es computable fiscalmente y, por ende, compensable en ejercicios futuros.

En la Ley 44/1978, la denominada «pérdida económica» que se produce en toda donación encaja exactamente en el concepto de «pérdida patrimonial» que deriva de la donación de un bien, como alteración en la composición del patrimonio del donante que ocasiona, en todo caso, una disminución de su valor. Desde luego, la voluntad del legislador no fue permitir computar como pérdida fiscal esa pérdida económica, ya que ese menor valor del patrimonio no es renta, materia imponible del impuesto.

Pues bien. En el FJ 3, punto 5, párrafo 5.º, afirma la sentencia que comentamos:

Tal y como expone el Abogado del Estado, no cabe confundir la pérdida económica con la pérdida fiscal. La pérdida económica se produce siempre que se dona o transmite un bien de forma gratuita, puesto que el bien sale del patrimonio del donante, que no recibe ninguna contraprestación. *Esta pérdida económica nunca se tiene en cuenta en el IRPF.*

Lo que no dicen ni la Sala ni el abogado del Estado es por qué esa pérdida económica nunca se tiene en cuenta en el IRPF. Y, lejos de ser una obviedad, es algo que merece una explicación. La razón es que el legislador del IRPF, con buena técnica legislativa, como preveía en el artículo 29 la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, general tributaria –vigente al promulgarse la Ley 44/1978–, y como prevé el artículo 20.2 de la vigente Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria, ha considerado necesario «delimitar el hecho imponible mediante la mención de supuestos de no sujeción» para dejar claro que esa pérdida económica no es computable fiscalmente y queda excluida del concepto de renta.

Tras definir los incrementos y disminuciones patrimoniales en su apartado 1, el artículo 20 de la Ley 44/1978 añadía:

No son disminuciones patrimoniales las debidas al consumo o a liberalidades del sujeto pasivo, las pérdidas que procedan de actividades comprendidas en los artículos 14 al 18 de esta Ley, las originadas por el juego y las no justificadas, cualquiera que sea su origen.

Al excluir del concepto de disminuciones patrimoniales «las debidas a liberalidades del sujeto pasivo», la Ley 44/1978 eliminaba de su cómputo fiscal la denominada pérdida

económica, pero no, evidentemente, la pérdida fiscal, puesto que –y debe afirmarse de forma categórica– la pérdida fiscal, generada por una diferencia negativa entre el valor de adquisición del bien donado y el valor en el impuesto sobre sucesiones y donaciones (ISD), sí era computable en el IRPF del donante.

Precisamente para cuantificar esta última, el artículo 20.4 de la Ley 44/1978 decía: «El importe de los incrementos o disminuciones de patrimonio será: 1.º En el supuesto de enajenación onerosa o lucrativa, la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión de los elementos patrimoniales». Y añadía el apartado 7 del mismo artículo 20: «En los supuestos de transmisión *mortis causa*⁸, y cuando la adquisición o la enajenación hubiera sido a título lucrativo, constituirán los valores respectivos aquellos que se determinen a los efectos del ISD».

Los preceptos de los artículos 34, 35 y 36 de la Ley 35/2006 son trasunto de los que acabamos de reproducir de la Ley 44/1978.

Aun incurriendo en reiteración, queremos dejar muy clara la conclusión alcanzada, puesto que es la premisa que nos permite disentir razonadamente del criterio jurisprudencial sentado en la Sentencia de 12 de abril de 2024: en la Ley 44/1978, la exclusión del concepto de «disminución patrimonial» contenida en el segundo párrafo del artículo 20.2, al referirse a las disminuciones patrimoniales «debidas a liberalidades» del sujeto pasivo, es la típica explicación didáctica propia de los supuestos de no sujeción, que solo delimitan el hecho imponible y no excluyen de gravamen o de cómputo supuestos que sí que entrarían en el mismo; se ponen en el mismo lugar que las debidas al consumo que, claramente, no son renta; sin duda alguna, afecta solo a la pérdida económica y, por consiguiente, no tienen cabida en dicha exclusión las pérdidas surgidas de la diferencia negativa, en su caso, entre el valor de adquisición y el de enajenación del bien donado, ya que estas sí que eran computables en el IRPF, pues hasta se explicaba en la ley cómo integrarlas.

Conviene, no obstante, antes de seguir adelante, recordar el artículo 80.1 b) del Reglamento del IRPF, aprobado por el Real Decreto 2615/1979, vigente, por tanto, durante el periodo al que hasta ahora nos venimos refiriendo, dice así: «1. No se computarán como disminuciones patrimoniales, a los efectos de este Impuesto, las debidas: [...] b) A donativos o liberalidades, *entendiendo por tales las transferencias de carácter no obligatorio que realice el sujeto pasivo*».

Lo que pretendemos argumentar seguidamente es que, en contra de lo que ha sostenido la Administración tributaria, cuyo criterio acoge el TS, el mismo régimen, en cuanto a la cuestión que nos ocupa, ha persistido a través de los textos legales posteriores, hasta la vigente Ley 35/2006.

⁸ Existía todavía la comúnmente conocida como «plusvalía del muerto», más tarde suprimida por la Ley 40/1998.

En efecto, dice la sentencia:

Con la Ley 18/1991 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas –art. 44.3.b)– se eliminó la mención expresa que en el artículo 20.3 de la Ley 44/1978 se hacía al cómputo de las disminuciones de patrimonio por diferencias de valor puestas de manifiesto con motivo de cualquier transmisión lucrativa. La Ley 40/1998 despejó cualquier duda que pudiera surgir al sustituir la expresión donativos por la de transmisiones lucrativas por actos *inter vivos*, recogiendo en su artículo 31.5 igual redacción que la contenida en la actual Ley 35/2006: *No se computarán como pérdidas patrimoniales las siguientes: c) Las debidas a transmisiones lucrativas por actos inter vivos o a liberalidades.*

A continuación, y atendiendo precisamente a la literalidad de las normas, intentaremos demostrar que los cambios normativos mencionados no tienen la virtualidad que les atribuyen la Administración tributaria, el TEAC y, ahora, la Sala del TS.

En primer término, en cuanto a la Ley 18/1991, se destaca que en su artículo 44.3 b) «se eliminó la mención expresa que en el artículo 20.3 de la Ley 44/1978 se hacía al cómputo de las disminuciones de patrimonio por diferencias de valor puestas de manifiesto con motivo de cualquier transmisión lucrativa». La afirmación es completamente inexacta.

Es verdad que el artículo 20.3 de la Ley 44/1978, en lo que ahora nos interesa, decía que: «No son disminuciones patrimoniales las debidas [...] a liberalidades del sujeto pasivo» y que el apartado 3 decía que: «Son incrementos o disminuciones de patrimonio, y como tales se computarán en la renta del transmitente, las diferencias de valor que se pongan de manifiesto con motivo de cualquier transmisión lucrativa». Sin embargo, lo que pasó a decir el artículo 44.3 b) fue que: «No tendrán la consideración de disminuciones patrimoniales, las debidas [...] b) A donativos o liberalidades». Y, por su parte, el artículo 45.1 a) de la Ley 18/1991, bajo el epígrafe «Importe de los incrementos o disminuciones. Norma general», dijo que: «El importe de los incrementos o disminuciones de patrimonio será: a) En el supuesto de transmisión onerosa o lucrativa, la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión de los elementos patrimoniales». Finalmente, el artículo 47 de la propia Ley 18/1991, bajo la rúbrica «Adquisición o transmisión a título lucrativo», dispuso: «Cuando la adquisición o la transmisión hubiere sido a título lucrativo, constituirán los valores respectivos aquellos que corresponderían por aplicación de las normas del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones».

Pues bien, la exposición de motivos de la Ley 18/1991 dedicaba su apartado IV a los «Principales aspectos de la reforma», y lo único que dijo en cuanto a los incrementos o disminuciones de patrimonio fue lo siguiente:

En materia de incrementos y disminuciones de patrimonio (Sección 4.^a del Capítulo Primero del Título V) y, sin perjuicio de lo que luego se verá a la hora de tratar las reformas que experimenta la mecánica liquidatoria del impuesto, la principal novedad

consiste en la sustitución de los tradicionales coeficientes actualizadores del valor de adquisición, por un sistema que reduce los incrementos y disminuciones de patrimonio en función del tiempo de permanencia del elemento patrimonial en el patrimonio del sujeto pasivo, de suerte que, transcurrido un determinado lapso temporal, que varía según los elementos patrimoniales de que se trate, se alcanza la no sujeción. Junto a ello debe mencionarse la exención de los incrementos de patrimonio en función de la pequeña cuantía de las transmisiones que efectúe el sujeto pasivo y de la conocida como «plusvalía del muerto». Por el contrario, los incrementos de patrimonio generados por donaciones tributarán definitivamente en la misma forma que los producidos por transmisiones onerosas.

Al decir «en la misma forma», la exposición de motivos explicaba que, con la reforma del año 1991, se acababa «con la distinta forma» de tributar los incrementos de las ganancias y disminuciones patrimoniales derivadas de transmisiones lucrativas que se recogía en la Ley 44/1978, en la que, una vez compensadas ganancias con pérdidas, si el saldo era positivo, tributaban al tipo mínimo de la tarifa. Esta especialidad y no otra cosa es lo que se suprimió con la reforma de 1991.

Con todo lo expresado hasta ahora, estamos en disposición de afirmar que el artículo 43 b) de la Ley 18/1991, al excluir del concepto de disminución patrimonial las debidas «a donativos o liberalidades», término literalmente coincidente con el del artículo 80.1 a) del Reglamento de 1979 y equivalente al empleado por el artículo 20 de la Ley 44/1978, que excluye las pérdidas debidas «a liberalidades del sujeto pasivo», no estaba modificando en absoluto el alcance de la exclusión del concepto de disminución patrimonial que existía ya en la Ley 44/1978: las pérdidas patrimoniales excluidas del cómputo en el IRPF eran las pérdidas económicas, pero no las pérdidas fiscales, es decir, las surgidas por diferencia entre el valor de adquisición y el de enajenación del bien donado, que siempre fueron computables en el IRPF del donante.

Si toda exposición de motivos explica los aspectos más importantes de cualquier reforma, y esta en concreto destacó lo que consideró «la principal novedad», resulta impensable, a nuestro juicio, que la Ley 18/1991 estuviese llevando a cabo una reforma de tanto calado como dejar de computar las disminuciones patrimoniales surgidas de transmisiones a título lucrativo por actos *inter vivos* sin mentarla siquiera. La no mención de este supuesto cambio normativo tan importante en dicha exposición de motivos abunda en nuestra idea de que, en realidad, ninguna modificación hubo.

Si seguimos con la segunda parte del párrafo de la sentencia antes acotado, dice así:

La Ley 40/1998 despejó cualquier duda que pudiera surgir al sustituir la expresión donativos por la de transmisiones lucrativas por actos *inter vivos*, recogiendo en su artículo 31.5 igual redacción que la contenida en la actual Ley 35/2006: No se computarán como pérdidas patrimoniales las siguientes: c) Las debidas a transmisiones lucrativas por actos *inter vivos* o a liberalidades.

Tras lo que hemos exteriorizado con respecto a la Ley 18/1991, no entendemos a qué se refiere la sentencia cuando sostiene tajantemente que la Ley 40/1998 «despejó cualquier duda que pudiera surgir», puesto que creemos haber dejado claro que en la Ley 18/1991 en realidad no había ninguna duda: las pérdidas fiscales derivadas de transmisiones a título lucrativo seguían siendo computables en el IRPF del transmitente, como ocurría en la Ley 44/1978.

Que en la ley de 1991 no había ninguna duda no lo afirmamos nosotros, sino que ya lo decía, muy razonadamente por cierto, la Resolución del TEARCV de 30 de septiembre de 2019. Afirmaba el mencionado tribunal literalmente que «con el cambio de redacción mencionado –que se invoca citándolo sólo en parte– no se ha producido variación alguna real en el alcance de la delimitación negativa del concepto de disminuciones patrimoniales». Y es que parece que viene repitiéndose como un mantra que se sustituyó el término «donativos» por el de «transmisiones lucrativas *inter vivos*» y la verdad es que ello no es así en absoluto: lo que se excluía del concepto de pérdidas patrimoniales en la Ley 44/1978 eran «las debidas a liberalidades del sujeto pasivo» y lo que recogía la Ley 18/1991 era la exclusión de «las debidas a donativos y liberalidades». En la actual redacción (dada tanto por la Ley 40/1998 como por la Ley 35/2006), lo que se excluye son «las debidas a transmisiones lucrativas por actos *inter vivos* o a liberalidades». Ningún cambio normativo hay, si se observan atentamente las normas.

Compartimos la explicación del TEARCV acerca de por qué la norma no ha experimentado variación alguna ni gramatical ni jurídicamente. Y es que, según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española (RAE), «liberalidad», único término usado por la Ley de 1978, en la acepción que ahora nos interesa, significa «disposición de bienes a favor de alguien sin ninguna prestación suya»⁹; con lo cual, lo que se excluían eran las transmisiones a título lucrativo por actos *inter vivos*¹⁰. Luego, en la Ley 18/1991 se añade el concepto «donativos», término comprendido en el más amplio de «liberalidades», por lo que, con esta introducción, en realidad no estábamos sino ante una redundancia innecesaria¹¹. Así, observamos, siguiendo también a la RAE, que «donativo» no es otra cosa que «dádiva, regalo, cesión, especialmente con fines benéficos o humanitarios». Por tanto, cuando la Ley 18/1991 introduce como supuesto de exclusión el término «donativos» no estaba añadiendo ni mucho menos quitando nada: el concepto que legalmente está excluido de gravamen es el de las transmisiones a título lucrativo por actos *inter vivos*. Entendido esto,

⁹ Usamos la 23.^a edición (2014) del diccionario de la RAE, edición del tricentenario. La primera acepción de «liberalidad» es una virtud moral; la segunda es «generosidad» y la tercera es la que destacamos, por ser la que usó el legislador.

¹⁰ La llamada «plusvalía del muerto» desapareció, como hemos indicado en una nota anterior, con la Ley 40/1998, eliminación que consta hoy en el artículo 33.3 b) de la Ley 35/2006.

¹¹ El TEARCV critica la «evidente redundancia en que incurre el precepto, que habría podido limitarse a excluir, como en los casos anteriores, las pérdidas debidas a transmisiones a título lucrativo por actos *inter vivos*».

se comprenderá por qué no podemos sino decir que esto mismo ocurre con la redacción –idéntica– de la Ley 40/1998, el Real Decreto legislativo 3/2004 y la Ley 35/2006, en las que las que se excluyen del concepto de pérdidas patrimoniales son «las debidas a transmisiones lucrativas por actos *inter vivos* o a liberalidades».

Atendiendo a criterios puramente literales, según el sentido propio de las palabras utilizadas por los textos legales, y –como hemos visto– a los antecedentes históricos, llegamos, por tanto, a la conclusión de que el contenido de la exclusión del concepto de pérdida patrimonial recogido en el artículo 33.5 c) de la Ley 35/2006 no ha variado a lo largo de las sucesivas leyes reguladoras del impuesto: lo que se excluye de dicho concepto es la pérdida económica, es decir, la disminución del valor del patrimonio que se produce como consecuencia de la salida de un bien del patrimonio del donante sin que entre un contravalor o contraprestación alguna por aquella salida, y ello con independencia de cuál sea el valor de adquisición y el valor de enajenación del bien donado. Por el contrario, el resultado fiscal –ganancia o pérdida patrimonial– determinado por diferencia entre el valor de adquisición y el de transmisión del bien objeto de transmisión lucrativa por acto *inter vivos*, tanto si es ganancia como si es pérdida, se integrará en la base imponible del IRPF del transmitente. Y esto ha sido así desde la implantación del IRPF hasta la ley vigente.

Evidentemente, habiendo llegado a esta conclusión atendiendo a un criterio literal del significado de la norma, no podemos dejar de entrar en otros criterios interpretativos, muy especialmente el sistemático y el lógico.

Sentado, por tanto, que el artículo 33.5 c) –literal e históricamente– no está excluyendo del concepto de disminución patrimonial, computable en el IRPF, la pérdida fiscal, y puesto el precepto en relación con los artículos 34 a 36 de la Ley 35/2006 –que regulan la forma de determinar la ganancia o la disminución patrimonial, tanto en las transmisiones onerosas como en las lucrativas–, nos parece evidente que su interpretación sistemática es incompatible con el sentido que la sentencia comentada pretende dar al artículo 33.5 c). Cuando una transmisión lucrativa por acto *inter vivos* arroje como resultado una pérdida patrimonial, será computable fiscalmente y los preceptos citados servirán para determinar su cuantía. Queda sin sentido la tesis del TEAC en su Resolución de 31 de mayo de 2020, cuyo criterio hace suyo el TS, entendiendo que los artículos 34 y 36 de la Ley del IRPF son un simple «método de cálculo» de las ganancias y disminuciones patrimoniales para incluir las ganancias en la base imponible del impuesto y para excluir las pérdidas si proceden de una transmisión lucrativa por acto *inter vivos*. Creemos haber demostrado que esta sí es una interpretación literalista –no propiamente literal– del precepto cuya interpretación se cuestiona.

Por el contrario, los artículos 34 y 36 establecen la forma de determinar la ganancia o pérdida patrimonial en las transmisiones a título lucrativo, y en ambos casos –ganancia o pérdida– el resultado se computará en el impuesto, dado que el precepto del artículo 33.5 c) no excluye las disminuciones patrimoniales (fiscales) que resulten de las transmisiones lucrativas *inter vivos*. La norma de exclusión ha existido siempre desde la Ley 44/1978 y ya

hemos visto que nunca ha alcanzado a la «pérdida fiscal» y ninguna modificación posterior da base para entender modificado aquel criterio. De igual modo, han existido desde siempre las normas que hoy se recogen en los artículos 34 y 36 de la ley, y tampoco hay por qué entender modificado su significado originario.

Adicionalmente, ni el abogado del Estado ni la defensa –al menos en lo que podemos conocer del proceso, que es lo que se refleja en la sentencia–, ni tampoco el Supremo, han tomado en consideración lo que el TEARCV denominó «criterio lógico». Decía el Regional valenciano en su resolución:

También con arreglo a una interpretación lógica existe un argumento importante desde nuestro punto de vista: ¿por qué habría de excluirse del cómputo de la pérdida patrimonial, por diferencia entre el valor de adquisición y el de donación, al padre que dona un determinado bien a su hijo, cuando si el padre vendiese el bien en primer lugar y donase seguidamente el importe a su hijo nadie cuestionaría la pérdida patrimonial y el resultado podría ser muy semejante o, según los casos, idéntico? El resultado es prácticamente el mismo y, en función de la fungibilidad del bien donado, podría suceder que fuera idéntico (por ejemplo, padre que vende acciones cotizadas en bolsa, computando la pérdida existente, le dona el dinero al hijo y éste, acto seguido, compra las mismas acciones); y, sin embargo, el tratamiento fiscal en el IRPF, de no aceptarse nuestra posición, sería radicalmente distinto.

Creemos que el sagaz argumento merecería haber sido tomado en consideración y lamentamos que nadie se haya molestado en acogerlo o rebatirlo. Si, como veremos enseñada, la Sentencia de 12 de abril de 2024 afirma que las pérdidas debidas a donaciones no computan porque son algo elegido voluntariamente, la lógica nos lleva a preguntar por qué no se permite su cómputo, cuando lo que sí que es voluntario es decidir vender el bien y donar el importe obtenido con esa venta, y eso sí que genera una pérdida patrimonial no solo económica, sino también fiscal, perfectamente admitida y de la que sí está absolutamente admitida la compensación.

Con todo, nuestras mayores discrepancias con la sentencia que nos ocupa radican en la interpretación teleológica que en ella se hace y en las consideraciones que formula en orden a la capacidad contributiva:

La exclusión legal del cómputo de pérdidas generadas en transmisiones a título gratuito presenta una finalidad clara: *el legislador elimina la posibilidad de que los contribuyentes puedan incorporar a sus declaraciones pérdidas derivadas de actuaciones que dependen únicamente de la voluntad del contribuyente y evitar así mecanismos de elusión fiscal.*

Es más, el apartado 5 del art. 33 LIRPF, no solo impide computar en la base imponible del impuesto, las pérdidas debidas a trasmisiones lucrativas o liberalidades,

sino que también excluye otras que revelan el propósito del legislador de impedir la deducción de pérdidas que los obligados tributarios han contribuido a generar. Así, se recogen, en otros subapartados, las pérdidas no justificadas, las debidas al consumo o las pérdidas del juego.

La razón por la que el legislador excluye del cómputo estas tres partidas no es, con el debido respeto, «impedir la deducción de pérdidas que los obligados tributarios han contribuido a generar». En primer lugar, y en lo que atañe a las pérdidas debidas al consumo, nos parece necesario recordar que a lo largo de toda la historia de la imposición sobre la renta el consumo no ha sido jamás renta negativa, sencillamente porque «no es renta», sino «asignación de renta». En segundo lugar, y por lo que se refiere a la exclusión de las pérdidas mencionadas en las letras b), c) y d) del artículo 33.5, no es que sean pérdidas que deriven «únicamente de la voluntad del contribuyente», sino que se trata de supuestos que contemplan la pérdida económica, no la fiscal. Obsérvese que en todas ellas (las pérdidas debidas al consumo, las debidas a transmisiones lucrativas por actos *inter vivos* o a liberalidades en las que sale un bien sin entrada de contraprestación alguna, y en las pérdidas originadas por el juego) se reflejan situaciones en las que necesariamente ha disminuido el valor del patrimonio y que jamás podrían dar lugar a incrementos de dicho valor. Y en tercer lugar, y en relación con las pérdidas debidas al juego, si bien es cierto que en las Leyes 44/1978, 18/1991 y 40/1998 se excluían sin más, no puede olvidarse que, a partir de 2007, en virtud de la Ley 35/2006, no se excluyen estas pérdidas en su totalidad, sino solo «las debidas a pérdidas en el juego obtenidas en el período impositivo que excedan de las ganancias obtenidas en el juego en el mismo período». Por consiguiente, el razonamiento de la sentencia es, siempre con el debido respeto, erróneo, ya que el legislador sí que admite la compensación de las pérdidas ocasionadas en el juego, al menos hasta donde alcance el valor de las ganancias del periodo. Dígasenos si acaso esas pérdidas cuya compensación sí que se admite no son «derivadas de actuaciones que dependen únicamente de la voluntad del contribuyente».

Creemos que esta afirmación del Alto Tribunal entraña un peligro que va mucho más allá de lo que pueda implicar que no se permitan computar en el IRPF las pérdidas fiscales derivadas de transmisiones lucrativas por actos *inter vivos*. Tal y como está formulada, sacada de contexto, podría dar al traste con el concepto de «economía de opción», con el principio de autonomía de la voluntad, con la planificación fiscal lícita y, en suma, con el legítimo derecho de todo obligado tributario a pagar lo menos posible dentro de la legalidad. No es posible ignorar que, al acercarse el final de cada periodo impositivo, una preocupación muy extendida entre los contribuyentes por el IRPF es ver cómo reducir la factura fiscal, y que esa reducción pasa en muchos casos por calcular el saldo de pérdidas y ganancias patrimoniales para, si ese saldo es positivo, ver de hacer alguna enajenación que genere pérdidas.

Salvo error por nuestra parte, no hay disposición legal o reglamentaria alguna que impida esas conductas por la sola circunstancia de que sean pérdidas generadas por la única voluntad del obligado tributario. En la sana discrepancia del intérprete, nos preguntamos al

redactar estas líneas si acaso hay alguna razón jurídica para rechazar el cómputo de estas pérdidas en el IRPF por el hecho de que deriven únicamente de la voluntad del contribuyente, o por el hecho de que provengan de haber transmitido gratuitamente, no a título oneroso. O si hay algo de irregular en la voluntad de generar una ganancia patrimonial en un ejercicio con la exclusiva intención de que no se extinga el derecho a compensar una pérdida procedente de ejercicios anteriores.

Si a la Administración tributaria le preocupa (como nos preocupa a todos, pero especialmente a ella, que es la que tiene encomendada la protección y garantía del crédito público) la elusión fiscal, no hay duda de que dispone de medios legales para combatirla: tanto los específicos como los que representa la norma prevista para posponer el cómputo de disminuciones patrimoniales, en caso de recompra de los mismos u homogéneos bienes del artículo 33.5 e), f) y g) de la Ley del IRPF, como los generales medios antielusión, ya sean el principio de calificación, la simulación, la prohibición del abuso del derecho o las normas sobre conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

En nuestra opinión, las pérdidas fiscales debidas a donaciones a los hijos, que son las que propiciaron el recurso de casación cuya sentencia comentamos, no son pérdidas que «los obligados tributarios han contribuido a generar»; son pérdidas que sufren, en adición a la pérdida económica sobrevenida por la pérdida de valor del bien donado, y que ni las han generado los contribuyentes ni han contribuido a su generación. Y que, desde luego, nada tienen que ver con las pérdidas en el juego o las debidas al consumo.

Y ya antes de concluir su decisión y emitir su fallo, sostiene la sentencia que no ve que su interpretación del precepto en cuestión pueda atentar contra el principio de capacidad económica, «desde el momento en que la pérdida la genera el donante por su voluntad», para posteriormente afirmar:

Antes al contrario, de permitirles a los donantes deducir en su IRPF las pérdidas fiscales derivadas de las donaciones, se les permitiría disminuir su contribución fiscal a su voluntad, en detrimento del principio de justicia contributiva, igualmente recogido en el art. 31 CE y sin correspondencia con su capacidad económica, disminuida por ellos de forma unilateral.

Nadie duda de que el gravamen de las ganancias patrimoniales obedece a la plusvalía que va experimentando el bien del que se trate durante el tiempo de permanencia en el patrimonio del contribuyente, que se va produciendo paulatinamente, aunque no de forma constante, a lo largo de los años en los que el bien permanece en su patrimonio, pero que no se pone de manifiesto sino cuando se enajena el bien, que esto puede hacerse a título oneroso o a título lucrativo y que ese incremento o ganancia se cuantifica por la diferencia entre el valor de adquisición y el de enajenación. Entonces, si el aumento del valor del bien mientras permanece en el patrimonio del obligado tributario pone de manifiesto un aumento de capacidad contributiva, ¿dónde está la razón para negar que se ponga de manifiesto

una disminución de esa capacidad contributiva en el caso en el que el bien haya visto disminuir su valor durante su permanencia en el patrimonio del obligado tributario?

Desde el más grande respeto hacia el Alto Tribunal y hacia la Sala y Sección de la que emana la sentencia comentada, nuestras conclusiones serían las siguientes:

Se acepta unánimemente y sin discusión que en la Ley 44/1978 y en su Reglamento de 1979, interpretados desde un punto de vista literal o gramatical, lógico, sistemático y teleológico, las «pérdidas patrimoniales fiscales» –las obtenidas por diferencia entre el valor de adquisición y el de enajenación– derivadas de actos lucrativos *inter vivos* son admitidas sin reservas. Por tanto, las pérdidas excluidas del impuesto en el segundo párrafo de su artículo 20.2, atendido exclusivamente su tenor literal, eran exclusivamente lo que el TEARCV denominó «pérdida económica», es decir, la disminución del valor del patrimonio que se produce en toda donación.

Comparada la redacción de aquel precepto de exclusión con las redacciones que a sus equivalentes les han dado las Leyes 18/1991, 40/1998 y 35/2006, no se encuentra, atendido el sentido literal de sus palabras, variación sustancial alguna que ponga de manifiesto la intención del legislador de modificar el contenido del supuesto de exclusión del concepto de pérdida patrimonial, que, por tanto, debe entenderse referido exclusivamente a la pérdida económica, sin que, según la literalidad de los textos legales, quepa entender excluida del concepto de pérdida patrimonial, a efectos del impuesto, la pérdida fiscal. La conclusión está avalada no solo por el criterio literal, sino también por el criterio histórico.

A la misma conclusión nos lleva la interpretación lógica y sistemática del precepto al que nos referimos.

Y la interpretación teleológica nos conduce también al mismo resultado, si tenemos en cuenta que el criterio de la Administración tributaria, acogido por la sentencia que comentamos, en el caso de transmisiones lucrativas *inter vivos*, reconoce el aumento de capacidad contributiva que genera el incremento de valor de un bien desde que entra en el patrimonio del contribuyente hasta que sale del mismo, pero no reconoce pérdida de capacidad contributiva en el caso inverso: si durante esa permanencia del bien en el patrimonio lo que se produce es una minusvalía o pérdida de valor, esa diferencia carece de toda lógica y fundamento.

Menos aún puede admitirse que la razón por la que se rechace esa pérdida de capacidad económica sea el hecho –que, sorprendentemente, refiere solo a las pérdidas patrimoniales derivadas de actos lucrativos *inter vivos*– de que esas pérdidas procedan de la voluntad unilateral del contribuyente. Esta afirmación supone rechazar la economía de opción y el principio de autonomía de la voluntad, con arreglo a los cuales el obligado tributario puede hacer cualquier acto que le permita reducir su tributación, siempre que no vulnere ni la letra ni el espíritu de la ley ni, por tanto, incurra en los supuestos de elusión.

En nuestra opinión, no es necesaria una reforma de la Ley del IRPF; lo único que hace falta es que esta se interprete de forma ortodoxa, con arreglo a los principios que deben inspirar la interpretación de las normas, sin olvidar que, conforme al artículo 1.3 de nuestro Código Civil (CC), el carácter de fuente supletoria de los principios generales del derecho se establece «sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico», por lo que estos deben tenerse muy en cuenta en la interpretación de las normas. Entre ellos, deben destacarse el principio de capacidad económica (que, con la postura de la sentencia, consideramos gravemente conculado) y la equidad (que, si bien es cierto que no puede ser fuente exclusiva de una decisión judicial, porque con arreglo al art. 3.2 del CC «las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la Ley expresamente lo permita», no es menos cierto que también, por imperativo de dicho precepto, «habrá de ponderarse en la aplicación de las normas»).

Con todo lo expuesto, creemos haber razonado por qué, siempre según nuestro criterio, una adecuada interpretación de las normas habría impedido que este problema jurídico se planteara siquiera.

Y por último, y para finalizar, teniendo en consideración todo cuanto antecede, nos planteamos si acaso fuera posible una revisión de la doctrina sentada en esta sentencia. Que sepamos, hay pendientes de resolución al menos otros tres asuntos en los que, a tenor de los autos de admisión, se va a dilucidar esta misma cuestión. Son todos ellos recursos de casación de personas físicas que vieron desestimadas pretensiones sustancialmente idénticas¹². Honestamente creemos que nuestra inquietud no puede entenderse descabellada si tenemos en cuenta que a veces es necesario que el Alto Tribunal se pronuncie no tanto para reafirmar, reforzar o completar su jurisprudencia, sino, como él mismo ha reconocido, para cambiarla¹³.

¹² Auto del TS de 28 de noviembre de 2023 (rec. núm. 1998/2023 –NFJ091671–) frente a la Sentencia del TSJCV de 17 de noviembre de 2022 (rec. núm. 1338/2021 –NFJ089686–); Auto del TS de 31 de enero de 2024 (rec. núm. 3465/2023 –NFJ092049–) frente a la Sentencia del TSJCV de 31 de enero de 2023 (rec. núm. 658/2022 –NFJ092059–); Auto del TS de 7 de febrero de 2024 (rec. núm. 3478/2023 –NFJ092094–) frente a la Sentencia del TSJCV de 21 de febrero de 2023 (rec. núm. 278/2022 –NFJ090128–); este último, del cónyuge del recurrente en el asunto que hemos comentado en estas líneas. De los tres autos es ponente el Exmo. Sr. D. Francisco José Navarro Sanchís.

¹³ En el Auto del TS de 28 de noviembre de 2023 apenas citado *supra* se dice esto expresamente, con cita del Auto de 16 de mayo de 2017, reflejando la «tarea propia del recurso de casación, que no solo debe operar para formar la jurisprudencia *ex novo*, sino también para matizarla, precisarla o, incluso, corregirla o cambiarla [vid. auto de 15 de marzo de 2017 (RCA/93/2017, FJ 2.º, punto 8; ES:TS:2017:2189A]».

Referencias bibliográficas

Castro y Bravo, F. de (1984). *Derecho civil de España*. Civitas.

Pastor Ridruejo, L. (1979). La interpretación tributaria ante el nuevo título preliminar del Código Civil. En *Estudios de derecho tributario* (vol. I, pp. 570-578). Instituto de Estudios Fiscales.

Puebla Agramunt, N. (2022a). Las pérdidas debidas a donaciones. (Análisis de la RTEAC de 31 de mayo de 2021, RG 3746/2020). *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 466, 87-95. <https://revistas.cef.udima.es/index.php/RCyT/article/view/7493>

Puebla Agramunt, N. (2022b). Más sobre las pérdidas en IRPF debidas a donaciones.

(Análisis de la STSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de septiembre de 2022, rec. núm. 277/2022. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 477, 121-128. <https://revistas.cef.udima.es/index.php/RCyT/article/view/11509>

Puebla Agramunt, N. (2024). Se consolida el criterio valenciano de las pérdidas por donaciones en el IRPF. (Análisis de las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de noviembre de 2023, rec. núm. 113/2023, y 24 de noviembre de 2023, rec. núm. 205/2023). *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 491, 135-142. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2024.20249>