



La reversión fiscal de cartera: la insoportable «levedad» de la retroactividad

Jorge de Juan Casadevall

*Profesor de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Internacional de Cataluña
Abogado del Estado (exc.)
Doctor en Derecho*

Extracto

El trabajo aborda el estudio de la reversión fiscal de los deterioros de cartera introducido por el Real Decreto-Ley 3/2016, que vino a modificar el régimen transitorio establecido en la Ley 27/2014 cuando se suprimió con carácter general su deducibilidad fiscal. La tesis central que se sostiene es que el cambio legislativo abrupto que se introduce en aquel régimen transitorio, consistente en la reversión automática por quintas partes, independientemente de que se haya producido o no una recuperación de los fondos propios de las entidades participadas, tensiona gravemente el principio de protección de la confianza legítima, y puede incurrir en irretroactividad constitucionalmente prohibida.

Palabras clave: Real Decreto-Ley 3/2016; reversión fiscal de cartera; confianza legítima; irretroactividad.

Fecha de entrada: 07-01-2020 / Fecha de aceptación: 27-01-2020

Cómo citar: Juan Casadevall, J. de. (2020). La reversión fiscal de cartera: la insoportable «levedad» de la retroactividad. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 445, 87-106.





Portfolio tax reversion: the unbearable «lightness» of retroactivity

Jorge de Juan Casadevall

Abstract

This paper deals with the study of the tax reversal of portfolio impairments introduced by Royal Decree-Law 3/2016, which modified the transitional regime established by Law 27/2014 when its tax deductibility was abolished on a general basis. The main argument is that the abrupt legislative change introduced in that transitional regime, which consists in the automatic reversal by fifths, whether or not there has been a recovery of the equity of the entities in which a shareholding is held, seriously stresses the principle of protection of legitimate trust, and may result in non-retroactivity which is constitutionally prohibited.

Keywords: Royal Decree-Law 3/2016; portfolio tax reversion; legitimate trust; non-retroactivity.

Citation: Juan Casadevall, J. de. (2020). La reversión fiscal de cartera: la insoponible «levedad» de la retroactividad. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 445, 87-106.



Sumario

1. Planteamiento
 2. Evolución legislativa de la deducibilidad fiscal de deterioros contables de cartera
 3. La dudosa constitucionalidad de retroactividad de la reversión de deterioros de cartera
 4. El principio de confianza legítima como límite negativo a un abrupto cambio legislativo de un régimen transitorio
- Referencias bibliográficas



1. Planteamiento

En fecha 3 de diciembre de 2016 se publicó en el Boletín Oficial de Estado (BOE) el Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social. En materia tributaria, el artículo 3, apartado primero, del citado Real Decreto-Ley 3/2016, con efectos para los periodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2016, modifica la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS), para limitar la compensación de bases imponibles negativas en función de la cifra de negocios, restringe la deducción por doble imposición de fuente interna e internacional e introduce una novedosa reversión automática de pérdidas por deterioro contable de participaciones en filiales.

El Real Decreto-Ley 3/2016, como su propia referencia a la consolidación de las finanzas públicas denota, obedece a una pulsión recaudatoria que sigue la singladura iniciada por el Real Decreto-Ley 2/2016 sobre pagos fraccionados, pero plantea serias dudas de constitucionalidad no solo por el instrumento normativo elegido –el decreto-ley, sujeto a determinadas limitaciones materiales infranqueables por la legislación de urgencia (art. 86.1 de la Constitución española –CE–), sino también por su aparente desconexión con el principio constitucional de capacidad económica (art. 31.1 CE). Adicionalmente, y en cuanto aquí nos interesa, la reversión fiscal por quintas partes de deterioros contables dotados antes de 2013, y que fueron objeto en su momento de un ajuste fiscal negativo en base, opera *ex tunc* sobre un régimen transitorio preexistente y ya consolidado que tensiona el postulado constitucional de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Hasta qué punto esta retroactividad es liviana o, por el contrario, constituye una carga insoportable que desgarrar la intangibilidad de situaciones jurídicas subjetivas protegidas por la confianza legítima, es a lo que vamos a dedicar los siguientes razonamientos.

2. Evolución legislativa de la deducibilidad fiscal de deterioros contables de cartera

Para depurar un eventual vicio de constitucionalidad de la reversión fiscal de cartera, es necesario realizar un previo *excursus* histórico-legislativo con objeto de incardinar la controvertida disposición transitoria decimosexta de la LIS en su contexto normativo para, a continuación, determinar el alcance y significación de la modificación ahora operada, de forma súbita e inopinada, mediante el Real Decreto-Ley 3/2016.

El artículo 12.3 del texto refundido de Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS de 2004), aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, contemplaba la deducibilidad fiscal del deterioro en el capital o fondos propios que experimentaban las entidades participadas. El deterioro de la participación, fiscalmente deducible, se determinaba por la diferencia de valor de los fondos propios de la participada al inicio y fin de cada periodo impositivo. Esta deducción fiscal, que se correspondía con el empobrecimiento de la sociedad a consecuencia de la pérdida de valor de su participada, tenía una naturaleza dual puesto que a) podía constituir un ajuste fiscal de carácter definitivo (una suerte de deducción fiscal de carácter permanente) si posteriormente no se recuperaba el valor de la entidad participada; o b) de naturaleza temporal, pudiendo dar lugar a la reversión de la deducción aplicada, si posteriormente la entidad participada recuperaba el valor de sus fondos propios previos al deterioro.

En efecto, en rigor, y para aquellas entidades participadas cuyos fondos propios se recuperaran a consecuencia de la buena marcha de los negocios que desarrollaban, la deducción fiscal no era más que una mera diferencia temporal, porque en el futuro y eventual periodo impositivo en el que se recuperaba el valor de sus fondos propios, debían integrar la diferencia positiva entre fondos propios al inicio y al fin del ejercicio social en el periodo impositivo en que se producía, neutralizando así su previa deducibilidad fiscal (art. 12.3 *in fine* TRLIS de 2004). Siguiendo la técnica de ajustes fiscales al resultado contable del TRLIS de 2004, que sigue también la vigente LIS para la configuración de la base imponible, en el ejercicio fiscal en el que se producía la caída de los fondos propios de la entidad participada, se practicaba un ajuste fiscal negativo al resultado contable y, en el ejercicio fiscal de la recuperación del valor de la participada, el correspondiente ajuste fiscal de naturaleza positiva, que aumentaba la base imponible sometida a tributación. Sin embargo, este mecanismo de neutralidad y temporalidad (práctica de ajustes negativos en el momento de la depreciación y positivos en cuando se producía la reversión) quedaba abortado –y el deterioro fiscal deducible establecido por el art. 12.3 TRLIS de 2004 se convertía en una auténtica deducción fiscal definitiva– en aquellos casos en que se había producido un deterioro de la entidad participada sin ulterior recuperación de su valor.

Con la Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras, desapareció la deducción fiscal por depreciación de cartera establecida en el derogado

artículo 12.3 del TRLIS de 2004. Sin embargo, se estableció un régimen transitorio para las depreciaciones de cartera deducidas fiscalmente antes del periodo impositivo iniciado el 1 de enero de 2013 que recuperaran su valor con posterioridad, y que consistía en imponer la reversión fiscal del valor recuperado, que nuevamente consistía en practicar un ajuste fiscal positivo que incrementaba la base imponible gravada. En particular, y con efectos para los periodos impositivos que se iniciaran a partir de 1 de enero de 2013, el apartado segundo. dieciocho del artículo 1 de la Ley 16/2013, de 29 de octubre, incrustó en el TRLIS de 2004 la disposición transitoria cuadragésima primera, que fijaba el régimen transitorio aplicable a las pérdidas por deterioro de los valores representativos de la participación en el capital o en los fondos propios de entidades, y a las rentas negativas obtenidas en el extranjero a través de un establecimiento permanente, generadas en periodos impositivos iniciados con anterioridad a 1 de enero de 2013. Dicha disposición transitoria cuadragésima primera pasó a la actual disposición transitoria decimosexta en la vigente LIS. En particular, y en cuanto aquí nos interesa, la citada disposición transitoria establecía que:

1. La reversión de las pérdidas por deterioro de los valores representativos de la participación en el capital o en los fondos propios de entidades que hayan resultado fiscalmente deducibles de la base imponible del impuesto sobre sociedades de acuerdo con lo establecido en el apartado 3 del artículo 12 de esta ley, en periodos impositivos iniciados con anterioridad a 1 de enero de 2013, con independencia de su imputación contable en la cuenta de pérdidas y ganancias, se integrarán en la base imponible del periodo en el que el valor de los fondos propios al cierre del ejercicio exceda al del inicio, en proporción a su participación, debiendo tenerse en cuenta las aportaciones o devoluciones de aportaciones realizadas en él, con el límite de dicho exceso. A estos efectos, se entenderá que la diferencia positiva entre el valor de los fondos propios al cierre y al inicio del ejercicio, en los términos establecidos en este párrafo, se corresponde, en primer lugar, con pérdidas por deterioro que han resultado fiscalmente deducibles.

Finalmente, y de forma abrupta, cuando estaba a punto de expirar el periodo impositivo de 2016, pero con efectos desde el 1 de enero de 2016, el artículo 3. Primero. Dos del Real Decreto-Ley 3/2016 modifica la meritada disposición transitoria decimosexta. En cuanto aquí nos interesa, en su apartado 1 mantiene intacto, en línea de principio, el régimen transitorio introducido por la Ley 16/2013 y obliga a la reversión y, por ende, a la integración en la base imponible, de los deterioros de cartera fiscalmente deducidos al amparo del artículo 12.3 del TRLIS de 2004, siempre que se produzca la recuperación de valor de los fondos propios de las entidades participadas. Pero en el apartado 3 introduce *ex novo* una regla controvertida, que desconocía la primitiva redacción de la disposición transitoria decimosexta, y a cuyo tenor:

3. En todo caso, la reversión de las pérdidas por deterioro de los valores representativos de la participación en el capital o en los fondos propios de entidades que

hayan resultado fiscalmente deducibles en la base imponible del impuesto sobre sociedades en periodos impositivos iniciados con anterioridad a 1 de enero de 2013, se integrará, como mínimo, por partes iguales en la base imponible correspondiente a cada uno de los cinco primeros periodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2016.

En el supuesto de haberse producido la reversión de un importe superior por aplicación de lo dispuesto en los apartados 1 o 2 de esta disposición, el saldo que reste se integrará por partes iguales entre los restantes periodos impositivos.

No obstante, en caso de transmisión de los valores representativos de la participación en el capital o en los fondos propios de entidades durante los referidos periodos impositivos, se integrarán en la base imponible del periodo impositivo en que aquella se produzca las cantidades pendientes de revertir, con el límite de la renta positiva derivada de esa transmisión.

La aplicación conjunta de los apartados 1 y 3 de la nueva disposición transitoria decimosexta de la LIS supone que:

- 1.º Debe producirse la reversión, y ajuste fiscal positivo, de los deterioros de cartera en la medida en que, con posterioridad a 1 de enero de 2013, se produzca la recuperación de fondos propios de la entidad participada.
- 2.º El importe de la reversión será, en todo caso, y como mínimo, del 20 % anual durante cinco años desde el 1 de enero de 2016, aunque no haya habido recuperación de valor, o la recuperación de valor sea inferior.
- 3.º Si en un ejercicio fiscal se revierte parte del valor recuperado superior, el resto se distribuirá en los ejercicios fiscales siguientes por partes iguales.
- 4.º En caso de transmisión de la participación, se integrará en la base imponible del periodo impositivo correspondiente al ejercicio social de la transmisión la totalidad de la cartera depreciada fiscalmente. Independientemente de que se haya producido o no la recuperación del valor de los fondos propios de la entidad participada.
- 5.º No se contempla el supuesto de que se trate de una pérdida definitiva, es decir, de que la entidad participada no recupere el valor de sus fondos propios. En este caso, la reversión es automática, en todo caso, y como mínimo del 20 % anual, con el consiguiente incremento artificial de su base imponible.

Este controvertido apartado 3 de la disposición transitoria decimosexta de la LIS conculca el principio constitucional de capacidad económica (art. 31.1 CE) y lesiona gravemente el postulado constitucional de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), como vamos a exponer a continuación.

3. La dudosa constitucionalidad de retroactividad de la reversión de deterioros de cartera

La reforma operada en la actual disposición transitoria decimosexta de la LIS, que se intitula como «Régimen transitorio aplicable a las pérdidas por deterioro de los valores representativos de la participación en el capital o en los fondos propios de entidades, y a las rentas negativas obtenidas en el extranjero a través de un establecimiento permanente, generadas en periodos impositivos iniciados con anterioridad a 1 de enero de 2013», suscita serias dudas de constitucionalidad. Supone una reforma retroactiva de un régimen transitorio, derogado en 2013, por el que se establecía un régimen transitorio de la reversión de los deterioros fiscales de cartera, que solivianta los límites constitucionalmente admisibles de la retroactividad tributaria.

El apartado 3 de la disposición transitoria decimosexta establece una reversión automática y retroactiva del 20 % anual de los deterioros de cartera, deducidos fiscalmente antes de 2013; por lo que el Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de diciembre, viene a modificar retroactivamente un régimen fiscal de derecho transitorio, que afectaba a una situación producida antes de 2013, que había sido incorporada por la Ley 16/2013, de 29 de octubre, en el TRLIS, al desaparecer la deducibilidad fiscal de este tipo de deterioros, y que, como tal, había migrado a la disposición transitoria decimosexta de la Ley 27/2014.

Este cambio legislativo retroactivo, mutación sobrevenida de un régimen fiscal transitorio, se aprueba cuando estaba a punto de expirar el primer periodo impositivo en el que debía aplicarse (2 de diciembre de 2016), o incluso cuando ya había expirado este para aquellas sociedades que funcionan con ejercicio partido (de 1 de julio de 2016 a 30 de junio de 2017). Esta sola circunstancia bastaría para calificar el Real Decreto-Ley 3/2016 como retroactivo con base en el artículo 10.2 de la Ley General Tributaria (LGT), a cuyo tenor:

2. Salvo que se disponga lo contrario, las normas tributarias no tendrán efecto retroactivo y se aplicarán a los tributos sin periodo impositivo devengados a partir de su entrada en vigor y a los demás tributos cuyo periodo impositivo se inicie desde ese momento.

Es decir, del precepto legal *a contrario sensu* se desprende una interpretación auténtica de qué debe entenderse por retroactividad en los impuestos instantáneos (se devengan con la realización del hecho imponible) y en los impuestos periódicos (se devengan al finalizar su periodo impositivo). Por ende, y en puridad, el Real Decreto-Ley 3/2016, que entró en vigor el día de su publicación en el BOE el 3 de diciembre, y se aplica al propio ejercicio fiscal de 2016, cuando ya prácticamente expiraba este, constituye, según el criterio legal auténtico que luce en el artículo 10.2 de la LGT, una norma fiscal retroactiva.

Otra cosa es determinar cuándo esa retroactividad, legalmente establecida ex artículo 10.2 de la LGT, es constitucionalmente relevante y, por ende, cuándo aparece viciada de

inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional (TC) ha declarado que no existe una prohibición constitucional de retroactividad aplicable a la legislación tributaria que sea subsu- mible en la interdicción de retroactividad de disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos individuales del artículo 9.3 de la CE (Sentencia del TC –STC– 27/1981, de 20 de julio –NFJ000001–), y que la irretroactividad absoluta en materia fiscal podría hacer inviable la reforma fiscal (STC 126/1987, de 16 de julio –NFJ000307–). Sin embargo, en el importan- te fundamento de derecho 11 de la STC 182/1997, de 28 de octubre (NFJ005623), recaída también en relación con un decreto-ley, admite que la retroactividad tributaria puede afectar a otro valor constitucional como es la seguridad jurídica, tutelado también en el artículo 9.3 de la CE, y centra el canon de constitucionalidad en los siguientes términos:

b) Ahora bien, también hemos declarado que «afirmar que las normas tributarias no se hallan limitadas en cuanto tales por la prohibición de retroactividad estable- cida en el art. 9.3 CE, en tanto que no son normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, no supone de ninguna manera mantener, siempre y en cualquier circunstancia, su legitimidad constitucional, que puede ser cuestionada cuando su eficacia retroactiva entre en colisión con otros principios consagrados en la Constitución (STC 126/1987, fundamento jurídico 9.), señaladamente, por lo que aquí interesa, el de seguridad jurídica, recogido en el mismo precepto consti- tucional» (STC 173/1996, fundamento jurídico 3.4).

c) Sobre el significado del principio de seguridad jurídica en este particular con- texto, también hemos señalado que dicho principio, aun cuando no pueda erigirse en valor absoluto, pues ello daría lugar a la congelación o petrificación del orde- namiento jurídico existente (STC 126/1987, fundamento jurídico 11), ni deba en- tenderse tampoco como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal (SSTC 27/1981 y 6/1983), sí protege, en cambio, la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede trascender la in- terdicción de la arbitrariedad (STC 150/1990, fundamento jurídico 8.).

Determinar, en consecuencia, cuándo una norma tributaria de carácter retroactivo vulnera la seguridad jurídica de los ciudadanos es una cuestión que solo puede re- solverse caso por caso, teniendo en cuenta, de un lado, el grado de retroactividad de la norma cuestionada y, de otro, las circunstancias específicas que concurren en cada supuesto (SSTC 126/1987, fundamento jurídico 11, 150/1990, fundamen- to jurídico 8, y 173/1996, fundamento jurídico 3).

Finalmente, como criterio orientador de este juicio casuístico, resulta relevante, a tenor de la doctrina de este tribunal, distinguir entre la retroactividad auténtica o de grado máximo, y la retroactividad impropia o de grado medio. En el primer supuesto, que se produce cuando la disposición pretende anudar sus efectos a situaciones de hecho producidas con anterioridad a la propia ley y ya consuma- das, solo exigencias cualificadas de interés general podrían imponer el sacrificio

del principio de seguridad jurídica. En el supuesto de la retroactividad de grado medio o impropia, que se produce cuando la ley incide sobre situaciones jurídicas actuales aún no concluidas, la licitud o ilicitud de la disposición dependerá de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso que tenga en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico tributario, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso, es decir, la finalidad de la medida y las circunstancias relativas a su grado de previsibilidad, su importancia cuantitativa, y otros factores similares (STC 126/1987, fundamentos jurídicos 11, 12 y 13, STC 197/1992, fundamento jurídico 4 y STC 173/1996, fundamento jurídico 3).

Por tanto, el canon de constitucionalidad para determinar cuándo la retroactividad tributaria franquea el límite negativo intangible de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) impone un juicio casuístico con base en el grado de retroactividad y las circunstancias concurrentes, y que ahora debemos proyectar sobre el apartado 3 de la reformada disposición transitoria decimosexta.

En cuanto al primer aspecto, estamos ante una retroactividad auténtica o de grado máximo, en la medida en que la disposición reformada «pretende anudar sus efectos a situaciones de hecho producidas con anterioridad a la propia ley y ya consumadas». Afecta a una situación jurídica subjetiva ya producida y consumada –e inamovible, nos atrevemos a decir–, cual es los deterioros de cartera producidos antes de 2013, y que ya fueron deducidos fiscalmente. Es más, pretende anudar a esa situación pretérita un novedoso efecto fiscal –no contemplado a la sazón–, como es su reversión automática por quintas partes anuales, independientemente de que se haya producido o no una recuperación de valor de los fondos propios de la participada. Desde esta perspectiva, pretende deshacer *ex post facto* un beneficio fiscal ya disfrutado e incorporado al patrimonio del sujeto pasivo. Se trata de una suerte de impuesto retroactivo, desconectado de la capacidad económica, o de una auténtica expropiación legislativa *ex tunc* que desgarrar, de forma grosera, la fina película protectora de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

En cuanto al segundo aspecto, debemos remitirnos a la importante STC 173/1996, de 31 de octubre (NFJ004656), que declaró la inconstitucionalidad del gravamen complementario de la tasa sobre el juego, introducida *ex novo* a mitad del periodo impositivo al que debía aplicarse; reforma fiscal retroactiva y anómala que, en gran medida, nos recuerda la que aborda el cuestionado apartado 3 de la disposición transitoria decimosexta, aunque nuestro caso es más sangrante por la intensidad de la retroactividad de grado máximo que acomete. En la citada sentencia se razona en los siguientes términos:

La seguridad jurídica, según constante doctrina de este tribunal, es «suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene aquel principio» (SSTC 27/1981, 99/1987, 227/1988 y 150/1990). Y aun cuando resulta claro, como se advertía en el fundamento jurídico 8.º de la STC 150/1990,

que no puede erigirse en valor absoluto, pues ello daría lugar a la congelación o petrificación del ordenamiento jurídico existente (SSTC 6/1983, 99/1987 y 126/1987), consecuencia contraria a la concepción que fluye del propio art. 9.3 CE, ni debe entenderse tampoco como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal (SSTC 27/1981 y 6/1983), «sí protege, en cambio, la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad» (SSTC 150/1990 y 197/1992).

Determinar cuándo una norma tributaria de carácter retroactivo vulnera la seguridad jurídica de los ciudadanos es una cuestión que solo puede resolverse caso por caso, teniendo en cuenta, de un lado, el grado de retroactividad de la norma y, de otro, las circunstancias que concurran en cada supuesto (SSTC 126/1987 y 150/1990).

En este sentido, respecto a una norma idéntica a la que ahora enjuiciamos –la disposición adicional sexta, 3, de la Ley 5/1983, de 29 de junio, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria–, este tribunal llegó a la conclusión de que se acomodaba a la Constitución porque concurrían las siguientes circunstancias: tenía carácter transitorio, su aplicación se limitaba al ejercicio en que la ley se aprobaba, no podía calificarse de imprevisible y respondía a la finalidad, constitucionalmente respaldada, de una mayor justicia tributaria (STC 126/1987, fundamento jurídico 13). Como en seguida veremos, algunas de las circunstancias que concurren en el caso que ahora nos ocupa –concretamente las dos últimas– son sensiblemente diferentes y de ahí que haya de serlo también la conclusión a que llegamos.

Los criterios que nos proporciona la sentencia transcrita nos pueden servir de pauta-guía para realizar el juicio casuístico del apartado 3 de la disposición transitoria decimosexta de la LIS, introducido por el Real Decreto-Ley 3/2016. En este sentido, debemos referirnos a los siguientes extremos:

- a) «Carácter transitorio». Modificación retroactiva de una norma de derecho transitorio

La norma cuestionada no es una norma transitoria, es la modificación retroactiva *in peius* de una norma de derecho transitorio. Una norma de derecho transitorio constituye la solución técnica a un conflicto entre la mutación legislativa y la seguridad jurídica en casos de conflicto temporal de normas jurídicas. En esa situación de colisión temporal de normas, localizan la norma aplicable, preservan derechos adquiridos, o prevén, en situaciones de retroactividad de grado medio, qué efectos deben reconocerse a situaciones jurídicas subjetivas anteriores al cambio legislativo.

Tras la abrogación de la deducibilidad fiscal de los deterioros de cartera, la disposición transitoria decimosexta de la LIS, o antes la disposición transitoria cuadragésima prime-

ra del TRLIS que introdujo esta disposición transitoria, respondía a esta finalidad tuitiva. O más exactamente, trataba de garantizar que, en aquellos casos en que el artículo 12.3 del TRLIS funcionaba como una diferencia temporal, en caso de producirse una eventual y futura recuperación de los fondos propios de la participada se procedería a su reversión e integración en la base imponible de los ajustes por deterioro previamente practicados. Si, por el contrario, no se producía esa recuperación, el beneficio fiscal quedaba definitivamente consolidado. De esta forma, se preservaban en el tiempo, en uno u otro caso, los efectos fiscales dimanantes de una situación jurídica subjetiva plenamente consumada.

Pues bien, esa situación de equilibrio entre cambio legislativo y seguridad jurídica, se ha visto bruscamente adulterada mediante la reforma retroactiva de una disposición transitoria aplicable a deterioros anteriores a 2013 ya consolidados, suponiendo, a efectos prácticos, deshacer un beneficio fiscal que ya había ingresado en la esfera jurídica del sujeto pasivo, sin conexión alguna con la medición de su capacidad económica. La circunstancia de que esa reforma retroactiva afecte precisamente a una norma de derecho transitorio, cuya función normativa como fiel sobre el que basculan valores opuestos hemos intentado ya glosar, quiebra indefectiblemente la confianza legítima y la seguridad jurídica que son constitucionalmente exigibles.

b) «Aplicación limitada al ejercicio en el que la ley se aprueba»

El real decreto-ley controvertido puede aplicarse, según los casos, a los cinco años consecutivos para los que se prevé una reversión lineal por quintas partes de un beneficio fiscal consolidado en 2013, definitivamente incorporado al patrimonio del sujeto pasivo del impuesto, y que ahora hay que devolver.

c) «Finalidad constitucional de mayor justicia tributaria»

La ratio de la norma transitoria reformada *ex tunc* responde a una aparente exigencia recaudatoria, pero no a una finalidad constitucional de mayor justicia tributaria. Es más, está totalmente desconectada del principio de capacidad económica, la reversión fiscal de deterioros contables no refleja una realidad económica reveladora de una mayor capacidad contributiva, sino que descansa en una mera ficción legal.

d) «Imprevisibilidad»

La aludida STC 173/1996 insistía en la imprevisibilidad del cambio normativo en los siguientes términos:

El aumento significativo de las cuotas fijas ya devengadas de la tasa fiscal del juego ha sido en esta ocasión absolutamente imprevisible. Y, como hemos dicho antes,

el principio de seguridad jurídica protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que, de no darse esta circunstancia, la retroactividad posible de las normas tributarias podría incidir negativamente en el citado principio que garantiza el art. 9.3 CE.

En efecto, en lo que concierne al gravamen complementario establecido por la Ley 5/1983, no hay duda de que existían en aquel momento determinados datos relevantes que permitían a los sujetos pasivos esperar, en un plazo breve, un aumento de las tasas correspondientes a las máquinas recreativas tipo «B».

Tanto en este fragmento transcrito, como en anteriores, el Alto Tribunal reacciona contra el cambio legislativo absolutamente imprevisto, y lo hace conectando la imprevisibilidad con una de las manifestaciones de la seguridad jurídica: el principio de confianza legítima. Y la propia certeza del derecho, es decir, «la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y el respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes» (STC 147/1986, de 25 de noviembre –NCJ047774–). Nótese que el principio de confianza legítima es de factura alemana, y fue decantado por la jurisprudencia constitucional y ordinaria como límite de la retroactividad de las leyes. La celeberrima Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 19 de diciembre de 1961 estableció que:

Entre los elementos fundamentales que configuran el Estado de Derecho hay que incluir la seguridad jurídica. El ciudadano ha de poder prever las posibles intervenciones del Estado con respecto a su persona para poderse preparar convenientemente de acuerdo con ello; ha de poder confiar en que su comportamiento, acorde con el derecho vigente, seguirá siendo reconocido por el ordenamiento jurídico con todos los efectos jurídicos que anteriormente se encontraban vinculados al mismo. El ciudadano verá lesionada, sin embargo, su confianza cuando el legislador a hechos anteriormente consumados anuda unas consecuencias jurídicas que resulten más desfavorables que aquellas con las que el ciudadano podía contar al tomar sus decisiones. Para el ciudadano, seguridad jurídica significa primaria y fundamentalmente, protección de su confianza.

El súbito cambio legislativo operado *ex tunc* en la disposición transitoria decimosexta de la LIS era, cuando menos, para las sociedades con entidades participadas con deterioros deducidos antes de 2013 y que no han recuperado su valor, absolutamente imprevisto, y esa imprevisibilidad quiebra su confianza legítima, y dinamita la certeza del Derecho. Y a *fortiori* para el ejercicio fiscal de 2016, en el que se produce, al igual que en el Gravamen Complementario de la Tasa sobre el Juego, no ya a mitad del periodo impositivo como en aquella, sino cuando este esté pronto a expirar, o ha expirado ya en caso de ejercicio partido, generando la afloración inopinada de una deuda tributaria imprevista a final de año. La conclusión solo puede ser la misma que la citada STC 173/1996, a saber:

Lo anteriormente expuesto obliga a concluir que la norma cuestionada ha llevado a cabo, retroactivamente, un aumento de la deuda tributaria que puede calificarse de no previsible y carente de la suficiente justificación, lo que conduce a estimar que en este caso se ha producido una vulneración del principio de seguridad jurídica garantizado por el art. 9.3 de la Constitución.

4. El principio de confianza legítima como límite negativo a un abrupto cambio legislativo de un régimen transitorio

La seguridad jurídica dañada de forma irreparable por un abrupto cambio legislativo *ex tunc* de un régimen fiscal transitorio lesiona gravemente el principio de confianza legítima. La certidumbre y confianza legítima en la ley fiscal que aprobó un régimen transitorio, que ahora se modifica, aboca al operador económico a una situación de impotencia absoluta, que agrava su de por sí precaria situación de inseguridad ante la Administración tributaria, y le obliga a escudriñar en el derecho interno alguna forma de tutela jurídica, como la que puede proporcionar el principio de protección de la confianza legítima.

El principio de confianza legítima es de factura alemana, y fue decantado por la jurisprudencia constitucional y ordinaria de este país para establecer los límites de la retroactividad de las leyes (Blank, 2000, pp. 51 y ss.). El Tribunal Constitucional Federal alemán se pronunció sobre la protección de la confianza legítima en sus Sentencias de 1 de julio de 1953, 24 de julio de 1957 y, sobre todo, en la celeberrima 26/1961, de 19 de diciembre, en la que se sienta la siguiente doctrina:

Entre los elementos fundamentales que configuran el Estado de Derecho hay que incluir la seguridad jurídica. El ciudadano ha de poder prever las posibles intervenciones del Estado con respecto a su persona para poderse preparar convenientemente de acuerdo con ello; ha de poder confiar en que su comportamiento, acorde con el derecho vigente, seguirá siendo reconocido por el ordenamiento jurídico con todos los efectos jurídicos que anteriormente se encontraban vinculados al mismo. El ciudadano verá lesionada, sin embargo, su confianza cuando el legislador a hechos anteriormente consumados anuda unas consecuencias jurídicas que resulten más desfavorables que aquellas con las que el ciudadano podía contar al tomar sus decisiones. Para el ciudadano, seguridad jurídica significa primaria y fundamentalmente, protección de su confianza

De ahí fue importado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹, y fue adoptado, con relativa celeridad, por la jurisprudencia de nuestro Tribunal

¹ La jurisprudencia comunitaria anuda la protección de la confianza legítima, que excepciona la recuperación de ayudas de Estado, al concurso de un triple requisito: a) acto o comportamiento de la Comisión que pueda

Supremo como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador (García de Enterría, 2002, pp. 175 y ss.). La confianza legítima aparece así íntimamente vinculada a la certeza del derecho que, como tal, constituye una manifestación más del valor constitucional de la seguridad jurídica. Este concepto poliédrico de seguridad jurídica es el que, en nuestro ordenamiento interno, ha adoptado nuestro TC al señalar que:

[...] la seguridad jurídica es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad... la seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover en el orden jurídico la justicia y la igualdad en libertad (SSTC 27/1981, de 20 de julio –NFJ000001–, y 227/1988, de 29 de noviembre –NCJ023760–).

Y en cuanto a la certeza del derecho, tiene establecido que:

[...] el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisla sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas.

Pero el elemento fundamental, en cuanto aquí nos interesa, es que la seguridad jurídica garantiza «la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y el respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes» (STC 147/1986, de 25 de noviembre –NCJ047774–).

En su acepción originaria, procedente del derecho alemán, la confianza legítima opera como límite objetivo a la retroactividad de las leyes². No nos interesa la versión deformada

generar la confianza; b) imprevisibilidad del cambio de conducta de los agentes comunitarios; c) inexistencia de un interés comunitario prevalente que justifique el sacrificio de la confianza legítima. Esta doctrina la sintetiza el abogado general Léger, en sus conclusiones evacuadas el 9 de febrero de 2006 en *Forum 187* (asuntos acumulados C-182/03 y C-217/03). Pero el artículo 14.1 del reglamento se refiere a los principios generales de derecho comunitario que excepcionan la decisión de recuperación de una ayuda de Estado ilegal, no alude a los principios que pueden modular la declaración de ilegalidad o incompatibilidad comunitaria de una ayuda, donde tendría todo su sentido hablar de la protección de la confianza legítima, o de tutela de las expectativas legítimas, como un correctivo a la eficacia *ex tunc* que puede desplegar la decisión de la Comisión o una sentencia de la justicia comunitaria. Por tanto, se opera en la confianza legítima del artículo 14.1 del Reglamento 659/99 –o en su invocación o aplicación– una cierta desviación de su matriz originaria, para devenir un principio que más que modular los efectos temporales de la declaración de incompatibilidad, o contribuir a diseñar un régimen transitorio, sirve para excluir la obligación de recuperación. Con la sentencia *Centros* y, posteriormente, con la decisión sobre el fondo de comercio financiero español (art. 12.5 TRLIS), se vuelve a su más genuina formulación alemana. Sobre el particular, véase Juan Casadevall (2011, pp. 266 y ss.).

² En esta acepción originaria, la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán jugaría a favor de la tesis que aquí defendemos. En efecto, en la ya aludida STC 26/1961, entre las excepciones al principio enunciadas, se afirma que:

de la confianza legítima que, según la Comunicación sobre ayudas de Estado en la fiscalidad empresarial, permite excepcionar el deber de recuperación. Nos interesa la confianza legítima que, como mero trasunto de la seguridad jurídica, tiene en la certeza del derecho su exigencia primaria³, y puede erigirse en un título jurídico autónomo para fundar incluso la responsabilidad patrimonial por actos normativos. En contra del criterio sostenido por García de Enterría⁴, la doctrina viene admitiendo la tesis de la responsabilidad patrimonial por actos normativos⁵, e, incluso, puede encontrarse apoyo en alguna jurisprudencia constitucional al formular algunos principios generales en torno al principio de seguridad jurídica. En efecto, el TC tiene establecido que «una legislación confusa, oscura e incompleta dificulta su aplicación y además de socavar la certeza del Derecho y la confianza de los ciudadanos puede terminar por empañar el valor de la justicia» y añadía que:

[...] el principio de seguridad jurídica, aun cuando no pueda erigirse en valor absoluto, pues ello daría lugar a la congelación del ordenamiento jurídico existente (STC 126/1987, F.J 11), ni deba entenderse tampoco como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal (SSTC 27/1981 y 6/1983), sí protege, en cambio, como antes se dijo, la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles (STC 150/1990, de 4 de octubre –NFJ004014–).

[...] el ciudadano no podrá basar su confianza en la apariencia de legalidad generada por una norma inválida. Por consiguiente y en determinadas circunstancias, el legislador estará facultado para sustituir con efectos retroactivos una disposición inválida por otra que no presente objeciones desde un punto de vista jurídico.

- ³ Como ha advertido la mejor doctrina, la exigencia primaria del principio de seguridad jurídica, y de su correlato de confianza legítima, es la idea de certeza de Derecho. Véase Villar Ezcurra (1996, pp. 35 y ss.).
- ⁴ García de Enterría (2002, pp. 173 y ss.) se muestra extraordinariamente crítico con la tesis de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador basada en la infracción del principio de protección de la confianza legítima. El carácter esencialmente innovativo de la ley, y la necesidad de garantizar la evolución del ordenamiento jurídico en el que se integra y evitar su petrificación, lleva al autor a rechazar la posible invocación del principio de protección de la confianza legítima para fundar esa responsabilidad patrimonial. También ha fundado su oposición a la responsabilidad patrimonial por acto legislativo en la falta de jurisdicción de los tribunales contencioso-administrativos (García de Enterría, 2002, pp. 113 y ss.).
- ⁵ Según Galán Vioque (2001, p. 537), «el principio de seguridad jurídica en su trasunto de confianza legítima se ha convertido en un parámetro decisivo para determinar la antijuridicidad de los daños imputables a las Leyes». Y Alonso García (1999, pp. 109 y ss.) entiende que el daño es ilícito «cuando suponga una ruptura del principio de confianza legítima en la estabilidad del ordenamiento jurídico». Garrido Falla (1989), entre otros autores, ha basado la responsabilidad del Estado Legislador en el principio de responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos –de todos los poderes públicos, por tanto, también del Legislativo–, que luce en artículo 9.3 de la CE. Y, entre la doctrina tributarista, Checa González (2003, p. 16) también ha discrepado del criterio de García de Enterría, y ha venido a distinguir convenientemente entre la prohibición del cambio legislativo, que realmente produciría la petrificación o congelación del ordenamiento jurídico, y el debido respeto a la seguridad jurídica.

En la STC 36/1991, de 14 de febrero (NCJ062467) se habla de la «expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho», y en la STC 46/1990, de 15 de marzo (NCJ063453), afirma que «el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisla sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas».

A modo de síntesis de la jurisprudencia vertida, la STC 104/2000, de 13 de abril (NCJ052121) concluye:

La seguridad jurídica, entendida como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 15/1986), como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (STC 36/1991), como la claridad del Legislador y no la confusión normativa (STC 46/1990)... En suma, solo si en el ordenamiento jurídico en que se insertan y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo producen confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica.

Pues bien, en la medida en que la ley tributaria estatal genera, en los beneficiarios de los incentivos fiscales que establece, una «incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible o sobre la previsibilidad de sus efectos», porque la noción amplia de selectividad, o la nueva estrategia del régimen transitorio de reversión fiscal de la cartera deteriorada antes de 2013, se aniquila con efecto retroactivo por el Real Decreto-Ley 3/2016, parece que podría invocarse la lesión a la confianza legítima para reclamar la indemnización del daño producido.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo también se ha pronunciado sobre este principio. Así la Sentencia del Alto Tribunal de 9 de febrero de 2004 (rec. núm. 4130/2001) ha declarado que:

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

de esta de responder de la alteración (producida sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento (Cfr. SSTS de 10 de mayo, 13 y 24 de julio de 1999 y 4 de junio de 2001). Pero ello en el bien entendido de que no pueden apreciarse los necesarios presupuestos para la aplicación del principio invocado en la mera expectativa de una invariabilidad de las circunstancias. En el mismo sentido, debe tenerse en cuenta que el «principio de protección de la confianza legítima del ciudadano» en el actuar de la Administración no se aplica a los supuestos de cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, sino cuando dicha «confianza» se funda en signos o hechos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes que induzcan a aquel a confiar en la «apariencia de legalidad» que la actuación administrativa a través de actos concretos revela (Cfr. SSTS 15 de noviembre de 1999, 4 de junio de 2001 y 15 de abril de 2002, entre otras).

Obviamente esta sentencia se refiere a una actuación administrativa que genera una expectativa razonable, pero esa misma esperanza inducida por la estabilidad de las normas, o la incontestable *apariencia de legalidad* que, de forma tautológica, resulta de la existencia de una ley formal, como es la ley tributaria que establece el régimen transitorio ahora reformado *ex tunc*.

En cualquier caso, y en contraste con esta última jurisprudencia, nótese que, en nuestra hipótesis de trabajo, no estamos ante simples expectativas de derecho, o derechos adquiridos que, por mor de la confianza legítima deban devenir inmutables ante un cambio de actuación administrativa. Ni tampoco defendemos que la confianza legítima suponga la invariabilidad del ordenamiento o su petrificación, inmune al cambio legislativo sino se acompaña de la pertinente previsión indemnizatoria. Estamos hablando de derechos subjetivos perfectos, y ya incorporados al patrimonio jurídico del beneficiario –el derecho a la deducción o desgravación, o a la no reversión fiscal hasta que se produzca la recuperación de la participación en la filial– que posteriormente es objeto de ablación legislativa. La propia distinción de Duguit entre situaciones subjetivas y objetivas, que García de Enterría⁶

⁶ Según este autor:

Las primeras son situaciones especiales, individuales y temporales, y su contenido y extensión están determinados por un acto singular distinto de la ley, aunque de conformidad con esta. Estas situaciones no pueden ser afectadas por una ley nueva; cuando el título especial las creó eran conformes a la ley, y la ley ulterior no puede privarlas de la validez que de la anterior han derivado; solo una ley con retroactividad máxima, que Duguit considera contraria al «Derecho superior», podría hacerlo, pero la validez de esta ley sería cuestionable. Ejemplo entre todos: un contrato válidamente celebrado. En cambio, las situaciones jurídicas generales, impersonales y objetivas, que son las creadas por leyes o reglamentos igualmente generales, impersonales y



esgrime para excluir el deber de reparación económica ante un cambio legislativo, podría servir de base aquí el resarcimiento del daño patrimonial, en la medida en que se produce una ablación de una situación jurídica subjetiva plenamente consolidada, que, incluso, desde una perspectiva jurídico-tributaria.

En definitiva, estamos ante una auténtica expropiación legislativa de un beneficio fiscal consolidado antes de 2013 que, por lo que queda razonado, pudiera habilitar una responsabilidad patrimonial por acto legislativo, pero que, a nuestro modo de ver, tiene un acomodo más adecuado en la depuración del vicio de inconstitucionalidad que aparentemente le afecta, por contravención del principio de confianza legítima, como trasunto de la seguridad jurídica que proclama el artículo 9.3 de la CE.

objetivos, no tienen ninguna posibilidad de perseverar ante el cambio de la ley o reglamento que las ha creado y que puede, con la misma potestad, sustituirlas por una nueva situación general y objetiva, frente a la cual ninguno de los incluidos en la situación legal o reglamentaria anterior tiene absolutamente ningún derecho. Son situaciones legales o reglamentarias, definitorias de *status* legales a los que están acogidos un número indeterminado de sujetos, eventualmente todos (por ejemplo, el *status* de la nacionalidad).

Véase García de Enterría (2002, p. 197). Aun cuando esta tesis sirve al autor para excluir una eventual responsabilidad patrimonial por la alteración de derechos expectantes o adquiridos ante una modificación legislativa, serviría, a nuestro juicio, para amparar situaciones jurídicas subjetivas consolidadas, y plenamente incorporadas al patrimonio jurídico del administrado, de tal suerte que su eventual sustracción *ex post*, en virtud de un cambio legislativo retroactivo, constituiría una auténtica privación singular.

Referencias bibliográficas

- Alonso García, M. C. (1999). *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador*. Barcelona: Marcial Pons.
- Blank, H. J. (2000). *Kertauenschaft im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*. Tübingen.
- Checa González, C. (2003). La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por la aplicación de actos legislativos. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 15.
- Galán Vioque, R. (2001). *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador*. Barcelona.
- García de Enterría, E. (2002). El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador. *RAP*, 159.
- Garrido Falla, F. (1989). Responsabilidad patrimonial del Estado Legislador. *RAP*, 118.
- Juan Casadevall, J. de. (2011). *Ayudas de Estado e imposición directa en la UE*. Pamplona: Aranzadi Thomson Reuters.
- Villar Ezcurra, M. (1996). La protección a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima frente a las reformas tributarias retroactivas: consideraciones en torno a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el «gravamen complementario» de las tasas de máquinas de azar. *Quincena Fiscal*, 6.