

## IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS. EJERCICIO 2016 (CASO PRÁCTICO)

**José Rivaya Fernández-Santa Eulalia**

*Inspector de Hacienda del Estado*

---

### EXTRACTO

El presente caso práctico tiene por objeto analizar, a través de ejemplos prácticos, las últimas novedades que, tanto desde el punto de vista legal, como desde el punto de vista de la formación de criterio administrativo, han afectado al IRPF, todas ellas con una importante incidencia en la autoliquidación a presentar en relación con el periodo impositivo de 2016. Así, por ejemplo, se analizan las implicaciones que en el ámbito del IRPF ha tenido el Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo; el reciente pronunciamiento del Tribunal Económico-Administrativo Central a propósito de la tributación de las prestaciones por maternidad; o el criterio de la Dirección General de Tributos en relación con la posibilidad de que en el ámbito de este impuesto y a efectos de calificar el arrendamiento de inmuebles como actividad económica se cumpla el requisito de la persona empleada mediante la externalización de la gestión de los alquileres. Estos son solo unos ejemplos de los variados y actuales temas que se tratan en el presente supuesto práctico.

**Palabras clave:** IRPF, declaración del impuesto, ejercicio 2016 y caso práctico.

---

## ENUNCIADO

Don Manuel (45 años) y doña Luisa (35 años) se encuentran casados bajo el régimen económico matrimonial de separación de bienes. Tienen tres hijos (Manuel, Alejandro y Fernando), de 7, 4 y 2 años, respectivamente. Doña Luisa percibió tras el parto del tercero de sus hijos la correspondiente prestación por maternidad sobre la que la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) practicó una retención a cuenta del impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) del 2%. Además, doña Luisa consignó la citada renta en la declaración del impuesto correspondiente al año 2014 por lo que acabó tributando por ella a su tipo medio de gravamen. En relación con la tributación de esta renta, doña Luisa se encuentra muy intrigada pues últimamente la prensa viene informando de que la prestación de maternidad no tributa en el IRPF. De esta forma, decide consultar a su asesor quien le informa de que, efectivamente, los tribunales han declarado la exención de la renta por lo que debería, cuanto antes, presentar una solicitud de rectificación de la autoliquidación del IRPF de 2014 con el objeto de recuperar el impuesto indebidamente ingresado por la prestación por maternidad. Además, el asesor le indica que si no reclama cuanto antes corre el riesgo de que le prescriba el derecho a solicitar la rectificación.

Doña Luisa se había divorciado de su anterior pareja, Javier, con el que contrajo matrimonio muy joven y con el que tuvo dos hijos (Juan y Luis). Con motivo del divorcio se atribuyó la guarda y custodia de los hijos a doña Luisa, en exclusiva, por lo que actualmente viven con don Manuel, doña Luisa y los tres hijos de estos. El exmarido de doña Luisa abona una anualidad por alimentos de 6.000 euros en virtud de sentencia firme dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 26 de la ciudad de Valencia. Los hijos (Juan y Luis) tienen 13 y 11 años, respectivamente.

Con la familia vive doña Amparo, tía de don Manuel, y de la que, años atrás, fue declarado judicialmente tutor. Doña Amparo tiene 78 años de edad y tiene reconocida una minusvalía del 70%. Además, según la Resolución de la Conselleria de Bienestar Social de la Generalitat Valenciana, doña Amparo precisa la ayuda de terceras personas, percibiendo por ello una ayuda a la dependencia reconocida al amparo de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Su importe asciende a 3.000 euros. Además de esta renta doña Amparo percibe una pensión de viudedad que asciende (en cómputo anual) a 8.000 euros.

Don Manuel es ingeniero de caminos, canales y puertos y ostenta la condición de socio y administrador único de una sociedad (Proyectos y Vías, SL) cuyo objeto social es la redacción de proyectos de ingeniería de obras públicas y privadas así como la dirección de obra de aquellos proyectos que le sean contratados. Además, presta servicios de enseñanza siendo los destinatarios de tales servicios jóvenes ingenieros aspirantes a ingresar en el Cuerpo de Ingenieros de caminos, canales y puertos del Estado.

La sociedad está participada en un 50% por don Manuel y el resto del capital pertenece a otros dos socios que ostentan cada uno de ellos una participación del 25%.

Los estatutos de la sociedad no reconocen el carácter remunerado del cargo.

A lo largo de 2016 se producen los siguientes hechos con trascendencia tributaria para la declaración del impuesto:

1. Don Manuel prestó servicios profesionales para Proyectos y Vías, SL, de la que, como ya hemos visto, ostenta la condición de socio. Como contraprestación por la prestación de sus servicios don Manuel ha venido percibiendo de la sociedad una retribución mensual de 6.000 euros. Por su parte, los otros dos socios habrían percibido a lo largo del año una retribución de 3.000 euros mensuales cada uno de ellos.

El importe neto de la cifra de negocios y los gastos soportados por la sociedad en el desarrollo de su actividad son los siguientes:

INCN .....	850.000
Aprovisionamientos .....	100.000
Servicios exteriores .....	35.000
Amortizaciones .....	20.000
Gastos de personal .....	170.000
Gastos financieros .....	15.000
Resultado neto previo .....	510.000

Don Manuel le plantea a su asesor fiscal la duda de cuál es el importe por el que debe valorar sus servicios, pues es conocedor de la existencia de actuaciones de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) tendentes a comprobar el valor de este tipo de operaciones y no quiere correr riesgos de ningún tipo.

Para el desarrollo de la actividad, la sociedad cuenta con la correspondiente organización de medios materiales y personales. En concreto, tiene contratados dos administrativos, un técnico de obras públicas y dos ingenieros de caminos canales y puertos, todos ellos en régimen de dependencia laboral. Las retribuciones anuales de cada uno de los dos ingenieros de caminos ascienden a 50.000 euros. La retribución del técnico de obras públicas a 30.000 euros y la de los dos administrativos a 20.000 euros cada uno de ellos.

Por otro lado, la sociedad también presta servicios de formación a terceros, principalmente alumnos recién salidos de la escuela de Caminos que han decidido dar el salto a la Administración y preparar para ello la oposición al Cuerpo de Ingenieros del Estado.

Los ingresos derivados de la realización de esta actividad ascienden a 60.000 euros (que se entienden incluidos en el importe neto de la cifra de negocios de la tabla anterior) siendo el único gasto necesario para su obtención el correspondiente al alquiler de las aulas en las que se imparten las clases. El gasto total derivado del arrendamiento de las aulas ascendió a 8.000 euros.

Las actividades realizadas por la sociedad se encuentran encuadradas en los siguientes epígrafes de la CNAE: 71.12 (Servicios Técnicos de Ingeniería) y 85.59 (Otra educación n.c.o.p.).

2. Don Manuel y doña Luisa adquirieron en 2007 la vivienda que, hasta el momento, constituye su vivienda habitual. Para ello solicitaron y obtuvieron de la entidad financiera en la que mantenían sus cuentas y con la que habitualmente operaban un préstamo con garantía hipotecaria. El tipo de interés pactado por las partes fue el euríbor a 12 meses + 0,30, si bien el contrato establecía una revisión semestral del tipo de interés. Además, en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria que firmaron con la entidad de crédito se incluyó una cláusula (conocida como cláusula suelo) que impedía a los prestatarios beneficiarse de bajadas del euríbor por debajo del 1,7%, siendo el interés mínimo a abonar al banco del 2%.

En todos y cada uno de los periodos impositivos desde que se adquirió la vivienda aplicaron la deducción por inversión en vivienda habitual coincidiendo en todos ellos la base de la deducción aplicada con el importe máximo establecido en cada momento por la ley.

A lo largo de 2016 un amigo del matrimonio les comenta que el Tribunal Supremo había anulado cláusulas como las que incorporaba su contrato de préstamo y que debían hacer algo para impedir que el banco siguiera aplicando abusivamente dicha cláusula. Sin embargo, don Manuel, aconsejado por su asesor, decidió no iniciar ninguna acción contra el banco pues, según su asesor, las cantidades que, en su caso, obtuviese de prosperar la reclamación tendrían que «tributar» en el IRPF. A pesar de ello, y antes de que concluyera el periodo impositivo, don Manuel recibió una comunicación del banco por la que se le indicaba que debido a un reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se había anulado la citada cláusula y se le había reconocido el derecho al cobro del exceso de las cantidades pagadas con respecto a las que habría tenido que haber pagado de no haberse limitado la posibilidad de beneficiarse de las bajadas del euríbor.

De esta forma, el banco ingresa en su cuenta corriente 15.000 euros por los intereses pagados en exceso y 3.500 euros por los intereses generados por las cantidades anteriores.

3. El pasado 15 de septiembre de 2016 el matrimonio vendió por 350.000 euros un apartamento situado en la localidad alicantina de Moraira que había adquirido en enero 2010. La adquisición se realizó por 120.000 euros, importe por el que se au-

toliquidó el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas.

Dado que en aquel momento carecían de ahorros suficientes para poder pagar la totalidad del precio al contado se solicitó y obtuvo un préstamo con garantía hipotecaria por un importe de 60.000 euros. Para la tramitación del préstamo hubo de solicitarse una tasación actualizada del valor de la vivienda, de la que resultó un valor de la vivienda de 250.000 euros.

Los anteriores dueños, de nacionalidad británica, tenían mucha urgencia en recuperar la inversión en su día realizada lo que facilitó que la negociación concluyera favorablemente a los intereses del matrimonio que gracias a ello consiguió un auténtico «chollo». Sin embargo, tras haber transcurrido tres años y nueve meses desde la presentación de la autoliquidación del impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas don Manuel y doña Luisa recibieron en septiembre de 2013 la notificación del inicio de un procedimiento de comprobación de valores, que incluía la correspondiente propuesta de liquidación, en la que se incrementaba el valor real del inmueble hasta los 250.000 euros resultantes de la tasación efectuada por la sociedad de tasación. A pesar de las alegaciones formuladas por el matrimonio (en las que se defendía que el valor real del bien coincidía con el valor declarado), el órgano competente dictó liquidación que fue notificada el día 15 de marzo de 2014. El importe de la cuota adicional liquidada ascendía a 10.400 euros, resultado de aplicar el tipo de gravamen aplicable a las transmisiones de bienes inmuebles vigente en aquel momento (8%) sobre la diferencia entre el valor declarado y el valor comprobado (130.000 €). Además, se le liquidaron los correspondientes intereses de demora.

Antes de vender el apartamento se interesaron por las consecuencias fiscales que, en el ámbito del IRPF, tendría la transmisión del inmueble.

4. Con motivo del nacimiento de su tercer hijo, don Manuel y doña Luisa decidieron adquirir un vehículo nuevo aprovechando para ello el enésimo Plan PIVE puesto en marcha por el Gobierno. Por ser titular de una familia numerosa y, además, adquirir un vehículo híbrido y «enchufable» el Ministerio de Industria les subvencionó con la cantidad de 3.000 euros. Antes tuvieron que dar de baja el vehículo que hasta entonces utilizaba la familia y que tenía una antigüedad de más de 10 años.
5. El matrimonio era titular de un paquete de 80.000 acciones de Repsol adquiridas a un precio de 11,80 euros/acción. El día 15 de septiembre Repsol acordó repartir un dividendo con cargo a reservas voluntarias (de libre disposición) para lo que la entidad recurrió, como venía siendo habitual en los últimos años, al denominado programa «Dividendo flexible», programa que permitía a los accionistas optar por acudir a la ampliación de capital liberada (en la proporción de 1 acción nueva por cada 8 antiguas) o cobrar el dividendo en efectivo (ya vendiendo al propio banco los derechos de suscripción que le corresponden en la ampliación de capital y renunciando

la entidad, en todo caso, al ejercicio de los derechos sobre las nuevas acciones que hubiese adquirido en ejecución de dicha oferta, por lo que no adquirirá estas acciones en autocartera). Además, podrían optar por vender los derechos de suscripción que le correspondieran en la citada ampliación de capital en el mercado secundario.

Pues bien, el matrimonio decide vender la mitad de los derechos de suscripción que le corresponden (40.000) en el mercado secundario y ejercer el resto de derechos, suscribiendo gratuitamente el número de acciones que resulte de la proporción ya indicada (1 acción nueva por cada 8 antiguas). Al ser el precio de cotización de los derechos en el momento de la venta de 0,05 euros/derecho el matrimonio obtiene por su venta 2.000 euros.

6. Doña Luisa, que necesitaba dar un impulso a su carrera profesional, decidió hace unos meses estudiar un posgrado (MBA) en una conocida escuela de negocios que ha terminado recientemente. Fruto de una idea de negocio que tuvo con otra compañera de curso (María José), ambas se decidieron a iniciar una aventura empresarial. Para ello, constituyeron una sociedad anónima a la que aportan los ahorros que cada una tenía. En concreto, se decide una aportación inicial de 6.000 euros cada una de ellas. La sociedad se constituyó con la denominación social de Emprendedoras, SA. Sin embargo, la puesta en marcha del negocio requería de una inversión adicional. Así, tras acudir a diversos bancos ninguno de ellos les proporciona el capital que precisan por no ver claro el futuro del negocio proyectado.

Cuando estaban a punto de «tirar la toalla», y tras entrevistarse con un conocido inversor de «capital semilla» (don Miguel), consiguen que este se comprometa a realizar una aportación de 40.000 euros. La inversión se canaliza vía aportación de capital, para lo que se adopta el correspondiente acuerdo de ampliación con renuncia de las socias al derecho preferente de suscripción de las nuevas acciones. Esta operación tiene lugar el 1 de junio de 2016.

El capital aportado les permite realizar las inversiones necesarias para poner en marcha el negocio y adquirir los elementos del inmovilizado necesarios para comenzar a dar sus primeros pasos.

Transcurridos dos años desde la constitución de la sociedad, don Miguel decide deshacer su inversión vendiéndola a doña María y a doña Ana, que se hacen como consecuencia de ello con el 100% del capital social (50% cada una de ellas).

Don Miguel, por su parte, adquiere con el producto de la venta de las acciones un paquete de acciones de otra sociedad de nueva creación.

Doña Luisa le formula las siguientes preguntas a su asesor:

¿Existe algún incentivo fiscal para operaciones como la descrita? En caso de responder afirmativamente ¿qué requisitos resultan exigibles para su aplicación? ¿La venta por don Miguel de las acciones de la sociedad Emprendedoras, SA tiene algún tipo de beneficio fiscal? ¿Cuál?

7. Antes de que se acordara judicialmente su incapacidad, doña Amparo adquirió en 2009, 2010 y 2011 participaciones preferentes emitidas por una conocida entidad de crédito. En cada uno de dichos años percibió unos intereses del 7% del capital invertido (que ascendió a 100.000 €). Dichos intereses fueron declarados en cada una de las autoliquidaciones que por el IRPF de dichos años presentó doña Amparo.

De acuerdo con la Resolución de 16 de abril de 2013 de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), en mayo de 2013 se procede a convertir dichos valores en acciones. El valor de las acciones en ese momento era del 80% del capital invertido, es decir, 80.000 euros. Durante el mismo ejercicio 2013 dichas acciones se transmitieron por un precio de 75.000 euros.

En junio de 2016 el juzgado dicta sentencia y declara la nulidad de los contratos de compra de participaciones preferentes. Doña Amparo había instado, una vez vendidas las acciones recibidas en el canje, la nulidad del contrato de compra de las participaciones preferentes, para lo que fue empujada por su sobrino don Manuel quien consideraba un abuso que a su pobre tía se le hubiese vendido un producto financiero como aquel.

Como consecuencia de la sentencia, la entidad bancaria tiene que restituir el capital invertido incrementado con los intereses legales devengados desde que se hizo la orden de suscripción, y descontando los intereses que se hubieran percibido durante el periodo de tenencia de las participaciones preferentes. Asimismo, el cliente debe entregar todos los títulos a la entidad bancaria. Además, se condena a la parte demandada al pago de las costas procesales.

8. El día 1 de mayo de 2016 doña Luisa firmó con una importante empresa multinacional del sector del automóvil un contrato de arrendamiento de la vivienda que había heredado de su abuela. En el contrato se estipula que el inmueble se va a destinar a la vivienda habitual del nuevo director general y de su familia que van a trasladarse a la ciudad de Valencia procedentes de Alemania. La renta prevista en el contrato, que tiene una duración de tres años (renovable), asciende a 2.000 euros/mes. Además, los gastos de suministros son de cuenta de la empresa arrendataria, si bien, para evitar problemas, deciden mantener la cuenta de don Manuel como cuenta de cargo. A continuación, y dentro de los cinco primeros días del mes siguiente, don Manuel se compromete a remitir a la empresa arrendataria todas las facturas. Esta deberá abonar en el plazo de dos días hábiles desde la recepción del correo electrónico con la copia de las facturas el importe facturado por las compañías suministradoras. En concreto, las facturas pagadas por don Manuel y reembolsadas por la empresa arrendataria a lo largo del periodo impositivo ascienden a 8.000 euros distribuidos según el siguiente detalle:

• Luz .....	1.200
• Agua .....	6.000
• Gas .....	800

Además, doña Luisa se compromete a realizar unas obras de conservación en la vivienda (pintura y acuchillado del parqué) cuyo valor asciende a 10.000 euros. Tales obras se realizan antes de la firma del contrato y como requisito previo a su firma.

El resto de los gastos asociados a la vivienda son:

• IBI .....	600
• Comunidad .....	1.500
• Seguridad .....	500
• Seguro multirriesgo .....	450

Desde el día 1 de enero y hasta la fecha en que se firmó el contrato, la vivienda estuvo desocupada. Su valor catastral asciende a 150.000 euros (revisado en 2004), correspondiendo un 25% al valor del suelo. El valor de la vivienda a efectos del impuesto sobre sucesiones y donaciones fue de 300.000 euros, satisfaciendo 4.000 euros a notario y registrador y 6.000 euros por el propio impuesto.

9. Además de la vivienda a que se refiere el apartado anterior, don Manuel es propietario de dos viviendas, dos plazas de garaje y un local comercial que se encuentran en el mismo edificio sito en una céntrica calle de Valencia. Tales inmuebles se adquirieron tiempo atrás mediante un contrato de permuta de suelo a cambio de obra futura que había celebrado con una importante empresa promotora local. El solar le había sido donado por su padre años antes de fallecer. Todos ellos estuvieron arrendados a lo largo de 2016.

Por otro lado, es propietario proindiviso de una finca rústica sita en la localidad de Ontinyent (Valencia) que arrienda a un agricultor de la zona. La finca se destina al cultivo de la vid para la venta de la uva que esta produce a una conocida bodega de la comarca.

Toda la gestión de los arrendamientos, tanto de los inmuebles a que se refiere el presente apartado, como la del inmueble a que se refiere el apartado anterior, son gestionados por una reputada empresa dedicada a la prestación de servicios de gestión, asesoramiento y llevanza de contabilidad de aquellas personas que, como don Manuel, propietarios de un considerable patrimonio inmobiliario y que no desean implicarse demasiado en la gestión de los alquileres, están dispuestos a pagar una determinada cantidad en concepto de honorarios por la prestación de este tipo de servicios.

Don Manuel y doña Luisa tienen dudas acerca de la calificación de estas rentas como rendimientos del capital mobiliario o como rendimientos de actividades económicas, por lo que plantean la cuestión a su asesor fiscal de cara a la confección de la autoliquidación del IRPF de 2016.

10. Don Manuel había adquirido acciones de Bankia con motivo de su salida a bolsa. Años más tarde, tras conocerse que la entidad no había informado a los inversores

de su verdadera situación patrimonial y financiera, decidió demandar judicialmente a la entidad, resolviéndose en 2016 la nulidad de la compra y ordenándose la devolución por la entidad del precio satisfecho más los correspondientes intereses, procediendo don Manuel a la devolución a la entidad de las acciones.

Doña Luisa, que también compró acciones de la misma entidad financiera, no demandó a la entidad pues creía que los bancos siempre ganaban en sus «peleas» con los clientes. Por tal motivo, decidió vender en 2015 las acciones adquiridas con motivo de la oferta pública de suscripción de acciones realizada por la entidad con una pérdida equivalente a la mitad de la inversión (suscribió acciones por un valor de 3.000 € y vendió por un valor de 1.500 €). Sin embargo, a lo largo de 2016 Bankia abrió el proceso para devolver toda la inversión a los accionistas minoristas que acudieron a la salida a Bolsa de la entidad en 2011. El procedimiento arbitrado les permite recuperar el 100% de lo invertido más unos intereses compensatorios para lo que se aplica un interés del 1% de las cantidades invertidas. En el caso concreto de doña Luisa el importe a recuperar ascendió al valor de la pérdida generada con ocasión de la transmisión de las acciones. Con carácter previo, hubo de formalizar la solicitud de devolución y de firmar un acuerdo transaccional por el que se comprometía a no interponer acciones judiciales contra la entidad y manifestaba darse por satisfecha con la solución arbitrada.

En el año en que tuvo lugar la transmisión de las acciones (2015), doña Luisa declaró la correspondiente pérdida patrimonial calculada por diferencia entre el valor de transmisión y el valor de adquisición de las acciones.

## **SOLUCIÓN**

### **1. INCIDENCIA EN EL IRPF DE DON MANUEL Y DOÑA LUISA DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS EN LA INTRODUCCIÓN DEL SUPUESTO**

Analizaremos en el presente apartado las cuestiones relativas a la situación personal y familiar de don Manuel y doña Luisa así como, particularmente, la tributación de la prestación por maternidad que la TGSS satisfizo a doña Luisa durante el periodo en el que disfrutó del periodo de descanso laboral previsto legalmente.

En primer lugar, y por lo que se refiere a la incidencia de las circunstancias personales y familiares en el IRPF de don Manuel y doña Luisa, procede analizar, en primer lugar, el importe del mínimo personal de cada uno de los contribuyentes así como, en su caso, los importes de los mínimos por descendientes, ascendientes y discapacidad.

Para ello realizaremos nuestro análisis, en primer lugar, bajo la premisa de que se opta por el régimen de tributación individual, régimen más favorable para el matrimonio. A continuación, analizaremos la posibilidad de que la unidad familiar opte por el régimen de tributación conjunta, las personas que, en su caso, se integrarán en ella, así como, finalmente, las consecuencias derivadas del ejercicio de dicha opción.

El régimen de los mínimos personales y familiares se encuentra previsto en los artículos 56 a 61, ambos inclusive, de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas y de modificación parcial de las leyes de los impuestos sobre sociedades, sobre la renta de no residentes y sobre el patrimonio (LIRPF). Según el artículo 56 de la LIRPF, el mínimo de los contribuyentes es de 5.550 euros para el año 2016 (este importe no ha sufrido actualización desde su modificación en 2014 –con efectos para 2015– por la Ley 26/2014, de 27 de noviembre) correspondiendo a ambos cónyuges (don Manuel y doña Luisa) idéntica cuantía. Además, al no ser ninguno de los dos mayor de 65 años y, por tanto, no procede ni el incremento de 1.150 euros anuales (previsto para los mayores de 65 años) ni el de 1.400 euros anuales (este previsto para los mayores de 75 años).

En segundo lugar, y por lo que se refiere al mínimo por descendientes (art. 58 de la ley), a efectos de su aplicación, el número de orden de estos se establece en función de la edad de los que den derecho a aplicar este mínimo por descendientes, comenzando por el de mayor edad y sin computar a estos efectos aquellos descendientes que, en su caso, hubieran fallecido en el ejercicio con anterioridad a la fecha del devengo del impuesto. Y es que la LIRPF establece cuantías distintas en función de que se trate del primero, segundo, tercero, cuarto (y siguientes) descendiente, lo que hace necesario arbitrar un criterio de reparto de tales cuantías entre todos ellos.

El criterio del reparto en función de la edad se desprende, entre otras, de la Consulta V1374/2010, de 18 de junio (NFC0385539), de la Dirección General de Tributos (DGT). Además, en dicha consulta se afirma que «en los supuestos de separación matrimonial, el mínimo por descendiente corresponderá a quien tenga atribuida la guarda y custodia de los hijos a la fecha del devengo del impuesto, al tratarse del progenitor que convive con aquellos, y ello tanto en el periodo impositivo en que se dicte la resolución judicial como en los sucesivos». Por lo tanto, según los criterios expuestos, y por lo que se refiere al mínimo por descendientes correspondientes a los hijos que doña Luisa tuvo en su anterior matrimonio (Juan y Luis), esta computará por entero el mínimo que proceda al tener atribuida, en exclusiva, su guarda y custodia. Don Manuel, por su parte, no podrá computar importe alguno por estos dos descendientes al no ser descendientes suyos. Con respecto a los hijos comunes, al tener ambos progenitores el derecho a su aplicación, su importe deberá prorratearse por partes iguales (art. 61.1.ª de la LIRPF). En este sentido, mientras que don Manuel computará por el primer descendiente común (Manuel) el 50 % de 2.400 euros (cuantía del mínimo correspondiente al primer descendiente según el art. 58 de la LIRPF), doña Luisa computará el 50 % de 4.000 pues, para ella, Manuel es, a estos efectos, el tercer descendiente. El resto de las cuantías correspondientes a los mínimos por descendientes son, por cada uno de los hijos, las siguientes:

Hijos	Don Manuel	Doña Luisa
Juan .....	–	2.400
Luis .....	–	2.700
Manuel .....	1.200	2.000
Alejandro .....	1.350	2.250
Fernando .....	2.000	2.250
<b>Totales .....</b>	<b>4.550</b>	<b>11.600</b>

En conclusión, de acuerdo con el criterio señalado en la consulta citada *ut supra* cada cónyuge aplicará el mínimo que corresponda por cada uno de los descendientes propios (en la medida en que les corresponda la guarda y custodia de los hijos) y, a continuación, los importes que correspondan por cada uno de los comunes, asignando las cuantías previstas en el artículo 58 de la LIRPF en función del orden que, por razón de la edad, corresponda a cada uno de ellos. Por lo tanto, doña Luisa computará dos descendientes propios (correspondiendo a estos las cuantías que el art. 58 de la LIRPF asigna a los dos primeros descendientes) y tres descendientes comunes (correspondiendo a estos las cuantías que el art. 58 de la LIRPF asigna a los descendientes tercero, cuarto y siguientes). Por su parte, don Manuel computará exclusivamente el mínimo correspondiente a los descendientes comunes (asignando a cada uno de ellos las cuantías correspondientes al primero, segundo y tercer descendientes, respectivamente).

A continuación, y por lo que se refiere al mínimo por ascendientes, podría plantearse la posibilidad de que don Manuel computara el mínimo por ascendientes por su tía doña Amparo, de la que fue designado tutor. De proceder su aplicación, el importe del mínimo por ascendientes ascendería a 2.550 euros (suma del mínimo que con carácter general corresponde por cada ascendiente que conviva con el contribuyente –1.150 € anuales– más el importe adicional que, por ser mayor de 75 años, prevé el art. 59.2 de la LIRPF –1.400 € anuales–). Además, por tener una discapacidad superior al 65 % y acreditar la necesidad de ayuda de terceras personas habría que añadir el importe del mínimo por discapacidad del ascendiente. En concreto, el artículo 60 de la LIRPF reconoce el derecho a aplicar un mínimo por discapacidad de 9.000 euros anuales cuando el ascendiente sea una persona con discapacidad y acredite un grado de discapacidad igual o superior al 65 % (circunstancias ambas que concurren en el caso de doña Amparo) a lo que habrá que añadir, en concepto de gastos de asistencia, 3.000 euros anuales por necesitar ayuda de terceras personas o movilidad reducida, o un grado de discapacidad igual o superior al 65 %.

Pues bien, a pesar de que el texto legal no contiene disposición alguna de lo que, a estos efectos, debe entenderse por ascendiente o descendientes, es decir, si cabe entender que solo se incluyen a los ascendientes o descendientes en línea recta o si, por el contrario, también cabe entender incluidos a los ascendientes o descendientes a línea colateral; y, por otro lado, si solo se

incluyen a los ascendientes y descendientes por consanguinidad o si el concepto debe entenderse limitado a los parientes consanguíneos; la DGT ha interpretado que solo procede la aplicación de los mínimos cuando el vínculo de parentesco sea en línea recta por consanguinidad o por adopción, sin que se entiendan incluidas las personas unidas al contribuyente por vínculo de parentesco en línea colateral (tíos, o tíos abuelos) o por afinidad (suegros). En concreto, se afirma en la Consulta V2366/2011, de 6 de octubre (NFC042627), que:

«La norma tributaria considera que el concepto de ascendiente que da derecho a la aplicación del mínimo por ascendientes son los padres, abuelos, bisabuelos, etc. de quienes desciende el contribuyente y que estén unidos a este por vínculo de parentesco en línea recta por consanguinidad o por adopción sin que se entiendan las personas unidas al contribuyente por vínculo de parentesco en línea colateral o por afinidad. Además, la figura jurídica de la tutela (artículo 222 y siguientes del Código Civil) no se contempla para la aplicación del mínimo por ascendientes».

Por lo tanto, don Manuel no podrá aplicar en su declaración el mínimo por ascendientes en relación con su tía al no ser ascendiente en línea recta. Además, la propia contestación concluye que la aplicación del mínimo por ascendientes no se contempla respecto de la figura jurídica de la tutela.

En el caso de que se optara por la tributación conjunta, la unidad familiar sería la prevista en el artículo 82.1.1.ª de la LIRPF (la integrada por los cónyuges no separados legalmente y, si los hubiera: los hijos menores, con excepción de los que, con el consentimiento de los padres, vivan independientes de estos; y los hijos mayores de edad incapacitados judicialmente sujetos a patria potestad prorrogada o rehabilitada). Por lo que se refiere a los hijos que deben integrarse en la unidad familiar, se plantea en el presente supuesto la duda de si los hijos de doña Luisa habidos de un anterior matrimonio pueden integrarse en la unidad familiar con su padrastro y hermanastros. Pues bien, la DGT se decanta por entender que sí, si bien para ello exige que la madre (o, en su caso, el padre) tengan atribuida en exclusiva la guarda y custodia de los hijos. En concreto, en la Consulta V1846/2012, de 21 de septiembre (NFC045385), se afirma lo siguiente:

«Lo primero que debe señalarse es que la presente contestación se realiza bajo la consideración que se desprende del escrito de consulta en el sentido de que la mujer del consultante tiene atribuida en su totalidad la guarda y custodia de su hijo habido del anterior matrimonio, esto es, no se trata de guarda y custodia compartida.

[...] si el interesado opta por presentar, junto a su cónyuge, la declaración por el impuesto en su modalidad de tributación conjunta, deberá incorporar a la misma todos los hijos menores de edad, ya sean comunes o no, con excepción de los que, con el consentimiento de los padres, vivan independientes de estos. Por tanto, en el presente caso, la unidad familiar estaría formada por los dos cónyuges y el hijo menor con independencia de que este no sea común.

En la modalidad de tributación individual nunca podría incorporar el interesado en su declaración el hijo de su mujer al no ser descendiente del interesado, en lo que

a la aplicación del mínimo por descendientes se refiere y que se regula en el artículo 58 de la Ley del Impuesto.

En el caso de que nazca un hijo del nuevo matrimonio, lo dicho en relación a la tributación en su modalidad de conjunta valdría igualmente para este supuesto. En tal situación, la unidad familiar la integrarían los cónyuges y los dos hijos menores de edad».

Por otro lado, y por lo que se refiere a la cuestión relativa a la tributación de la prestación por maternidad, procede señalar, en primer lugar, que esta es una prestación económica que trata de cubrir la pérdida de rentas o ingresos que sufren los trabajadores cuando se suspende el contrato o se interrumpe su actividad para disfrutar de los periodos de descanso por maternidad, adopción, acogimiento y tutela, legalmente establecidos. Con carácter general, la prestación económica consiste en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora correspondiente, que se reconoce a todos los trabajadores que disfruten los periodos de descanso laboral legalmente establecidos en los supuestos de maternidad biológica, gestación por sustitución, adopción, acogimiento familiar y tutela. La duración del periodo de descanso es, también con carácter general, de 16 semanas ininterrumpidas. Se trata, en definitiva, de una renta sujeta al IRPF (que se califica como rendimiento del trabajo) y respecto de la que existen dudas sobre su exención, particularmente a raíz de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de julio de 2016 (rec. núm. 967/2014 [NFJ064395]) según la cual la prestación por maternidad percibida por la actora del Instituto Nacional de la Seguridad Social tiene que estar forzosamente incluida en el tercer párrafo del artículo 7 h) de la LIRPF, ya que ese precepto reconoce tal beneficio tributario, con carácter general, en su párrafo tercero y lo que hace en el párrafo cuarto es ampliar el beneficio fiscal a las prestaciones que tengan procedencia de otros entes públicos, ya sean locales o autonómicos.

Sin embargo, por medio de una reciente Resolución de 2 de marzo de 2017 (R. G. 7334/2016 [NFL017608]) en el procedimiento para la adopción de resolución en unificación de criterio previsto en el artículo 229.1, letra d)<sup>1</sup>, de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), iniciado por acuerdo de la vocal coordinadora/duodécima del Tribunal Económico-Ad-

<sup>1</sup> Según la redacción dada a este precepto por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la LGT: «Asimismo y, como consecuencia de esta labor unificadora, cuando existan resoluciones de los Tribunales económico-administrativos Regionales o Locales que apliquen criterios distintos a los contenidos en resoluciones de otros Tribunales económico-administrativos, o que revistan especial trascendencia, el Presidente o la Vocalía Coordinadora del Tribunal Económico-Administrativo Central, por iniciativa propia o a propuesta de cualquiera de los Vocales del Tribunal Económico-Administrativo Central o de los Presidentes de los Tribunales Económico-Administrativos Regionales o Locales, podrán promover la adopción de una resolución en unificación de criterio por la Sala o por el Pleno del Tribunal Económico-Administrativo Central, que tendrá los mismos efectos que la resolución del recurso regulado en el artículo 242 de esta ley. Con carácter previo a la resolución de unificación de criterio, se dará trámite de alegaciones por plazo de un mes, contado desde que se les comunique el acuerdo de promoción de la resolución en unificación de criterio, a los Directores Generales del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, a los Directores de Departamento de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y a los órganos equivalentes o asimilados de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades con Estatuto de Autonomía respecto a las materias de su competencia».

ministrativo Central (TEAC) de 21 de diciembre de 2016, a iniciativa propia, dicho tribunal ha concluido lo siguiente a propósito de la tributación de la prestación por maternidad:

«La lectura del art. 7 h) de la Ley 35/2006 (Ley IRPF) nos permite observar que el legislador a la hora de establecer el alcance de la exención contemplada en dicho precepto, concreta el mismo atendiendo al elemento subjetivo de quien es el pagador de las prestaciones, y en función de ese elemento subjetivo en cada caso delimita la exención con extrema precisión o bien en términos genéricos. Así al concretar las prestaciones a cargo de la Seguridad Social las determina con suma precisión, llegando incluso a concretar los preceptos que las regulan. De forma que, las únicas prestaciones a cargo de la Seguridad Social a las que extiende su alcance el mencionado art. 7 h), son las "prestaciones familiares" reguladas en el Capítulo IX del Título II del RDLeg. 1/1994 (TRLGSS). Sin embargo, al determinar las prestaciones a cargo de otros entes distintos a la Seguridad Social a los que extiende su alcance la exención de la letra h), el legislador emplea unos términos más genéricos. Así declara exentas "las demás" prestaciones públicas por nacimiento, parto, adopción, hijos a cargo y orfandad. El uso del determinante "demás" comporta que el legislador se está refiriendo a las otras prestaciones públicas, distintas de las que están a cargo de la Seguridad Social, las cuales ya tienen su reflejo específico. Igualmente el legislador determina en unos amplios términos "las prestaciones públicas por maternidad" a cargo de las comunidades autónomas o entidades locales que gozan en todo caso de exención, pero como puede verse el legislador excluyó, en este caso, la referencia expresa a las prestaciones por maternidad a cargo de la Seguridad Social, con lo que implícitamente excluye de la exención a estas últimas, y ello en coherencia con la pormenorizada delimitación que efectúa en el primer párrafo de la letra h) del art. 7 del alcance de la exención de este tipo de prestaciones a cargo de la Seguridad Social.

Tampoco encuentra acomodo la prestación por maternidad percibida de la Seguridad Social en el art. 7 z) de la Ley 35/2006 (Ley IRPF), pues esta se refiere a "prestaciones y ayudas familiares" percibidas de cualquier Administración Pública, de forma que la prestación debe tener el calificativo de "familiar" y las prestaciones familiares que como tales satisface la Seguridad Social son las reguladas en el Capítulo IX del Título II del TR de la Ley General de la Seguridad Social, entre las que como ya se ha indicado no se encuentra la prestación por maternidad, regulada en el Capítulo IV bis de dicho Título II del TR de la Ley General de la Seguridad Social. Por tanto, debe concluirse que el legislador ha delimitado el alcance de la exención de este tipo de prestaciones a cargo de la Seguridad Social con suma precisión, de forma que el principio de especialidad normativa, en cuya virtud la norma especial prevalece sobre la general, determina que al contener la Ley una expresa delimitación de las concretas prestaciones a cargo de la Seguridad Social exentas, no podamos extender la exención de las prestaciones a cargo de la Seguridad Social más allá de sus estrictos términos, al amparo de supuestos de exención que el legislador establece para otras prestaciones públicas distintas.

El distinto trato tributario de las prestaciones por maternidad de la Seguridad Social respecto a las prestaciones por maternidad satisfechas por los demás entes públicos,

no es algo caprichoso sino que obedece a la distinta naturaleza de las prestaciones, lo que justifica ese trato fiscal diferenciado. Así, la prestación de maternidad satisfecha por la Seguridad Social tiene la función de sustituir a la retribución normal –no exenta en el IRPF– que obtendría la contribuyente por su trabajo habitual y que ha dejado de percibir al disfrutar del correspondiente permiso. En cambio, las prestaciones públicas por maternidad a cargo de otros entes distintos de la Seguridad Social, son meras liberalidades a favor del beneficiario en una situación que nuestro ordenamiento ha considerado que merece una especial protección».

Por lo tanto, en caso de que doña Luisa siga los consejos de su asesor e inste la rectificación de la autoliquidación del IRPF de 2014 a través del procedimiento previsto en los artículos 120.3 de la LGT y 126 a 130 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (RGAT), el procedimiento finalizará con una resolución desestimatoria. Lo mismo ocurrirá si dicha resolución es recurrida en vía administrativa, teniendo en cuenta que el criterio que se desprende de la resolución que se ha citado es vinculante, no solo para la propia Administración tributaria competente para instruir y resolver el procedimiento de rectificación de autoliquidaciones, sino también para todos los tribunales económico-administrativos.

## 2. ANÁLISIS DE LOS SUPUESTOS PLANTEADOS EN LOS PUNTOS 1 AL 10 DEL ENUNCIADO

### 2.1. PUNTO 1: TRIBUTACIÓN DE LAS OPERACIONES VINCULADAS EN EL ÁMBITO DE LOS SERVICIOS PROFESIONALES

Las operaciones realizadas entre personas o entidades vinculadas deben valorarse, según lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades (LIS) y 41 de la LIRPF (que simplemente se limita a remitirse a lo que al respecto establezca la LIS debiendo entenderse realizada esta remisión al vigente art. 18 de la LIS).

Son operaciones vinculadas, de acuerdo con el artículo 18 de la LIS, las realizadas, entre otros, por una sociedad y sus socios. No obstante, en el último párrafo del apartado segundo se señala que en los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación de los socios o partícipes con la entidad, la participación deberá ser igual o superior al 25 %. Este porcentaje (25 %) resulta ser superior al que el artículo 16 del TRLIS venía exigiendo para que existiera vinculación (5 %) constituyendo esta una de las principales novedades introducidas en el régimen de operaciones vinculadas por la LIS.

De hecho, la exposición de motivos de la LIS la menciona como una de las principales novedades del régimen de operaciones vinculadas:

«El régimen de las operaciones vinculadas fue objeto de una profunda modificación con ocasión de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, y que tuvo como elemento esencial la introducción de unas obligaciones de documentación específicas exigibles a las operaciones vinculadas. Por otra parte, el tratamiento fiscal de las operaciones vinculadas constituye un elemento trascendental internacionalmente, al cual se dedican específicamente tanto la Unión Europea como la OCDE. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la interpretación del precepto que regula estas operaciones debe realizarse, precisamente, en concordancia con las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE y con las recomendaciones del Foro Conjunto de Precios de Transferencia de la UE, en la medida en que no contradigan lo expresamente señalado en dicho precepto, o en su normativa de desarrollo.

En el ámbito de las operaciones vinculadas esta ley presenta novedades en relación con la documentación específica a elaborar por las entidades afectadas, que tendrá un contenido simplificado para aquellas entidades o grupos de entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios sea inferior a 45 millones de euros, y no será necesaria en relación con determinadas operaciones.

También es novedosa la restricción del perímetro de vinculación, perímetro que fue escasamente alterado en la Ley 36/2006 y respecto del cual se ha puesto de manifiesto la necesidad creciente de restringir los supuestos de vinculación en el ámbito de la relación socio-sociedad, que queda fijado en el 25 % de participación.

Por otra parte, en relación con la propia metodología de valoración de las operaciones, se elimina la jerarquía de métodos que se contenía en la regulación anterior para determinar el valor de mercado de las operaciones vinculadas, admitiéndose, adicionalmente, con carácter subsidiario otros métodos y técnicas de valoración, siempre que respeten el principio de libre competencia. **Asimismo, se establecen en esta ley reglas específicas de valoración para las operaciones de los socios con las sociedades profesionales, ajustadas a la realidad económica.**

Por último, deben mencionarse la modificación del régimen sancionador, que se convierte en menos gravoso, y la estanciedad de la valoración realizada conforme a esta regulación específica de las operaciones vinculadas con la valoración que se pudiera hacer en otros ámbitos, como pudiera ser el supuesto del valor en aduana».

Pues bien, en nuestro supuesto, don Manuel dispone de una participación del 50 % en el capital de Proyectos y Vías, SL, superior, por tanto, al umbral del 25 % a partir del cual cabe considerar la existencia de vinculación. En consecuencia, los servicios que preste a la sociedad deben ser valorados, de acuerdo con lo hasta ahora expuesto por su valor normal de mercado.

Sin embargo, por tratarse de servicios profesionales (los prestados por don Manuel a la sociedad) y ser esta, a su vez, una sociedad dedicada a la prestación de servicios profesionales, deben aplicarse las normas especiales de cuya existencia advierte, como hemos visto, la exposición de motivos. Dicha especialidad consiste, en realidad, en establecer una suerte de puerto seguro. En

efecto, en la medida en que se cumplan las circunstancias que a continuación veremos, habrá que entender que la valoración convenida coincide con la que habrían convenido partes independientes, sin que, por tanto, pueda determinarse la existencia de un valor de mercado distinto del convenido, incluso cuando por aplicación de alguno de los métodos de comprobación del valor previstos en el artículo 18 de la LIS pudiese llegarse a uno distinto.

Tales circunstancias son:

- 1.º Que más del 75 % de los ingresos de la entidad procedan del ejercicio de actividades profesionales y cuente con los medios materiales y humanos adecuados para el desarrollo de la actividad.

En nuestro caso, la sociedad presenta la siguiente distribución de ingresos:

- 790.000 euros por la prestación de servicios profesionales.
- 60.000 euros por la prestación de servicios de educación.

El porcentaje de ingresos derivados de la prestación de servicios profesionales asciende, como vemos, al 95,95 % por lo que sí se cumple esta primera circunstancia.

Respecto de qué debe entenderse por *ingresos que procedan del ejercicio de actividades profesionales*, la DGT ha interpretado que estos son los que derivan de la prestación de servicios profesionales, esto es, los enumerados en la sección 2.ª y 3.ª de las tarifas del impuesto sobre actividades económicas (IAE), objetivamente consideradas, con independencia de lo establecido en la regulación de las sociedades profesionales<sup>2</sup>. Es decir, que el requisito no se cumple solo por las sociedades profesionales constituidas al amparo de la Ley 2/2007, de sociedades profesionales, sino, en general, por todas aquellas sociedades que, aun no habiéndose constituido al amparo de la Ley 2/2007, se dediquen a la prestación de servicios de naturaleza profesional, entendiéndose por tales, como ya hemos indicado, los clasificados en las secciones 2.ª y 3.ª de las tarifas del IAE. En nuestro caso, dicha condición recae exclusivamente en los servicios profesionales de ingeniería, no en los educativos (clasificados en la sección 1.ª de las tarifas), pero aun así la condición se cumple sobradamente.

Por otro lado, el requisito relativo a la necesidad de contar con medios materiales y humanos *adecuados* constituye un concepto jurídico indeterminado que habrá que analizar caso por caso. En el presente caso, no obstante, entendemos que sí se entiende cumplido el requisito pues la sociedad dispone de diversos empleados (dos ingenieros superiores, un ingeniero técnico y dos administrativos) y,

---

<sup>2</sup> Véase la Consulta V1484/2010, de 30 de junio (NFC038671).

además, utiliza para su prestación local, mobiliario y equipos informáticos, medios estos que resultan adecuados para la prestación de los servicios propios de la actividad desarrollada.

- 2.º Que la cuantía de las retribuciones correspondientes a la totalidad de los socios-profesionales por la prestación de servicios a la entidad no sea inferior al 75 % del resultado previo a la deducción de las retribuciones correspondientes a la totalidad de los socios-profesionales por la prestación de sus servicios.

Por lo tanto, para que pueda entenderse de aplicación este precepto la retribución de los socios profesionales deberá ser, al menos, de 382.500 euros (75 % de 510.000). De ser, al menos, de dicho importe y cumpliéndose el resto de los requisitos legalmente previstos, la retribución podrá considerarse de mercado.

- 3.º Que la cuantía de las retribuciones correspondientes a cada uno de los socios-profesionales cumplan los siguientes requisitos:
  - a) Que se determine en función de la contribución efectuada por estos a la buena marcha de la entidad, siendo necesario que consten por escrito los criterios cualitativos y/o cuantitativos aplicables.
  - b) Que no sea inferior a 1,5 veces el salario medio de los asalariados de la entidad que cumplan funciones análogas a las de los socios-profesionales de la entidad. En ausencia de estos últimos, la cuantía de las citadas retribuciones no podrá ser inferior a 5 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples.

La retribución a percibir por cada socio-profesional no debería depender, en definitiva, del porcentaje de participación en el capital de la sociedad sino de su contribución a la buena marcha de la sociedad, es decir, del volumen de facturación generado por cada uno de los socios, debiendo constar por escrito los criterios cualitativos y/o cuantitativos aplicables para su reparto.

Además, no puede ser como vemos inferior a 1,5 veces el salario medio de los asalariados de la entidad que cumplan funciones análogas a las de los socios-profesionales.

En nuestro ejemplo, la sociedad tiene contratados dos ingenieros de caminos, canales y puertos en régimen de dependencia laboral que cumplen funciones análogas a las de los socios profesionales (salvo las de dirección y gestión de la sociedad) percibiendo por ello una retribución global de 100.000 euros, siendo la media de lo percibido de 50.000 euros. El resultado de multiplicar la retribución media de los profesionales de la sociedad con análogas funciones a las desarrolladas por los socios profesionales por 1,5 asciende a 75.000 euros.

En consecuencia, la retribución a atribuir a cada uno de los socios profesionales no debería ser inferior a 75.000 euros ( $50.000 \times 1,5$ ). Por lo tanto, los 382.500 euros que representan el 75 % del resultado a repartir entre los socios-profesionales en concepto de retribución por la

prestación de servicios a la sociedad deberían a su vez distribuirse entre los socios de forma que ninguno de ellos percibiera una retribución inferior a 75.000 euros.

No obstante, el incumplimiento de este requisito en relación con alguno de los socios-profesionales, no impediría la aplicación de lo previsto en este apartado a los restantes socios-profesionales. Por lo tanto, sería el socio-profesional respecto del que no se cumpliera este requisito en relación con el cual la Administración tributaria podría entrar a comprobar la correcta determinación del valor del servicio prestado a la sociedad.

Por otra parte, entendemos que en este caso no procedería la aplicación del criterio mantenido por el TEAC en su Resolución de 2 de marzo de 2016 (R. G. 8483/2015 [NFJ062096]) en la que, tras analizarse el supuesto de una entidad que realizaba una actividad de prestación de servicios, prestados personalmente por la administradora única de esa entidad, siendo esta la circunstancia determinante para la contratación de los citados servicios por terceros independientes, concluyó que debía determinarse si siendo el mismo, o sustancialmente el mismo, el servicio que prestaba la persona física a la sociedad vinculada y el que prestaba esta última a terceros independientes, careciendo la sociedad de medios para realizar la operación si no era por la necesaria e imprescindible participación de la persona física, la aplicación del método de precio libre comparable tenía necesariamente que incorporar una corrección valorativa por el mero reconocimiento de la existencia de la sociedad cuando del análisis del supuesto de hecho se derivaba que la sociedad no aportaba valor añadido —o su valor es residual— a la labor de la persona física más allá de los gastos fiscalmente deducibles que se centralizaban en la sociedad.

En definitiva, una de las circunstancias relevantes en el análisis del supuesto de hecho analizado en la resolución citada era que la sociedad carecía de medios para prestar los servicios que facturaba a terceros, todo lo contrario de lo que exige el artículo 18.6 de la LIS, pues en este artículo, como ya hemos visto, se exige que la sociedad tenga una organización *adecuada* de medios, personas y materiales.

Es en ese contexto —el de ausencia de medios— en el que cobra sentido la conclusión alcanzada por el TEAC: la prestación de servicios a los terceros es perfectamente comparable a la prestación de servicio por el socio a la sociedad, no existen diferencias significativas en cuanto a las características de los servicios prestados, toda vez que estos son sustancialmente iguales, pues en los servicios que presta la entidad a los terceros independientes se exige que sea el propio socio quien los preste. Tampoco se aprecian diferencias significativas en cuanto a las características de los mercados en los que se prestan los servicios, puesto que en ambos casos se trata del mismo mercado en el que la contratación se realiza atendiendo a las características y condiciones personales de la persona que habrá de prestar el servicio. Tratándose de servicios prestados por la misma persona, el socio, no se aprecian tampoco entre ambas operaciones diferencias destacables en cuanto a las responsabilidades, riesgos o beneficios para las partes contratantes derivados de los términos contractuales. En conclusión, el TEAC no apreció en este caso un particular valor añadido por la sociedad que exigiera el reconocimiento de un margen de beneficio para dicha entidad como ajuste a practicar sobre el precio de las operaciones con terceros independientes. Teniendo en cuenta el carácter personalí-

simo de los servicios prestados por la sociedad, que exigen la necesaria intervención del socio, resulta claro que no podía prestar dichos servicios con independencia de la persona física vinculada.

De ahí que, en opinión del Tribunal Central, no sea necesario practicar ajuste alguno en el seno del análisis funcional, toda vez que las diferencias entre las operaciones comparables no son significativas. Cosa distinta es que en la aplicación del método del precio libre comparable deban tenerse en cuenta determinadas correcciones como consecuencia de los gastos fiscalmente deducibles en los que ha incurrido la sociedad.

Por tanto, cuando el servicio que presta la persona física a la sociedad vinculada y el que presta la sociedad vinculada a terceros independientes es sustancialmente el mismo y del análisis del supuesto de hecho se derive que la sociedad carece de medios para realizar la operación si no es por la necesaria e imprescindible participación de la persona física, no aportando valor añadido –o siendo este residual– a la labor de la persona física, *es acorde con la metodología de operaciones vinculadas considerar que la contraprestación pactada por esta segunda operación es una «operación no vinculada comparable», no siendo necesario incorporar una corrección valorativa por el mero reconocimiento de la existencia de la sociedad*, y ello sin perjuicio de las correcciones que en aplicación del método del precio libre comparable proceda realizar por los gastos fiscalmente deducibles que se centralizan en la sociedad.

Insistimos en que las premisas de las que parte la resolución del TEAC no se dan en la relación profesional/societaria existente entre don Manuel (protagonista de nuestro supuesto) y Proyectos y Vías, SL, por lo que la valoración de los servicios que aquel preste a la sociedad se entenderá que coincide con el que habrían acordado partes independientes en condiciones normales de mercado al cumplirse las circunstancias previstas en el artículo 18.6 de la LIS.

En caso de no cumplirse tales circunstancias, los servicios deberían valorarse adecuadamente, para lo que debería utilizarse alguno de los métodos de valoración previstos en el artículo 18.4 de la LIS, siendo el método del precio libre comparable el que más se aproximaría a la valoración de mercado.

## 2.2. PUNTO 2: CONSECUENCIAS FISCALES DERIVADAS DE LA ANULACIÓN DE LAS DENOMINADAS CLÁUSULAS SUELO

La cuestión que se plantea en el enunciado es la relativa a la tributación de las cantidades percibidas como consecuencia de la anulación de las cláusulas suelo. Se trata de una materia recientemente regulada en el Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo (BOE de 21 de enero de 2017).

La norma se publica con el objetivo de regular las consecuencias derivadas de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 (NCJ061848).

Según se desprende de la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 1/2017, el 9 de mayo de 2013, el Tribunal Supremo analizó en su Sentencia número 241/2013, en el marco de una acción colectiva ejercitada por una asociación de consumidores contra varias entidades bancarias, el carácter abusivo de las cláusulas suelo, declarando su nulidad. Sin embargo, la declaración de nulidad no afectaría ni a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a las cantidades satisfechas antes del 9 de mayo de 2013.

El Tribunal Supremo consideró que las cláusulas examinadas, las denominadas «cláusulas suelo», si bien superaban el control de transparencia formal a efectos de su inclusión como condición general de los contratos, no superaban en cambio el control de transparencia material exigible en las cláusulas de los contratos suscritos con consumidores, y declaró la nulidad de las cláusulas, pero no de los contratos en los que se insertaban, cuya subsistencia mantuvo pese a aquella declaración de nulidad parcial.

El Tribunal Supremo limitó temporalmente la retroactividad y se fundó en tres motivos: a) las cláusulas suelo no se consideran abusivas en sí mismas, sino que su abusividad deriva de la falta de transparencia material o sustantiva sobre el concreto contenido en su incorporación al contrato; b) la buena fe del círculo de los interesados –toda vez que las entidades de crédito habían cumplido con la normativa sectorial sobre transparencia–; y c) el hecho, que el Tribunal Supremo calificó como notorio, de que dicha retroactividad causaría grave trastorno al orden público económico.

La limitación de la eficacia retroactiva fue confirmada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de marzo de 2015 en el seno de una acción individual interpuesta frente a una de las entidades parte en el proceso judicial resuelto por la Sentencia de 9 de mayo de 2013. Fijó como doctrina que, cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de 2013 se declare abusiva una cláusula suelo, la devolución al prestatario se efectuará a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 2013.

No obstante, diversos tribunales españoles cuestionaron ante el TJUE la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la base del Derecho de la Unión Europea mediante diversos reenvíos prejudiciales. El 21 de diciembre de 2016 el TJUE ha dictado sentencia en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 (NCJ061848) dando respuesta esas cuestiones prejudiciales.

En ella, el Tribunal de Justicia ha fallado que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

El Tribunal de Justicia ha fundamentado el fallo en dos razonamientos esenciales. En primer lugar, la sentencia considera que la apreciación de la abusividad por falta de transparencia

material que realizó el Tribunal Supremo tiene por fundamento el artículo 4, apartado 2 de la directiva en relación con el artículo 3, y que no cabe apreciar que el Tribunal Supremo hubiera ido más allá del ámbito definido por la propia directiva. Y, en segundo lugar, afirma que la cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de modo que ha de restaurarse la situación de hecho y de derecho en que se encontraría el consumidor en esta situación, toda vez que, de otro modo, se pondría en cuestión el efecto disuasorio pretendido por el artículo 6 de la mencionada norma europea.

Pues bien, a la vista del pronunciamiento del Tribunal de Justicia como era previsible que supusiera el incremento de las demandas de consumidores afectados solicitando la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo, el Gobierno consideró de extraordinaria y urgente necesidad arbitrar un cauce sencillo y ordenado, de carácter voluntario para el consumidor, que facilitase que pudiese llegar a un acuerdo con la entidad de crédito que les permitiera solucionar sus diferencias mediante la restitución de dichas cantidades.

En este sentido, es importante resaltar que la medida trata, además, de evitar que se produzca un aumento de los litigios que tendrían que ser afrontados por la jurisdicción civil, con un elevado coste a la Administración de Justicia por cada pleito y un impacto perjudicial para su funcionamiento en forma de incremento sustancial del tiempo de duración de los procedimientos.

Con esta reforma se pretende, en definitiva, una intervención y regulación mínima, dando a los consumidores un instrumento que les permita obtener una rápida respuesta a sus reclamaciones.

El Real Decreto-Ley 1/2017 se aprovecha, además, para regular el tratamiento fiscal de las cantidades percibidas por la devolución de las cláusulas de limitación de tipos de interés de préstamos derivados de acuerdos celebrados con las entidades financieras o del cumplimiento de sentencias o laudos arbitrales. A tal efecto, se aprueba una modificación de la LIRPF mediante la incorporación de una nueva disposición adicional cuadragésimo quinta.

Antes de analizar el contenido de la citada disposición adicional y las consecuencias que la misma tiene en el supuesto de hecho planteado en nuestro supuesto, debe destacarse el ámbito temporal de aplicación de la medida. Así, la disposición final primera del Real Decreto-Ley 1/2017 dispone que:

«Con efectos desde la entrada en vigor de este real decreto-ley y ejercicios anteriores no prescritos, se añade una nueva disposición adicional cuadragésima quinta a la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas y de modificación parcial de las leyes de los impuestos sobre sociedades, sobre la renta de no residentes y sobre el patrimonio, con la siguiente redacción: [...]».

Como vemos, la norma nace con efecto retroactivo, aplicándose no solo al propio periodo impositivo en que ha sido objeto de aprobación (2016), sino también en los periodos impositivos no prescritos.

Pues bien, de acuerdo con lo previsto en la nueva disposición adicional cuadragésimo quinta, las cantidades en efectivo que se perciban por los contribuyentes en concepto de devolución derivada de acuerdos celebrados con entidades financieras, junto con sus correspondientes intereses indemnizatorios, de las cantidades previamente satisfechas a aquellas en concepto de intereses por la aplicación de cláusulas de limitación de tipos de interés de préstamos, no se integrarán en la base imponible. Es decir, no están sujetas a gravamen.

Por lo tanto, don Manuel no tendrá que tributar ni por los 15.000 euros correspondientes a la devolución del exceso de los intereses satisfechos al banco como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo ni por los 3.500 euros correspondientes a los intereses indemnizatorios.

Sin embargo, y en la medida en que las cantidades satisfechas a la entidad financiera hayan formado parte de la base de la deducción por inversión en vivienda habitual o de deducciones establecidas por la comunidad autónoma, se perderá el derecho a practicar la deducción en relación con las mismas, debiendo sumar a la cuota líquida estatal y autonómica, devengada en el ejercicio en el que se hubiera celebrado el acuerdo con la entidad financiera, exclusivamente las cantidades indebidamente deducidas en los ejercicios respecto de los que no hubiera prescrito el derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, en los términos previstos en el artículo 59 del Reglamento del impuesto sobre la renta de las personas físicas, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo (RIRPF), sin inclusión de intereses de demora.

Es decir, que don Manuel deberá incluir en la autoliquidación correspondiente al periodo impositivo de 2016 las cantidades indebidamente deducidas en los periodos impositivos de 2012, 2013, 2014 y 2015, periodos impositivos no prescritos al tiempo de la presentación de la autoliquidación de aquel ejercicio.

Destaca de este procedimiento de regularización arbitrado por el Gobierno la remisión a lo dispuesto en el artículo 59 del RIRPF, eximiendo a los contribuyentes que se hayan visto afectados por la cláusula suelo de la obligación de presentar autoliquidaciones complementarias por cada uno de los periodos impositivos en los que se aplicó la deducción así como de la obligación de abonar los correspondientes intereses de demora y recargos por presentación extemporánea de autoliquidaciones.

En definitiva, como ya señalábamos, las deducciones indebidamente aplicadas se suman a la cuota líquida del periodo impositivo de 2016 sin exigencia, a diferencia de lo que señala en el artículo 59.1 del RIRPF, de intereses de demora.

### 2.3. PUNTO 3: PRINCIPIO DE UNICIDAD DE LAS VALORACIONES. EFECTOS EN EL ÁMBITO DEL IRPF

El Tribunal Supremo dictó dos sentencias en sendos recursos de casación para la unificación de doctrina (Sentencia de 15 de enero de 2015, rec. núm. 1370/2013 [NFJ057175] y Sentencia de

21 de diciembre de 2015, rec. núm. 2068/2014 [NFJ061286]), en las que, por primera vez, extendieron su doctrina relativa al principio de unidad de valoraciones tributarias a la determinación del valor de adquisición de elementos patrimoniales adquiridos a título oneroso, a efectos del cálculo de la ganancia o pérdida patrimonial producida en una ulterior transmisión de los mismos.

Tradicionalmente el principio de unidad de valoraciones, por contraposición al principio de estancueidad (que venía siendo defendido hasta el momento por la Administración tributaria), viene a sostener que la valoración de un concreto elemento determinante de una obligación tributaria, realizada por una Administración tributaria, resulta vinculante para otras Administraciones tributarias respecto de los tributos gestionados por estas últimas. Las notas principales de esta doctrina son:

- 1.<sup>a</sup> La necesidad de analizar cada caso teniendo presente las similitudes y las diferencias que existen entre los tributos en liza y entre los diferentes medios de valoración utilizados en la comprobación administrativa, de manera que el principio de unidad de valores solo opera si las normativas aplicables en ambos casos remiten a iguales parámetros de valoración.
- 2.<sup>a</sup> No es un obstáculo para la aplicación del principio de unicidad de valores el hecho de estemos ante actuaciones de administraciones tributarias distintas, cuando una de ellas es la estatal y la otra una comunidad autónoma en un impuesto del Estado cuya gestión se le ha cedido.

Las Sentencias de 15 de enero de 2015 y de 21 de diciembre de 2015, relativas ambas a supuestos de transmisiones de inmuebles cuya previa adquisición se había realizado a título oneroso, concluyen que el valor de adquisición de dichos inmuebles a considerar para el cálculo de la ganancia de patrimonio en el IRPF debe coincidir con el valor comprobado en su momento por la correspondiente Administración tributaria a efectos del impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas (ITPO) que gravó la adquisición, lo que vendría a suponer una extensión de la primera de las ideas expuestas, ya que en adquisiciones a título oneroso el artículo 35 de la LIRPF se remite a la regla del importe real por el que la adquisición se hubiera efectuado, sin remitirse a parámetros análogos a los considerados en las comprobaciones de valor realizadas a efectos el ITPO, como son el valor real o el de mercado.

Por consiguiente, y en atención al carácter reiterado de las sentencias, debemos concluir que resulta plenamente aplicable la doctrina del Tribunal Supremo a efectos del cálculo en el IRPF de las ganancias o pérdidas producidas en la transmisión de elementos patrimoniales, en aquellos supuestos en los que el obligado tributario alegue y acredite un valor comprobado a efectos del ITPO que gravó la adquisición del elemento.

De esta forma, don Manuel y doña Luisa podrán considerar que el valor de adquisición del inmueble es el valor comprobado por la Administración tributaria autonómica a efectos del ITPO. En definitiva, aun cuando el valor de adquisición satisfecho, según la escritura pública de adqui-

sición (y, en su caso, demás justificantes de gastos inherentes a su adquisición) fuese de 120.000 euros, en la medida en que ha habido una comprobación del valor que ha concluido con una liquidación firme en la que se ha considerado que el bien tiene un valor real de 250.000 euros, este será considerado como valor de adquisición a efectos del cálculo de la ganancia patrimonial en el IRPF.

## 2.4. PUNTO 4: TRIBUTACIÓN DE LAS SUBVENCIONES CONCEDIDAS POR EL MINISTERIO DE INDUSTRIA EN EL MARCO DE LOS DENOMINADOS PLANES PIVE

En relación con la ayuda percibida por el matrimonio en el marco del Programa de Incentivos al Vehículo Eficiente (Plan PIVE) hay que estar a lo dispuesto en el artículo 33 de la LIRPF, que define las ganancias y pérdidas patrimoniales como las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquel, salvo que por la ley se califiquen como rendimientos.

De la definición prevista en el artículo 33.1 podemos concluir que una ganancia patrimonial será calificada como tal en la medida en que se produzcan las dos circunstancias exigidas en el artículo (variación en el valor del patrimonio del contribuyente producida como consecuencia de cualquier alteración en su composición) y, además, siempre que no quepa calificar la renta como rendimiento (del capital, etc.). Y es que, en efecto, recuérdese que existen determinadas variaciones del valor del patrimonio producidas como consecuencia de alteraciones en la composición del patrimonio del contribuyente a las que la LIRPF califica expresamente como rendimientos. Es el caso, por ejemplo, de los rendimientos derivados de la transmisión, amortización, reembolso, canje o conversión de activos financieros (representativos de la cesión a terceros de capitales propios) a los que la LIRPF otorga la calificación de rendimientos del capital y no como ganancias patrimoniales.

Pues bien, cuando se obtienen subvenciones o ayudas públicas (las percibidas en el marco del Plan PIVE lo son) se dan las circunstancias previstas en el artículo 33.1 de la LIRPF para poder calificar la renta como ganancia patrimonial, sin que exista ningún otro precepto de la LIRPF que le atribuya carácter de rendimiento.

Además, la propia LIRPF nos da una pista sobre cuál debe ser la correcta calificación de este tipo de rentas al disponer el artículo 14.2 c) que:

«c) Las ganancias patrimoniales derivadas de ayudas públicas se imputarán al periodo impositivo en que tenga lugar su cobro, sin perjuicio de las opciones previstas en las letras g), i) y j) de este apartado».

Es decir, que al regular las reglas especiales de imputación temporal y referirse expresamente a las ayudas públicas, la propia LIRPF califica expresamente estas como ganancias patrimoniales.

No existiendo duda, por tanto, de su calificación como ganancia patrimonial, estas se integrarán en la base general del impuesto por no derivar de la transmisión de un elemento patrimonial (art. 48 de la LIRPF).

En conclusión, la obtención de una ayuda pública en el marco del Plan PIVE para la adquisición de un vehículo constituye para el beneficiario una ganancia patrimonial, al producirse una variación en el valor de su patrimonio puesta de manifiesto con ocasión de una alteración en su composición (incorporación del importe dinerario de la ayuda) y no calificarse por la LIRPF como rendimiento.

El importe de la ganancia será la cuantía dineraria de la subvención obtenida. En nuestro caso, la subvención asciende a 3.000 euros por lo que todo su importe se integrará en la base general como ganancia patrimonial.

Además, como ya hemos anticipado, con carácter general las ganancias patrimoniales derivadas de la obtención de subvenciones o ayudas públicas se imputan al periodo impositivo de su cobro. Sin embargo, la doctrina administrativa<sup>3</sup> ha entendido, en este caso particular, que la alteración en la composición del patrimonio se entiende producida en el momento en que el organismo otorgante comunica la concesión al solicitante. Las características especiales que concurren en esta subvención en cuanto a su operativa (aplicación por los puntos de venta adheridos al Programa PIVE de la deducción del importe de la subvención en el precio de adquisición) y el hecho de estar condicionada la subvención a la aplicación en la factura de compraventa correspondiente, de un descuento mínimo de 1.000 euros por vehículo, lleva a considerar que la alteración patrimonial se produce respecto a esta subvención en el momento de la adquisición del vehículo, momento en que, a través del descuento, se le produce al comprador beneficiario la alteración patrimonial al «activarse» la ayuda del Plan PIVE.

La ganancia patrimonial deberá imputarse, por tanto, al periodo impositivo de 2016, año en el que se adquiere el vehículo al concesionario.

## 2.5. PUNTO 5: TRIBUTACIÓN DE LOS DERECHOS DE SUSCRIPCIÓN. RÉGIMEN VIGENTE EN 2016 Y COMPARACIÓN CON EL RÉGIMEN APLICABLE A PARTIR DE 1 DE ENERO DE 2017

Tal y como dijimos en un trabajo previo<sup>4</sup>, el régimen de tributación de las rentas derivadas de la transmisión de los derechos de suscripción era sumamente ventajoso (al menos en lo que se refería a las operaciones realizadas con valores admitidos a negociación en alguno de los mer-

<sup>3</sup> Véase la Consulta de la DGT V1679/2016, de 19 de abril (NFC059503).

<sup>4</sup> «Impuesto sobre la renta de las personas físicas. Ejercicio 2015 (caso práctico)», *RCyT. CEF*, núm. 356 (mayo 2015), págs. E1-E46.

cados regulados de valores definidos en la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 relativa a los mercados de instrumentos financieros, y representativos de la participación en fondos propios de sociedades o entidades) por cuanto del mismo se derivaba un diferimiento en su tributación.

En efecto, de acuerdo con la regulación vigente hasta el 31 de diciembre de 2016, la venta de derechos de suscripción procedentes de valores admitidos a negociación no genera renta gravable alguna sino que, en el importe obtenido, se minora el valor de la cartera y solo si lo obtenido con su venta supera el valor de adquisición, entonces su titular tendrá que tributar por dicho exceso en concepto de ganancia patrimonial. De esta forma –decíamos– la ganancia patrimonial tributará cuando se produzca la transmisión de las acciones pues al haber disminuido el valor de adquisición de las acciones la ganancia patrimonial obtenida será necesariamente superior en un importe equivalente a lo previamente obtenido con la venta de los derechos.

El proyecto de ley de modificación de la LIRPF (el que finalmente cristalizó en la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifica la LIRPF, el TRLIRNR y otras normas tributarias) contenía una modificación del artículo 37.1 a) de la LIRPF que obligaba a los contribuyentes que realizaran este tipo de operaciones a tributar inmediatamente (en el periodo impositivo en el que se produjera la transmisión) disponiendo a tal efecto la modificación proyectada del artículo lo siguiente:

«El importe obtenido por la transmisión de derechos de suscripción procedentes de estos valores **tendrá la consideración de ganancia patrimonial para el transmitente en el periodo impositivo en que se produzca la citada transmisión**».

Sin embargo, la entrada en vigor de dicha modificación se pospuso hasta el 1 de enero de 2017, de forma que hasta dicha fecha seguirá resultando de aplicación el régimen de diferimiento antes expuesto.

En este sentido, y también con efectos 1 de enero de 2017, se introduce en la LIRPF una disposición transitoria vigésimo novena por el apartado noventa y cinco del artículo primero de la Ley 26/2014 en la que se establece que:

«Disposición transitoria vigésima novena. *Transmisiones de derechos de suscripción anteriores a 1 de enero de 2017.*

Para la determinación del valor de adquisición de los valores a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 37 de esta ley, se deducirá el importe obtenido por las transmisiones de derechos de suscripción realizadas con anterioridad a 1 de enero de 2017, con excepción del importe de tales derechos que hubiera tributado como ganancia patrimonial. Cuando no se hubieran transmitido la totalidad de los derechos de suscripción, se entenderá que los transmitidos correspondieron a los valores adquiridos en primer lugar».

Fue este régimen de tributación el que dio lugar a la generalización entre las sociedades cotizadas de los programas de retribución al accionista denominados «dividendo flexible», todos ellos instrumentados mediante ampliaciones de capital liberadas en las que se asignaba a los accionistas un número de derechos equivalente a las acciones que poseían. Estos, una vez recibidos los derechos debían decidir si vendían los derechos en el mercado, si los vendían a la propia sociedad (con el compromiso de esta de no ejercer los derechos, lo que equivalía a cobrar en efectivo el dividendo) o si suscribían acciones en la ampliación liberada. En definitiva, cualquiera que fuera la denominación comercial utilizada por las empresas su atractivo para los accionistas se encontraba, precisamente, en la existencia de un favorable régimen fiscal. Así, la renta que de otro modo habría tributado en la forma prevista para los dividendos con sujeción a la correspondiente retención a cuenta del IRPF (art. 25.1 de la LIRPF) solo lo hacía en la medida en que se vendieran los derechos a la propia sociedad o, en su caso, cuando las acciones acabaran siendo vendidas.

En concreto, y por lo que se refiere a la tributación de este tipo de programas de retribución al accionista, la DGT en Consulta V0848/2010, de 28 de abril (NFC038013) (complementada por la número V2206/2010, de 4 de octubre [NFC039458]) resolvió lo siguiente en relación con cada una de las alternativas que se le planteaba al inversor:

- **Suscripción de acciones:** la entrega a los accionistas de acciones totalmente liberadas por la entidad consultante no comportará la obtención de renta para aquellos. No obstante, a efectos de futuras transmisiones, el valor de adquisición tanto de las acciones entregadas como de las acciones de las que procedan será el que resulte de repartir el coste total entre el número de títulos, tanto los antiguos como los liberados que correspondan. La fecha de adquisición de las acciones totalmente liberadas será la que corresponda a las acciones de las cuales procedan (art. 37.1 a) de la LIRPF).
- **Transmisión en el mercado de los derechos de suscripción:** las previsiones contenidas en el artículo 37.1 a) de la LIRPF respecto del tratamiento aplicable en la transmisión de derechos de suscripción resultarán aplicables a la transmisión de los derechos de suscripción derivados de la ampliación de capital con cargo a reservas. En consecuencia, el importe obtenido por la transmisión de los derechos de suscripción en el mercado minorará el valor de adquisición de las acciones de las que procedan. No obstante, si dicho importe superase el valor de adquisición de las citadas acciones, la diferencia tendrá la consideración de ganancia patrimonial para el transmitente, en el periodo impositivo en que se produzca la transmisión.
- **Venta al propio banco de los derechos de suscripción por los titulares de derechos de asignación gratuita por los derechos no ejercitados ni transmitidos en el mercado:** dicha compensación tiene por objeto garantizar a aquellos la percepción de una determinada remuneración (normalmente se fija un precio fijo) con independencia de la valoración en el mercado de los derechos de asignación y de que los derechos adquiridos finalmente se ejerciten o no, por lo que no procede aplicar el tratamiento propio de la transmisión de los derechos de suscripción, sino el corres-

pondiente a los rendimientos obtenidos por la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad conforme a lo dispuesto en el artículo 25.1 a) de la LIRPF.

Respecto a los titulares de los derechos de suscripción adquiridos en el mercado, que no acudan a la ampliación de capital suscribiendo las acciones totalmente liberadas que les correspondan sino que perciban la citada compensación, resultará asimismo de aplicación lo dispuesto en el artículo 25.1 a) de la LIRPF.

Esta calificación comporta el sometimiento a retención de las cantidades satisfechas a los titulares de los derechos de suscripción de acuerdo con lo previsto en los artículos 90 a 94 del RIRPF, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo.

Por lo que respecta al importe obtenido por la venta de los derechos que no hayan sido adquiridos en el mercado, es decir, los que correspondan a los socios por tal condición, podrá aplicarse hasta el 31 de diciembre de 2014 la exención prevista en el artículo 7 y) de la LIRPF en los términos previstos en dicho precepto<sup>5</sup>.

Pues bien, en nuestro supuesto, dado que el matrimonio vende la mitad de los derechos, el importe obtenido minorará el valor de adquisición de la cartera que, suponiendo que no se haya visto alterado por operaciones previas, quedará valorada de la siguiente forma:

• Valor de adquisición .....	80.000
• Importe obtenido por la venta de derechos .....	2.000
• Valor de adquisición .....	78.000

Por otro lado, la adquisición de 4.000 nuevas acciones totalmente liberadas tampoco da lugar a la tributación de renta alguna. En concreto, la adquisición de acciones totalmente liberadas dará lugar a la distribución del valor de adquisición de las acciones de las cuales proceden entre todas las acciones, tanto estas como las nuevas. Ello dará lugar a una disminución del valor unitario de adquisición de las acciones con lo que en el momento de la transmisión la ganancia patrimonial será mayor, consiguiéndose aquí también un diferimiento de la renta.

Debido a la importancia del cambio normativo nos parece oportuno resaltar que las transmisiones de derechos de suscripción que se produzcan a lo largo del presente ejercicio (2017) tributarán íntegramente como ganancias patrimoniales.

Asimismo, debemos recordar que en materia de retenciones, la Ley 26/2014 modificó los artículos 100.1 y 101.6 de la LIRPF, igualmente con efectos desde 1 de enero de 2017, en cuyos últimos párrafos, conforme a dicha modificación, se establece respectivamente lo siguiente: «En las transmisiones de derechos de suscripción, estarán obligados a retener o ingresar a cuenta por

<sup>5</sup> Tal exención solo resulta de aplicación a las operaciones que se realicen hasta el 31 de diciembre de 2014 pues la exención prevista en el artículo 7 y) de la LIRPF ha sido derogada con efectos 1 de enero de 2015.

este impuesto, la entidad depositaria y, en su defecto, el intermediario financiero o el fedatario público que haya intervenido en la transmisión», y «El porcentaje de retención e ingreso a cuenta sobre la ganancias patrimoniales derivadas de derechos de suscripción será el 19%». Es decir, que a partir de 1 de enero de 2017 las rentas derivadas de la venta de derechos de suscripción no solo estarán sujetas al impuesto en el mismo periodo impositivo de su obtención sino que, además, se someterán al sistema de retenciones a cuenta del IRPF.

## 2.6. PUNTO 6: LA DEDUCCIÓN POR INVERSIÓN EN ENTIDADES DE NUEVA O RECIENTE CREACIÓN

A la primera de las cuestiones planteadas por doña Luisa a su asesor habría que contestar que, efectivamente, la adquisición de una participación en el capital de una sociedad anónima de nueva creación goza de un incentivo fiscal consistente en una deducción en cuota del importe invertido con una base máxima de deducción de 50.000 euros y un porcentaje de deducción del 12%.

La deducción en cuestión se encuentra regulada en el artículo 68.1 de la LIRPF que fue introducida en la LIRPF por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, incorporándose al apartado primero del artículo aprovechando el hueco que había dejado la derogada deducción por inversión en vivienda habitual.

Según el preámbulo de la citada ley:

«Con el objeto de favorecer la captación por empresas, de nueva o reciente creación, de fondos propios procedentes de contribuyentes que, además del capital financiero, aporten sus conocimientos empresariales o profesionales adecuados para el desarrollo de la sociedad en la que invierten, inversor de proximidad o "business angel", o de aquellos que solo estén interesados en aportar capital, capital semilla, se establece un nuevo incentivo fiscal en el impuesto sobre la renta de las personas físicas.

Se tendrá derecho a una deducción en la cuota estatal del IRPF con ocasión de la inversión realizada en la empresa de nueva o reciente creación. En la posterior desinversión, que tendrá que producirse en un plazo entre tres y doce años, se declara exenta la ganancia patrimonial que, en su caso, se obtenga, siempre y cuando se reinvierta en otra entidad de nueva o reciente creación».

Vemos como los destinatarios últimos del beneficio o incentivo fiscal previsto en el artículo 68.1 de la LIRPF no son tanto los emprendedores que arriesgan su capital para poner en marcha un negocio sino quienes le acompañan como socios en esa aventura aportando no solo capital, sino también, en su caso, sus conocimientos empresariales o profesionales para la puesta en marcha de la sociedad. Además, la aplicación de la deducción está condicionada, como a continuación veremos, a que por dicho inversor se vendan las acciones o participaciones representativas del capital invertido en un plazo no superior a 12 años por lo que el objetivo de política econó-

mica perseguido, en última instancia, con este beneficio fiscal es tratar de favorecer la financiación empresarial de proyectos que, en otro caso, tendrían un difícil acceso a la financiación por las dificultades de recurrir a la financiación ajena. Y es que no debemos olvidar que esta «nueva» deducción fue aprobada en un contexto económico caracterizado por la grave situación económica y financiera que atravesaba nuestro país. El Gobierno, consciente de la necesidad de reactivar el tejido empresarial español, gravemente deteriorado como consecuencia de la crisis inmobiliaria, se encontró en la tesitura de aprobar normas que favorecieran, en la medida de lo posible, el cambio de ciclo y, lo que es más importante, el cambio de mentalidad en lo que al denominado autoempleo se refiere. En relación con todo ello se afirmaba en el preámbulo de la ley que:

«España viene atravesando una grave y larga crisis económica con agudas consecuencias sociales. Entre 2008 y 2012 se han destruido casi 1,9 millones de empresas en España, más del 99,5% de ellas con menos de 20 asalariados, frente a la creación de 1,7 millones de empresas, a pesar de la grave situación del desempleo en España.

Teniendo únicamente en cuenta a los jóvenes empresarios, la situación de España se vuelve especialmente dramática durante la crisis, habiendo el número de empresarios de 15 a 39 años registrado una caída de más del 30% desde 2007 a 2012.

Esta situación justifica por sí misma la necesidad de emprender reformas favorables al crecimiento y la reactivación económica. Las reformas no solo deben aspirar a impulsar la actividad de manera coyuntural, sino que deben también abordar los problemas estructurales del entorno empresarial en España, buscando fortalecer el tejido empresarial de forma duradera.

Por ello, se hace imprescindible proceder a un análisis sobre las características de nuestro tejido empresarial que resulte en la identificación de sus principales problemas.

[...]

Para invertir esta situación, es necesario un cambio de mentalidad en el que la sociedad valore más la actividad emprendedora y la asunción de riesgos. La piedra angular para que este cambio tenga lugar es, sin duda, el sistema educativo».

Y más adelante, se afirmaba que:

«[...] las dificultades para acceder a financiación son uno de los mayores problemas a los que se enfrentan estructuralmente las empresas, por ello resulta esencial impulsar canales de financiación, tanto bancarios como no bancarios, que contribuyan a suavizar los efectos sobre las empresas de la restricción en el crédito».

En consecuencia, como ya hemos anticipado, el destinatario último de este beneficio fiscal no es tanto el emprendedor sino la persona que arriesga su capital sin desarrollar en la *sociedad de nueva creación* función alguna distinta de la que corresponde a un socio capitalista que no aporta su industria (sin perjuicio de que sí se le reconozca la posibilidad de aportar sus conoci-

mientos empresariales o profesionales adecuados para el desarrollo de la entidad en la que invierten en los términos que establezca el acuerdo de inversión entre el contribuyente y la entidad).

Para que pueda aplicarse la deducción doña Luisa, se tienen que cumplir las siguientes reglas:

- a) La deducción se aplica a las inversiones que consistan en la suscripción de acciones emitidas con motivo de la constitución de nuevas sociedades o de acciones emitidas con ocasión de una ampliación de capital de sociedades ya constituidas cuando, en este último caso, el tiempo transcurrido desde su constitución hasta el momento en que se realice la ampliación de capital no exceda de tres años. Además, las participaciones deben permanecer en el patrimonio del contribuyente un periodo mínimo de 3 años y un periodo máximo de 12 años.

De esta primera regla destaca el hecho de que la participación en el capital de la *sociedad de nueva o reciente creación* se limite a un periodo temporal que no puede ser inferior a 3 años ni superior a 12. Es decir, que el inversor debe permanecer en el capital de la sociedad sin deshacer su posición durante, al menos, 3 años y vender su participación –necesariamente– en un plazo no superior a 12 años.

- b) La participación directa o indirecta del contribuyente, junto con la que posean en la misma entidad su cónyuge o cualquier persona unida al contribuyente por parentesco, en línea recta o colateral, por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado incluido, no puede ser, durante ningún día de los años naturales de tenencia de la participación, superior al 40% del capital social de la entidad o de sus derechos de voto.

Con ello se pretende, en definitiva, que no sea el propio núcleo familiar el beneficiario del beneficio o incentivo fiscal por la sospecha de que, de alguna manera, este acabe retornando al contribuyente, siendo que la persona que debería disfrutarlo es el inversor.

- c) Que no se trate de acciones o participaciones en una entidad a través de la cual se ejerza la misma actividad que se venía ejerciendo anteriormente mediante otra titularidad.

Se trata esta de una norma antiabuso específica que pretende evitar el aprovechamiento indebido de la deducción y su aplicación a supuestos para los que no está pensada. En definitiva, si la deducción nace para incentivar el emprendimiento ningún sentido tiene que favorezca a quienes ya vinieran desarrollando la misma actividad empresarial aunque bajo otra titularidad (sociedad).

Adicionalmente, el artículo 68.1 de la LIRPF exige que la entidad cuyas acciones o participaciones se adquieran cumplan los siguientes requisitos:

- a) Revestir la forma de sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima laboral o sociedad de responsabilidad limitada laboral, en los términos previstos en el texto refundido de la Ley de sociedades de capital, aprobado por el Real

Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y en la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de sociedades laborales, y no estar admitida a negociación en ningún mercado organizado.

Este requisito deberá cumplirse durante todos los años de tenencia de la acción o participación.

- b) Ejercer una actividad económica que cuente con los medios personales y materiales para el desarrollo de la misma. En particular, no podrá tener por actividad la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario a que se refiere el artículo 4.8.Dos a) de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del impuesto sobre el patrimonio (LIP), en ninguno de los periodos impositivos de la entidad concluidos con anterioridad a la transmisión de la participación.

Aunque el precepto acota por la vía negativa la actividad económica que en ningún caso puede constituir el objeto de la sociedad (gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario) no especifica qué entiende por medios personales y materiales para el desarrollo de la misma por lo que habrá que estar, en cada caso, al tipo de actividad económica que constituya su objeto social.

- c) El importe de la cifra de los fondos propios de la entidad no podrá ser superior a 400.000 euros en el inicio del periodo impositivo de la misma en que el contribuyente adquiera las acciones o participaciones.

Cuando la entidad forme parte de un grupo de sociedades en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, el importe de los fondos propios se referirá al conjunto de entidades pertenecientes a dicho grupo.

Finalmente, el artículo 68.1 de la LIRPF condiciona la aplicación de la deducción al cumplimiento de un requisito de tipo meramente formal que consiste en que por la sociedad se expida una certificación indicando el cumplimiento de los requisitos relativos a la forma jurídica de la sociedad, a la necesidad de realizar una actividad económica y a que la cifra de fondos propios no sea superior a 400.000 euros en el periodo impositivo en el que se produjo la adquisición de las mismas.

Pues bien, verificado el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos que acabamos de mencionar, don Miguel podría aplicar la deducción del artículo 68.1 de la LIRPF. El importe de la deducción sería de 4.800 euros ( $40.000 \times 12\%$ ). Desde su adquisición el día 1 de junio de 2016 deberá mantenerlas en su patrimonio hasta el 1 de junio de 2019 y venderlas antes del transcurso del plazo de 12 años a que ya nos hemos referido. En definitiva, la venta de las acciones debería tener lugar en cualquier momento una vez cumplido el periodo mínimo de tenencia de 3 años y, en cualquier caso, antes del transcurso del plazo de 12.

En cuanto a la segunda cuestión (si la venta de las acciones tendría algún otro incentivo fiscal) habría que contestar afirmativamente. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 38.2 de la LIRPF que establece una exención por reinversión de la ganancia patrimonial obtenida con la venta de las acciones de sociedades de nueva o reciente creación. La aplicación de la exención

queda condicionada a que el importe total obtenido por la transmisión de las mismas se reinvierta en la adquisición de acciones o participaciones de las citadas entidades en las condiciones que reglamentariamente se determinen siendo la exención parcial cuando el importe reinvertido sea inferior al importe total obtenido en la transmisión.

No obstante, no resultará de aplicación lo dispuesto en este apartado en los siguientes supuestos:

- a) Cuando el contribuyente hubiera adquirido valores homogéneos en el año anterior o posterior a la transmisión de las acciones o participaciones. En este caso, la exención no procederá respecto de los valores que como consecuencia de dicha adquisición permanezcan en el patrimonio del contribuyente.
- b) Cuando las acciones o participaciones se transmitan a su cónyuge, a cualquier persona unida al contribuyente por parentesco, en línea recta o colateral, por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado incluido, a una entidad respecto de la que se produzca, con el contribuyente o con cualquiera de las personas anteriormente citadas, alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, distinta de la propia entidad cuyas participaciones se transmiten.

Por último, interesa destacar que cuando efectivamente se reinvierta en la adquisición de acciones o participaciones de entidades de nueva o reciente creación el contribuyente no podrá aplicar, de nuevo, la deducción prevista en el artículo 68.1 sobre dichos valores. Sí podrá aplicarse, sin embargo, sobre la parte de la reinversión que exceda del importe total obtenido en la transmisión de aquellas por lo que en ningún caso se podrá practicar deducción por las nuevas acciones o participaciones mientras las cantidades invertidas no superen la citada cuantía

## 2.7. PUNTO 7: EFECTOS FISCALES DERIVADOS DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE NULIDAD DE LOS CONTRATOS DE COMPRA DE PARTICIPACIONES PREFERENTES

En relación con la cuestión de la tributación de las posibles rentas puestas de manifiesto con ocasión de la anulación de los contratos por los que se suscribieron participaciones preferentes debe precisarse, con carácter previo, y por lo que se refiere a la devolución de los intereses percibidos de las participaciones preferentes durante la vigencia de los contratos declarados nulos mediante sentencia judicial, que estos debieron haber sido consignados en las autoliquidaciones del IRPF de doña Amparo correspondientes a los ejercicios en los que tales intereses hubieran resultado exigibles (2009, 2010, 2011, 2012), en concepto de rendimientos del capital mobiliario procedentes de la cesión a terceros de capitales propios, según lo previsto en el artículo 25.2 de la LIRPF. Así se desprende de lo dispuesto en el apartado segundo de la disposición adicional segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los inter-

mediarios financieros, en la que se regulaba al régimen fiscal de las participaciones preferentes. La citada ley fue derogada por disposición derogatoria c) de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito, cuya disposición adicional primera pasó a regular el régimen de tributación de este instrumento financiero. En ella, sin embargo, se mantuvo la misma calificación para las rentas derivadas de los intereses devengados por las participaciones preferentes, es decir, que los intereses se siguieron calificando como rendimientos del capital mobiliario. No obstante, la aplicación del régimen fiscal previsto en la disposición adicional segunda quedaba condicionado al cumplimiento de los requisitos de índole financiero previstos en el apartado primero (que a su vez se remitía al Reglamento UE 575/2013, de 26 de junio) y a que se cumplieran, adicionalmente, las circunstancias previstas en el apartado segundo (residencia de la entidad emisora en España o en un Estado miembro de la Unión Europea que no tenga la calificación de paraíso fiscal, cuyos derechos de voto correspondan en su totalidad directa o indirectamente a una entidad de crédito española y cuya actividad u objeto exclusivos sea la emisión de participaciones preferentes; en caso de emisión por la filial el producto de las inversiones debe invertirse en la entidad de crédito dominante de manera que queden directamente afectos a los riesgos y situación financiera de dicha entidad; no otorgar a sus titulares derechos políticos, salvo en los supuestos excepcionales que se establezcan en las respectivas condiciones de emisión; no otorgar derechos de suscripción preferente respecto de futuras nuevas emisiones; cotizar en mercados regulados, sistemas multilaterales de negociación u otros mercados organizados; la oferta pública de venta ha de contar con un tramo dirigido exclusivamente a clientes profesionales de al menos el 50% del total de la emisión, sin que el número total de tales inversores pueda ser inferior a 50; y en el caso de emisiones de entidades que no sean sociedades cotizadas, en los términos del art. 495 del texto refundido de la Ley de sociedades de capital, aprobado por RDLeg. 1/2010, de 2 de julio, el valor nominal unitario mínimo de las participaciones preferentes será de 100.000 € y en el caso de las restantes emisiones, el valor nominal unitario mínimo de las participaciones preferentes será de 25.000 €).

Pues bien, de haberse declarado los intereses percibidos por la tenencia de las participaciones preferentes, la declaración de nulidad de la obligación del pago de los intereses afecta a la declaración de los mismos en el IRPF, lo que puede motivar una solicitud de rectificación de autoliquidación a efectos de obtener las devoluciones derivadas de la normativa del tributo o, en su caso, la correspondiente devolución de ingresos indebidos. Esta posibilidad deriva de lo dispuesto en los artículos 120.3 de la LGT y 126 a 130 del RGAT.

Sin embargo, el artículo 126 del RGAT condiciona la posibilidad de solicitar la rectificación de la autoliquidación a que no haya prescrito el derecho de la Administración tributaria para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación (art. 66 a) de la LGT) o el derecho a solicitar la devolución correspondiente (art. 66 c) de la LGT). Por lo tanto, al encontrarse prescrito en 2016 (ejercicio en que se declara la nulidad del contrato) tanto el derecho a determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación como el derecho a solicitar la devolución correspondiente en relación con los ejercicios 2009 y 2010, doña Amparo no podría, en principio, solicitar la rectificación de las autoliquidaciones correspondientes a dichos ejercicios. Por lo que se refiere al ejercicio 2011, la prescripción se alcanzaría el día 3 de julio de 2016 pues, según el artículo 8 de la Orden HAP/638/2012, de 26 de marzo, por la que se aprueban los modelos de declaración del IRPF y del IP,

ejercicio 2011, se determinan el lugar, forma y plazos de presentación de los mismos, se establecen los procedimientos de obtención o puesta a disposición, modificación y confirmación o suscripción del borrador de declaración del IRPF, y se determinan las condiciones generales y el procedimiento para la presentación de ambos por medios telemáticos o telefónicos, el plazo para la presentación de la autoliquidación correspondiente a dicho ejercicio finalizó el día 2 de julio de 2012 por lo que si la sentencia se notifica en el mes de junio de 2016, debería instarse rápidamente la rectificación de la autoliquidación para que no se alcanzara, también respecto del mismo, la prescripción.

Sin embargo, y a pesar de que estas son las normas que rigen con carácter general el derecho a solicitar la rectificación de autoliquidaciones, debe tenerse en cuenta que el Real Decreto-Ley 6/2015, de 14 de mayo, ha añadido en su artículo 15, con efectos desde 1 de enero de 2013, una nueva disposición adicional cuadragésima cuarta a la Ley 35/2006 y en el apartado 4 establece:

«4. Los titulares de deuda subordinada o participaciones preferentes cuyos contratos hubiesen sido declarados nulos mediante sentencia judicial, que hubiesen consignado los rendimientos de las mismas en su autoliquidación correspondiente al impuesto sobre la renta de las personas físicas, podrán solicitar la rectificación de dichas autoliquidaciones y solicitar y, en su caso, obtener la devolución de ingresos indebidos, aunque hubiese prescrito el derecho a solicitar la devolución.

Cuando hubiese prescrito el derecho a solicitar la devolución, la rectificación de la autoliquidación a que se refiere el párrafo anterior solo afectará a los rendimientos de la deuda subordinada y de las participaciones preferentes, y a las retenciones que se hubieran podido practicar por tales rendimientos».

En consecuencia, doña Amparo sí podrá solicitar la rectificación de todas las autoliquidaciones presentadas en relación con los periodos impositivos de 2009, 2010 y 2011 para solicitar así la devolución de las cantidades, en su caso, indebidamente ingresadas, solicitud que se limitará, al menos en relación con los periodos impositivos prescritos, a los intereses percibidos de la entidad de crédito por las participaciones preferentes.

Por otro lado, y por lo que se refiere a la tributación de la devolución de las cantidades invertidas, doña Amparo tuvo que declarar en el periodo impositivo de 2013 un rendimiento del capital mobiliario negativo correspondiente a la diferencia existente entre el capital invertido y el valor de las acciones recibidas en el canje que tuvo lugar a raíz de la resolución del FROB. Y recuerde-se que el artículo 25.2 de la LIRPF dispone que se califican como rendimientos del capital mobiliario los derivados de la transmisión, reembolso, amortización, canje o conversión de cualquier clase de activos representativos de la captación y utilización de capitales ajenos. Este artículo a continuación señala que:

«En el caso de transmisión, reembolso, amortización, canje o conversión de valores, se computará como rendimiento la diferencia entre el valor de transmisión, reembolso, amortización, canje o conversión de los mismos y su valor de adquisición o suscripción.

Como valor de canje o conversión se tomará el que corresponda a los valores que se reciban.

Los gastos accesorios de adquisición y enajenación serán computados para la cuantificación del rendimiento, en tanto se justifiquen adecuadamente.

[...]».

Pues bien, el rendimiento neto del capital mobiliario derivado de la operación de canje ascendió al siguiente importe:

• Capital invertido .....	100.000
• Valor de las acciones recibidas .....	80.000
• Rendimiento neto .....	-20.000

Posteriormente, con motivo de la transmisión de las acciones recibidas se generó una pérdida patrimonial. Esta se cuantifica, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37.1 a) de la LIRPF, por la diferencia entre el valor de adquisición y el valor de transmisión, determinado por su cotización en dichos mercados en la fecha en que se produzca aquella o por el precio pactado cuando sea superior a la cotización. En consecuencia, su cálculo responde al siguiente detalle:

• Valor de adquisición de las acciones .....	80.000
• Valor de transmisión .....	75.000
• Pérdida patrimonial .....	-5.000

En consecuencia, tanto el rendimiento negativo del capital mobiliario como la pérdida patrimonial se integraron en la base imponible general del ejercicio 2013. Decimos base general porque en los periodos impositivos de 2013 y 2014 las ganancias y pérdidas patrimoniales que derivaban de la transmisión de elementos patrimoniales que hubieran permanecido en el patrimonio del obligado tributario un año, o menos de un año, desde la fecha de su adquisición tenían la consideración de renta general y no de renta del ahorro. Ello se debió a la modificación introducida en el artículo 46 de la LIRPF (renta del ahorro) por la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica, que permaneció vigente hasta el 1 de enero de 2015, momento a partir del cual se volvió a modificar el precepto, en esta ocasión por la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas, el texto refundido de la Ley del impuesto sobre la renta de no residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias.

Finalmente, cuando como consecuencia del acuerdo alcanzado en ejecución de la sentencia que declaró la nulidad del contrato por el que se suscribieron las participaciones preferentes se recibe un importe equivalente al capital invertido, nace a cargo doña Amparo la obligación de

presentar una autoliquidación complementaria para neutralizar dichos rendimientos negativos y pérdidas (art. 122 de la LGT). En relación con esta autoliquidación complementaria, no queda claro si se devengarán recargos y, en su caso, intereses de demora o si por no presentarse voluntariamente cabría la imposición de sanciones. En efecto, la duda surge porque la disposición adicional cuadragésimo cuarta de la LIRPF introduce un tratamiento fiscal opcional aplicable a aquellos contribuyentes que hubieran percibido compensaciones de la entidad de crédito en virtud de acuerdos alcanzados con estas, régimen que les permite elegir entre:

- a) Aplicar el régimen general de tributación.
- b) Aplicar un régimen especial que consiste en computar en el periodo en el que se recibe la compensación como rendimiento del capital mobiliario la diferencia entre la compensación recibida y la inversión realizada, especificándose que en la compensación recibida debe incluirse el importe de lo obtenido por la venta de las acciones o valores recibidos con ocasión del canje.

Además, en virtud de este régimen especial la recompra no tiene efectos tributarios, o canje, ni la transmisión de los valores realizada antes o con motivo del acuerdo alcanzado con la entidad de crédito, debiendo presentarse autoliquidación complementaria en caso de que el contribuyente hubiese consignado en la autoliquidación correspondiente al periodo en que dichas operaciones fueron realizadas un rendimiento del capital mobiliario negativo (por el canje) y una pérdida patrimonial (por la transmisión posterior de las acciones recibidas con ocasión del canje). Para presentar la autoliquidación complementaria se otorga al contribuyente un plazo de tres meses contados desde la finalización del plazo de presentación de la autoliquidación a que se impute la compensación a la que antes nos referíamos. Sobre el resultado de dicha autoliquidación complementaria, se especifica en la disposición adicional que no se impondrán sanciones ni se exigirán intereses ni recargos (letra b) del apartado primero de la disp. adic. cuadragésimo cuarta de la LIRPF).

Pues bien, dicho régimen opcional no resulta de aplicación en el supuesto de hecho planteado en el enunciado pues lo que aquí tiene lugar es la declaración judicial de nulidad del contrato (no hay acuerdo con la entidad de crédito para resolver el contrato restituyéndose las partes las cantidades que, respectivamente, percibieron con ocasión de la ejecución del contrato). En definitiva, dado que el contrato nunca existió (se produce el efecto *ex tunc* propio de la nulidad de los contratos) todos los efectos fiscales que se hayan derivado de su cumplimiento deben deshacerse. En consecuencia, tanto el coste fiscal generado por los intereses percibidos de las participaciones preferentes (debido a su tributación como rendimientos del capital mobiliario) como el posible aprovechamiento de las pérdidas derivadas de las operaciones de canje y posterior venta de las acciones recibidas a cambio de las participaciones preferentes (por el cómputo tanto de rendimientos del capital mobiliario negativos como por la declaración de las correspondientes pérdidas patrimoniales) también debe anularse. En el primer caso, como hemos visto, la recuperación de las cantidades ingresadas a la Hacienda Pública por los intereses percibidos tendrá lugar vía solicitud de rectificación de las autoliquidaciones en las que aquellos intereses fueron declarados (sin que opere respecto de este elemento de la obligación tributaria el instituto de la prescripción, tal y

como dispone el apartado cuarto de la disp. adic. cuadragésimo cuarta) y, en el segundo caso, la eliminación de las pérdidas generadas, tanto con ocasión del canje (rendimiento del capital mobiliario negativo), como con ocasión de la transmisión de los valores recibidos en sustitución de las participaciones preferentes (pérdida patrimonial) se deshará mediante la presentación de una autoliquidación complementaria sobre la que no cabrá liquidar ni intereses ni recargos pues en el momento en que se presentaron las autoliquidaciones en las que se declararon tales pérdidas no se había producido el hecho que justifica la necesidad de su presentación (sentencia declarando la nulidad del contrato) y, además, para su presentación el legislador no ha establecido plazo alguno.

Por lo que se refiere a la tributación de los intereses, la DGT ha interpretado, por un lado, que los intereses legales a satisfacer por la entidad bancaria por el tiempo transcurrido desde que doña Amparo dio la orden de suscripción de las participaciones preferentes hasta la fecha de la sentencia, minorados, en su caso, por los intereses legales que corresponden a la devolución de los intereses percibidos en su día por doña Amparo tributarán de acuerdo con las reglas siguientes<sup>6</sup>:

- a) Por tratarse de intereses de los denominados remuneratorios tributarán como ganancias patrimoniales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 33.1 de la LIRPF.
- b) En relación con los intereses de mora procesales satisfechos por la entidad bancaria por el tiempo transcurrido desde la fecha de la sentencia hasta la fecha de pago se trata de unos intereses indemnizatorios, constituyendo una ganancia patrimonial independiente.

Ambos, se integran, según ha interpretado la DGT, en la base del ahorro y ello a pesar de no derivar de la transmisión de elementos patrimoniales. En definitiva, gracias a la interpretación *histórica* realizada por la DGT, estas rentas no se integran en la base general (como podría entenderse teniendo en cuenta que no derivan de la transmisión de un elemento patrimonial) y tributarán a los tipos de gravamen con los que se gravan las rentas del ahorro.

Por último, y por lo que se refiere a la imputación temporal de estas ganancias patrimoniales, la DGT considera que la alteración patrimonial correspondiente a los intereses legales se entenderá producida con la propia sentencia que establezca su pago, pues su cuantificación ya queda limitada a la fecha de la sentencia. Lo que a su vez conlleva su imputación temporal al periodo impositivo de adquisición de firmeza de la sentencia, tal como resulta de lo dispuesto en el artículo 14.2 a) de la LIRPF «Cuando no se hubiera satisfecho la totalidad o parte de una renta, por encontrarse pendiente de resolución judicial la determinación del derecho a su percepción o su cuantía, los importes no satisfechos se imputarán al periodo impositivo en que aquella adquiera firmeza».

No ocurre lo mismo con los intereses de mora procesal, pues al abarcar el periodo de tiempo transcurrido entre la fecha de la sentencia y la de su pago, la alteración patrimonial solo puede entenderse producida cuando los mismos se reconozcan, es decir, cuando se cuantifiquen y se acuerde su abono.

---

<sup>6</sup> Consulta V3730/2016, de 30 de septiembre (NFC061888).

## 2.8. PUNTO 8: RENDIMIENTOS DEL CAPITAL INMOBILIARIO. REDUCCIÓN POR ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA ARRENDADA A UNA EMPRESA PARA SU USO POR UNO DE LOS EMPLEADOS

El rendimiento derivado del arrendamiento de la vivienda a la empresa multinacional tiene la consideración de rendimiento del capital inmobiliario de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22.1 de la LIRPF que establece que «Tendrán la consideración de rendimientos íntegros procedentes de la titularidad de bienes inmuebles rústicos y urbanos o de derechos reales que recaigan sobre ellos, todos los que se deriven del arrendamiento o de la constitución o cesión de derechos o facultades de uso o disfrute sobre aquellos, cualquiera que sea su denominación o naturaleza».

En cuanto a los rendimientos netos computables, estos se determinan detrayendo de los ingresos íntegros los gastos que la LIRPF considera deducibles. Comenzando por los ingresos, el artículo 22.2 de la LIRPF señala que «Se computará como rendimiento íntegro el importe que por todos los conceptos deba satisfacer el adquirente, cesionario, arrendatario o subarrendatario, incluido, en su caso, el correspondiente a todos aquellos bienes cedidos con el inmueble y excluido el impuesto sobre el valor añadido o, en su caso, el impuesto general indirecto canario». Es decir, que de acuerdo con lo previsto en este artículo constituyen rendimientos íntegros del capital, por un lado, el importe total de las rentas percibidas como consecuencia del arrendamiento y, por otro lado, el importe de los gastos que se repercuten a la empresa arrendataria. En concreto, los ingresos íntegros presentarían el siguiente detalle:

• $\sum$ Rentas mensuales .....	16.000
• $\sum$ Gastos repercutidos .....	8.000
• Total rendimientos íntegros .....	24.000

Por otro lado, el artículo 23 de la LIRPF considera deducibles, por un lado, los gastos necesarios para la obtención de los rendimientos (intereses de capitales ajenos invertidos en la adquisición, gastos de reparación y conservación, tributos que incidan sobre los rendimientos computados o sobre el bien productor de aquellos, los saldos de dudoso cobro, o las cantidades devengadas por terceros por servicios personales) y, por otro, las cantidades destinadas a la amortización del inmueble y de los demás bienes cedidos con este, siempre que respondan a su depreciación efectiva.

En relación con los gastos surge, en primer lugar, la cuestión sobre la deducibilidad de los gastos de reparación que la propietaria (doña Luisa) se obliga a realizar en la vivienda arrendada antes de que la empresa arrendataria tome posesión de aquella. En definitiva, la cuestión es si tales gastos son necesarios para la obtención de los rendimientos o no lo son.

Pues bien, la contestación debe ser afirmativa. En definitiva, hay que entender que, por supuesto, las reparaciones que don Manuel se obliga a realizar en la vivienda son absolutamente necesarias para la generación de los rendimientos. De hecho, tal y como se desprende del enun-

ciado del supuesto, el propietario asume frente al arrendatario la obligación de realizar la reparación como condición necesaria para la celebración del contrato. En consecuencia, cabe concluir que los 10.000 euros correspondientes a la reparación sí son deducibles. Sin embargo, estos gastos son deducibles con el límite –para cada bien o derecho– de los rendimientos íntegros, de forma que, si se superara este último importe, el gasto de reparación sería deducible hasta la cuantía del rendimiento íntegro y el exceso lo sería en los periodos impositivos que concluyeran en los cuatro años siguientes respetando igual límite. En nuestro caso como el rendimiento íntegro asciende a 16.000 euros, el gasto de reparación (de 10.000 €) sería plenamente deducible. En relación con la cuestión de la deducibilidad de gastos de reparación devengados antes del inicio del periodo contractual, en la Consulta V2871/2015, de 5 de octubre (NFC056509), la DGT afirma que:

«La deducibilidad de los gastos anteriores al arrendamiento está condicionada a la obtención de unos ingresos, es decir, de unos rendimientos íntegros del capital inmobiliario, los procedentes del arrendamiento o de la constitución o cesión de derechos o facultades de uso o disfrute de bienes inmuebles o de derechos reales que recaigan sobre los mismos. Ello hace necesario, en un supuesto en el que cuando se producen los gastos no se generan rendimientos, que exista una correlación entre esos gastos de conservación y reparación y los ingresos derivados del posterior arrendamiento del inmueble o, en su caso, de la posterior constitución o cesión de derechos o facultades de uso o disfrute del mismo. Lo anterior comporta que las reparaciones y actuaciones de conservación efectuadas vayan dirigidas exclusivamente a la futura obtención de rendimientos del capital inmobiliario, a través del arrendamiento o de la constitución o cesión de derechos de uso y disfrute, y no al disfrute, siquiera temporal, del inmueble por el titular.

De acuerdo con lo expuesto, los gastos de mantenimiento a que se refiere el consultante en su escrito, se consideran gastos de conservación y reparación y, por tanto, resultarían deducibles para la determinación del rendimiento neto del capital inmobiliario, siempre que no exceda de la cuantía de los rendimientos íntegros obtenidos por el arrendamiento.

Si no hubiera obtenido rendimiento alguno en el año 2015 o el obtenido fuera inferior al importe de estos gastos de reparación y conservación, el importe de los mismos se podrá deducir en los cuatro años siguientes, sin que pueda exceder, conjuntamente con los gastos por estos mismos conceptos correspondientes a dicha vivienda y a cada uno de estos años, de la cuantía de los rendimientos íntegros obtenidos por su arrendamiento».

En segundo lugar, también son deducibles los gastos correspondientes al impuesto sobre bienes inmuebles (tributo estatal que incide en el rendimiento computado), así como los gastos de comunidad, seguridad y seguro multirriesgo (gastos correspondientes a cantidades devengadas por terceros por servicios personales), si bien, dado que la vivienda solo se encuentra arrendada parte del año, deberá prorratearse su importe entre los meses del año en que efectivamente genere rendimientos del capital inmobiliario, es decir, ocho meses (meses de mayo a diciembre, ambos inclusive). Por lo tanto, los gastos fiscalmente deducibles por este concepto ascienden a 2.033,33 euros  $[(600 + 1.500 + 500 + 450) \times 8/12]$ .

En tercer lugar, debe determinarse el importe de la amortización fiscalmente deducible, para lo que también deberá tenerse en cuenta que el inmueble se encuentra amortizado solo ocho meses del año. En relación con la amortización deducible, el artículo 14.2 a) del RIRPF señala que se considera que la depreciación es efectiva cuando su importe no exceda del resultado de aplicar el 3% sobre el mayor de los siguientes valores: el coste de adquisición satisfecho o el valor catastral, sin incluir en el cómputo el del suelo. Así resulta necesario comparar, en nuestro caso, el coste de adquisición satisfecho con la parte del valor catastral que proporcionalmente corresponda al valor de la construcción (excluido el suelo). Así, tenemos:

• Valor catastral ( $150.000 \times 0,75$ ) .....	112.500
• Coste de adquisición satisfecho .....	10.000

Por tanto, siendo el valor catastral superior al coste de adquisición satisfecho, será el primero el que servirá de base para el cálculo de la amortización deducible. Además, debe tenerse en cuenta que la amortización se practica solo por el periodo de tiempo correspondiente al periodo en el que el inmueble esté arrendado. Es decir, que el gasto deducible por amortización será:

• Amortización [ $112.500 \times 3\% \times (8/12)$ ] .....	2.250
---	-------

En consecuencia, el rendimiento neto será:

• Ingresos íntegros .....	24.000
• Gastos deducibles:	
– Necesarios .....	20.033,33
– Amortización .....	2.250
• Rendimiento neto .....	1.716,67

Además, el artículo 23.2 de la LIRPF establece que:

«En los supuestos de arrendamiento de bienes inmuebles destinados a vivienda, el rendimiento neto positivo calculado con arreglo a lo dispuesto en el apartado anterior, se reducirá en un 60%. Esta reducción solo resultará aplicable respecto de los rendimientos declarados por el contribuyente».

En relación con la procedencia de la aplicación de esta reducción en supuestos como en el que aquí analizamos (el arrendatario no es la persona que va a utilizar la vivienda para satisfacer su necesidad permanente de esta sino una empresa para la cual trabaja la persona física en última instancia usuaria de la vivienda), se venía entendiendo que no procedía la reducción. Sin embargo este criterio ha cambiado recientemente.

Así es, la Resolución del TEAC de 8 de septiembre de 2016 (R. G. 5138/2013 [NFJ063583]) dictada en un recurso de alzada para la unificación de criterio interpuesto por el director del Departamento de Gestión Tributaria de la AEAT concluye que:

«[...] la interpretación de una norma ha de partir, en primer lugar, del sentido propio de sus palabras y, en consecuencia, desde un punto de vista literal, el art. 23 de la Ley 35/2006 (Ley IRPF) otorga al contribuyente, como receptor de la renta por alquiler de un inmueble, un incentivo fiscal de reducción del rendimiento neto siempre que se cumpla el único requisito especificado relativo al destino dado al objeto del contrato, esto es, únicamente en función del destino a vivienda del inmueble arrendado y accesoriamente, si el rendimiento es positivo, que este haya sido declarado. En el texto de la ley no se hace referencia alguna a la condición del arrendatario y, por tanto, literalmente, el beneficio se establece independientemente de la misma. Donde la ley no distingue, no se debe distinguir.

[...], exigir que este sea necesariamente una persona física y no una persona jurídica, supondría introducir un nuevo requisito no establecido literalmente en la Ley del Impuesto. Por otro lado, el cumplimiento del único requisito exigido, esto es, que el inmueble se destine a la vivienda, puede quedar perfectamente acreditado por los hechos y los términos del contrato de arrendamiento. Así, en el caso contemplado, no nos encontramos ante un arrendamiento de inmueble a una sociedad para un destino genérico de utilización por "sus empleados", sino que desde el primer momento ha quedado plenamente identificada la finalidad del arrendamiento en los términos expresados en la norma, constanding el uso exclusivo de la vivienda para una persona física determinada, al expresar los términos del contrato que el objeto del arrendamiento se destinará a vivienda habitual del director general de la compañía y su familia, así como que el cambio de uso sin previa autorización expresa por escrito del arrendador será causa bastante de resolución del contrato, quedando prohibido el uso comercial, la cesión y el subarrendamiento. En suma, se ha cumplido todo lo exigido por la norma con independencia de que el arrendatario sea una sociedad mercantil que abona la renta y de que la persona física que habita la vivienda sea personal que en ella presta sus servicios».

Además, debe insistirse en que los rendimientos netos sobre los que se aplicará la reducción son los rendimientos netos positivos declarados. En relación con esta última cuestión el TEAC ha entendido también en una reciente Resolución de 7 de marzo de 2017 (R. G. 6326/2016 [NFJ065666]) (dictada en un recurso de alzada para unificación de criterio interpuesto por el director del Departamento de Gestión Tributaria de la AEAT) que los rendimientos podrán entenderse declarados por el contribuyente, tanto cuando este los consigne en su correspondiente declaración-autoliquidación presentada en tiempo y forma por el IRPF como cuando lo haga fuera del plazo de presentación legalmente establecido a través de una declaración-autoliquidación extemporánea y/o complementaria o, incluso, cuando los consigne en una solicitud de rectificación de autoliquidación, siempre que se presenten antes del inicio de un procedimiento de aplicación de los tributos cuyo alcance incluya la comprobación de los citados rendimientos.

En consecuencia, a la vista del criterio del TEAC procede reducir los rendimientos netos positivos obtenidos en un 60% con lo que el rendimiento neto reducido ascenderá a:

$$1.716,67 - (1.716,67 \times 0,60) = 686,668$$

Por otro lado, por el tiempo durante el cual la vivienda no haya estado arrendada se generan rentas inmobiliarias imputadas a tenor de lo previsto en el artículo 85 de la LIRPF. Así, al no haberse revisado el valor catastral de la vivienda ni en el propio ejercicio 2016 ni en el plazo de los diez periodos impositivos anteriores (la última revisión del valor catastral se produjo en 2004), la renta inmobiliaria imputada será el resultado de multiplicar el valor catastral por el 2%. Además, la imputación procederá solo en relación con aquellos meses en los que la vivienda no haya estado arrendada. En concreto:

$$\text{Renta inmobiliaria imputada: } 120.000 \times 2\% \times 4/12 = 800 \text{ euros}$$

## 2.9. PUNTO 9: LA EXTERNALIZACIÓN DE LA GESTIÓN DE LOS ALQUILERES. ¿RENDIMIENTOS DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS?

La calificación de las rentas como rendimientos del capital inmobiliario excluye a aquellos que deriven de inmuebles que se hallen afectos a la realización de actividades económicas como podría serlo el arrendamiento de inmuebles. En este sentido, dispone el artículo 27.2 de la LIRPF que «A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá que el arrendamiento de inmuebles se realiza como actividad económica, únicamente cuando para la ordenación de esta se utilice, al menos, una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa».

El cumplimiento de estos mismos requisitos es exigido por la LIS para poder entender que la sociedad realiza una actividad económica. Así, el artículo 5.1 de la LIS dispone que:

«Se entenderá por actividad económica la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.

A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá que el arrendamiento de inmuebles se realiza como actividad económica, únicamente cuando para la ordenación de esta se utilice, al menos, una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa».

Sin embargo, en relación con esta última obligación tributaria (impuesto sobre sociedades) la DGT ha interpretado en la Consulta V2757/2016, de 20 de junio (NFC060317), que:

«En el ámbito del impuesto sobre sociedades, debe tenerse en cuenta la autonomía del concepto de actividad económica frente al mismo concepto regulado para otras figu-

ras impositivas. En este sentido, el preámbulo de la LIS justifica la nueva inclusión de una definición de actividad económica, hasta entonces referenciada al impuesto sobre la renta de las personas físicas, ante la necesidad de que el impuesto sobre sociedades, que grava por excelencia las rentas procedentes de actividades económicas, contenga una definición adaptada a la propia naturaleza de las personas jurídicas.

Por tanto, la interpretación del concepto de actividad económica en el ámbito del impuesto sobre sociedades debe realizarse a la luz del funcionamiento empresarial societario, y puede diferir de la interpretación que se realice del mismo en el impuesto sobre la renta de las personas físicas, por cuanto el mismo concepto puede tener finalidades diferentes y específicas en cada figura impositiva. En este sentido, precisamente, el artículo 3 del Código Civil, de aplicación en la interpretación de las normas tributarias, señala que "las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas".

En el caso concreto del arrendamiento de inmuebles, la LIS establece que dicha actividad tiene la condición de económica cuando para su ordenación se utilice, al menos, una persona empleada con contrato laboral y jornada completa.

No obstante, la realidad económica pone de manifiesto situaciones empresariales en las que una entidad posee un patrimonio inmobiliario relevante, para cuya gestión se requeriría al menos una persona contratada, realizando la entidad, por tanto, una actividad económica en los términos establecidos en el artículo 5 de la LIS y, sin embargo, ese requisito se ve suplido por la subcontratación de esa gestión a otras sociedades especializadas.

Esta situación es la que se produce en el presente caso, en la medida en que la entidad tiene externalizada su gestión y tal y como se señala en el escrito de consulta, la actividad de arrendamiento de inmuebles requiere, dada la dimensión de la actividad a desarrollar por la consultante y el volumen e importancia de sus ingresos, de la disposición de una organización empresarial, teniendo en cuenta que se trata de un centro comercial con un elevado número de arrendatarios. Asimismo, la gestión de bienes inmuebles de cierta importancia se subcontrata con terceros profesionalmente dedicados a la gestión de activos, sustituyendo a la contratación de un empleado por cuanto este modelo resulta más eficiente.

En conclusión, de los datos señalados en la consulta planteada, en este supuesto se deben entender cumplidos los requisitos señalados en el artículo 5.1 de la LIS a los efectos de determinar que la entidad desarrolla una actividad económica, aun cuando los medios materiales y humanos necesarios para intervenir en el mercado no son propios sino subcontratados a una entidad ajena al grupo mercantil».

A pesar de ello, este criterio no resulta ser el mismo en el ámbito del IRPF. En este sentido, se ha entendido que en el IRPF la externalización de la gestión de los arrendamientos no puede equipararse a la contratación de un empleado. Tal y como establece la DGT en su Consulta V3859/2016, de 13 de septiembre (NFC062277), entre otras, en el ámbito del impuesto sobre so-

ciudades, aunque el artículo 5 de la LIS al definir la actividad económica requiere para el arrendamiento de inmuebles que se utilice al menos una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa, se admite que en el caso planteado (externalización de la gestión del arrendamiento) se cumple dicho requisito a efectos de determinar que se desarrolla una actividad económica. El motivo es, como ya hemos visto, que en la realidad económica hay situaciones empresariales en las que una entidad posee un patrimonio inmobiliario relevante, para cuya gestión se requeriría al menos una persona contratada. Y sin embargo, ese requisito se ve suplido por la subcontratación de esa gestión a otras sociedades especializadas.

A pesar de ello, este criterio no afecta al IRPF, ya que la propia DGT defiende la autonomía del concepto de actividad económica en el ámbito del impuesto sobre sociedades frente al mismo concepto regulado para otras figuras impositivas. La LIS justifica la nueva inclusión de una definición de actividad económica, hasta entonces referenciada al IRPF, para que el impuesto sobre sociedades, que grava por excelencia las rentas de actividades económicas, contenga una definición adaptada a la propia naturaleza de las personas jurídicas. Por tanto, la interpretación del concepto de actividad económica en el impuesto sobre sociedades debe realizarse a la luz del funcionamiento empresarial societario, y puede diferir de la que se realice en el IRPF, pues el mismo concepto puede tener finalidades diferentes y específicas en cada figura impositiva.

En este sentido, el artículo 3 del Código Civil, de aplicación en la interpretación de las normas tributarias, señala que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

En conclusión, no cabe entender desarrollada una actividad económica si el contribuyente se limita a externalizar la gestión de los arrendamientos de los distintos inmuebles de los que es propietario. Por lo tanto, en el ámbito del IRPF sí resulta esencial disponer de, al menos, una persona con contrato laboral y a jornada completa. No obstante, debe precisarse que aunque se disponga de una persona empleada se entenderá que no existe actividad económica si la actividad ejercida no genera una carga de trabajo suficiente como para justificar la existencia de dicho empleado al ser el requisito del empleado un requisito mínimo –necesario pero no siempre suficiente– para que pueda hablarse de la existencia de actividad económica (en este sentido puede verse la Resolución del TEAC de 7 de abril de 2010 (R. G. 4305/2009 [NFJ039353])).

Posteriormente, el TEAC ha vuelto a reiterar el criterio en Resoluciones de 28 de mayo de 2013, R. G. 4909/2009 (NFJ051064) y de 2 de junio de 2015, R. G. 6320/2011 (NFJ058671). En la primera de las dos últimas resoluciones se afirma que «el precepto de referencia, en su intento por objetivar la calificación del arrendamiento como actividad económica, determina que "únicamente" se califique como tal si concurren las dos circunstancias citadas, como indicativo de presencia de la necesidad de una infraestructura y organización de medios empresariales mínima, sin perjuicio de que si la citada infraestructura se muestra ficticia o artificial no surta efectos». Por su parte, la Resolución de 2 de junio de 2015 reitera el mismo criterio: «Cuando sí es de aplicación la regla (arrendamiento o compraventa con Leyes 18/1991 y 40/1998, o solo arrendamiento con la Ley 35/2006 (art. 27.2)) el

local y empleado son requisitos necesarios (únicamente...) para que haya actividad económica, aunque no suficientes si se acreditase que la carga de trabajo que genera la actividad no justifica tener empleado y local y que, por tanto, se tengan para aparentar que hay actividad económica». Además, destaca el hecho de que la Resolución del TEAC de 28 de mayo de 2013 haya sido confirmada por la Audiencia Nacional en Sentencia de fecha 5 de marzo de 2014 (rec. núm. 229/2013 [NFJ065808]).

## 2.10. PUNTO 10: EFECTOS DERIVADOS DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE NULIDAD DE LOS CONTRATOS DE SUSCRIPCIÓN DE ACCIONES DE BANKIA Y DEL ACUERDO TRANSACCIONAL CON EL QUE SE COMPENSÓ A LOS INVERSORES

Comenzando por la primera de las situaciones planteadas, la que afecta a don Manuel, la solución que ofrecemos está basada en la contestación a la Consulta V5452/2016, de 27 de diciembre (NFC063511).

La declaración judicial de nulidad del contrato de compra de acciones celebrado implica que este no despliegue ningún efecto, considerándose nulas, con carácter retroactivo, las obligaciones derivadas del contrato, por lo que las partes quedan obligadas a restituirse todas las prestaciones efectuadas por dicho contrato. En consecuencia, don Manuel deberá devolver a la entidad las acciones, y la entidad a don Manuel el importe pagado por las acciones, sin que ambas devoluciones tengan efectos en la renta de don Manuel.

En lo que respecta a los intereses que debe pagar la entidad a don Manuel, por el tiempo transcurrido desde el momento en que se pagó indebidamente por don Manuel el precio de las acciones y el momento en que la entidad restituye su importe, el tratamiento es idéntico al que ya vimos en el supuesto número 7. Así, los intereses percibidos por don Manuel tienen diferente calificación, en función de su naturaleza remuneratoria o indemnizatoria. Los intereses remuneratorios constituyen la contraprestación, bien de la entrega de un capital que debe ser reintegrado en el futuro, bien del aplazamiento en el pago, otorgado por el acreedor o pactado por las partes. Estos intereses tributarán en el impuesto como rendimientos del capital mobiliario, salvo cuando, de acuerdo con lo previsto en el artículo 25 de la Ley 35/2006, proceda calificarlos como rendimientos de la actividad empresarial o profesional.

Por otro lado, los intereses indemnizatorios tienen como finalidad resarcir al acreedor por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación o el retraso en su correcto cumplimiento, tal como ocurre respecto a los intereses derivados de los pagos indebidos realizados por don Manuel a la caja. Estos intereses, debido a su carácter indemnizatorio, no pueden calificarse como rendimientos del capital mobiliario. En consecuencia, a tenor de lo dispuesto en los artículos 25 y 33.1 del mismo texto legal, han de tributar como ganancia patrimonial: «Son ganancias y pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquel, salvo que por esta ley se califiquen como rendimientos».

A la imputación temporal de las ganancias patrimoniales se refiere el artículo 14.1 c) de la Ley del Impuesto estableciendo como regla general que «se imputarán al periodo impositivo en que tenga lugar la alteración patrimonial».

Conforme con lo anterior, la alteración patrimonial correspondiente a los intereses solo puede entenderse producida cuando los mismos se reconozcan, es decir, cuando se cuantifiquen y se acuerde su abono. Como ya vimos, y a tenor de la interpretación histórica realizada por la DGT, la ganancia patrimonial correspondiente a dichos intereses se califica como renta del ahorro por lo que se integrará en la base del ahorro de don Manuel.

Por otro lado, en el caso de doña Luisa, esta declaró, según se indica en el enunciado, una pérdida patrimonial que pudo compensar con ganancias patrimoniales derivadas de la transmisión de elementos patrimoniales. Se trataba, en definitiva, de una pérdida a integrar en la base del ahorro. Además, de no existir ganancias patrimoniales con las que compensar tales pérdidas, doña Luisa pudo haber compensado las pérdidas con una parte al menos de los rendimientos netos del capital mobiliario positivos integrados en la base del ahorro de aquel ejercicio. En efecto, tras la modificación del artículo 49 de la LIRPF operada por la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, la base del ahorro ya no está integrada por dos compartimentos absolutamente estancos entre sí (el de los rendimientos del capital mobiliario, por un lado, y el de las ganancias y pérdidas patrimoniales, por el otro) sino que se admite cierta compensación entre ellas. En concreto, y por lo que aquí nos ocupa, las pérdidas patrimoniales pueden compensarse con los rendimientos netos positivos del capital mobiliario, aunque con el límite del 25 % del saldo positivo de los citados rendimientos. No obstante, para el ejercicio 2015 (año en el que se generó la pérdida patrimonial con ocasión de la transmisión de las acciones de Bankia) la compensación tuvo como límite el 10 % de los rendimientos netos positivos (disp. adic. duodécima de la LIRPF).

En consecuencia, en el año en el que se firma el acuerdo transaccional con la entidad financiera se produce la resolución del contrato de compraventa y la devolución de las cantidades que doña Luisa efectivamente perdió (diferencia entre el importe invertido y el importe recuperado por la venta de las acciones en Bolsa). Por tal motivo, entendemos que con ocasión de la firma del acuerdo con la entidad financiera y la recuperación íntegra de las cantidades invertidas nace a su cargo la obligación de presentar una autoliquidación complementaria para cuya presentación no existe un plazo específico. En consecuencia, será a partir del momento en que dicha compensación sea recibida que doña Luisa deba presentar la correspondiente autoliquidación complementaria disponiendo para ello del plazo de prescripción de cuatro años previsto en el artículo 66 a) de la LGT, es decir, hasta el 30 de junio de 2020 (el plazo para la presentación de la autoliquidación del IRPF de 2015 finalizó el 30 de junio de 2016 según la Orden HAP/365/2016, de 17 de marzo).

Los estatutos de la sociedad no reconocen el carácter remunerado del cargo.

A lo largo de 2016 se producen los siguientes hechos con trascendencia tributaria para la declaración del impuesto:

1. Don Manuel prestó servicios profesionales para Proyectos y Vías, SL, de la que, como ya hemos visto, ostenta la condición de socio. Como contraprestación por la prestación de sus servicios don Manuel ha venido percibiendo de la sociedad una retribución mensual de 6.000 euros. Por su parte, los otros dos socios habrían percibido a lo largo del año una retribución de 3.000 euros mensuales cada uno de ellos.

El importe neto de la cifra de negocios y los gastos soportados por la sociedad en el desarrollo de su actividad son los siguientes:

INCN .....	850.000
Aprovisionamientos .....	100.000
Servicios exteriores .....	35.000
Amortizaciones .....	20.000
Gastos de personal .....	170.000
Gastos financieros .....	15.000
Resultado neto previo .....	510.000

Don Manuel le plantea a su asesor fiscal la duda de cuál es el importe por el que debe valorar sus servicios, pues es conocedor de la existencia de actuaciones de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) tendentes a comprobar el valor de este tipo de operaciones y no quiere correr riesgos de ningún tipo.

Para el desarrollo de la actividad, la sociedad cuenta con la correspondiente organización de medios materiales y personales. En concreto, tiene contratados dos administrativos, un técnico de obras públicas y dos ingenieros de caminos canales y puertos, todos ellos en régimen de dependencia laboral. Las retribuciones anuales de cada uno de los dos ingenieros de caminos ascienden a 50.000 euros. La retribución del técnico de obras públicas a 30.000 euros y la de los dos administrativos a 20.000 euros cada uno de ellos.

Por otro lado, la sociedad también presta servicios de formación a terceros, principalmente alumnos recién salidos de la escuela de Caminos que han decidido dar el salto a la Administración y preparar para ello la oposición al Cuerpo de Ingenieros del Estado.

Los ingresos derivados de la realización de esta actividad ascienden a 60.000 euros (que se entienden incluidos en el importe neto de la cifra de negocios de la tabla anterior) siendo el único gasto necesario para su obtención el correspondiente al alquiler de las aulas en las que se imparten las clases. El gasto total derivado del arrendamiento de las aulas ascendió a 8.000 euros.

Las actividades realizadas por la sociedad se encuentran encuadradas en los siguientes epígrafes de la CNAE: 71.12 (Servicios Técnicos de Ingeniería) y 85.59 (Otra educación n.c.o.p.).

2. Don Manuel y doña Luisa adquirieron en 2007 la vivienda que, hasta el momento, constituye su vivienda habitual. Para ello solicitaron y obtuvieron de la entidad financiera en la que mantenían sus cuentas y con la que habitualmente operaban un préstamo con garantía hipotecaria. El tipo de interés pactado por las partes fue el euríbor a 12 meses + 0,30, si bien el contrato establecía una revisión semestral del tipo de interés. Además, en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria que firmaron con la entidad de crédito se incluyó una cláusula (conocida como cláusula suelo) que impedía a los prestatarios beneficiarse de bajadas del euríbor por debajo del 1,7%, siendo el interés mínimo a abonar al banco del 2%.

En todos y cada uno de los periodos impositivos desde que se adquirió la vivienda aplicaron la deducción por inversión en vivienda habitual coincidiendo en todos ellos la base de la deducción aplicada con el importe máximo establecido en cada momento por la ley.

A lo largo de 2016 un amigo del matrimonio les comenta que el Tribunal Supremo había anulado cláusulas como las que incorporaba su contrato de préstamo y que debían hacer algo para impedir que el banco siguiera aplicando abusivamente dicha cláusula. Sin embargo, don Manuel, aconsejado por su asesor, decidió no iniciar ninguna acción contra el banco pues, según su asesor, las cantidades que, en su caso, obtuviese de prosperar la reclamación tendrían que «tributar» en el IRPF. A pesar de ello, y antes de que concluyera el periodo impositivo, don Manuel recibió una comunicación del banco por la que se le indicaba que debido a un reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se había anulado la citada cláusula y se le había reconocido el derecho al cobro del exceso de las cantidades pagadas con respecto a las que habría tenido que haber pagado de no haberse limitado la posibilidad de beneficiarse de las bajadas del euríbor.

De esta forma, el banco ingresa en su cuenta corriente 15.000 euros por los intereses pagados en exceso y 3.500 euros por los intereses generados por las cantidades anteriores.

3. El pasado 15 de septiembre de 2016 el matrimonio vendió por 350.000 euros un apartamento situado en la localidad alicantina de Moraira que había adquirido en enero 2010. La adquisición se realizó por 120.000 euros, importe por el que se au-

toliquidó el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas.

Dado que en aquel momento carecían de ahorros suficientes para poder pagar la totalidad del precio al contado se solicitó y obtuvo un préstamo con garantía hipotecaria por un importe de 60.000 euros. Para la tramitación del préstamo hubo de solicitarse una tasación actualizada del valor de la vivienda, de la que resultó un valor de la vivienda de 250.000 euros.

Los anteriores dueños, de nacionalidad británica, tenían mucha urgencia en recuperar la inversión en su día realizada lo que facilitó que la negociación concluyera favorablemente a los intereses del matrimonio que gracias a ello consiguió un auténtico «chollo». Sin embargo, tras haber transcurrido tres años y nueve meses desde la presentación de la autoliquidación del impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas don Manuel y doña Luisa recibieron en septiembre de 2013 la notificación del inicio de un procedimiento de comprobación de valores, que incluía la correspondiente propuesta de liquidación, en la que se incrementaba el valor real del inmueble hasta los 250.000 euros resultantes de la tasación efectuada por la sociedad de tasación. A pesar de las alegaciones formuladas por el matrimonio (en las que se defendía que el valor real del bien coincidía con el valor declarado), el órgano competente dictó liquidación que fue notificada el día 15 de marzo de 2014. El importe de la cuota adicional liquidada ascendía a 10.400 euros, resultado de aplicar el tipo de gravamen aplicable a las transmisiones de bienes inmuebles vigente en aquel momento (8%) sobre la diferencia entre el valor declarado y el valor comprobado (130.000 €). Además, se le liquidaron los correspondientes intereses de demora.

Antes de vender el apartamento se interesaron por las consecuencias fiscales que, en el ámbito del IRPF, tendría la transmisión del inmueble.

4. Con motivo del nacimiento de su tercer hijo, don Manuel y doña Luisa decidieron adquirir un vehículo nuevo aprovechando para ello el enésimo Plan PIVE puesto en marcha por el Gobierno. Por ser titular de una familia numerosa y, además, adquirir un vehículo híbrido y «enchufable» el Ministerio de Industria les subvencionó con la cantidad de 3.000 euros. Antes tuvieron que dar de baja el vehículo que hasta entonces utilizaba la familia y que tenía una antigüedad de más de 10 años.
5. El matrimonio era titular de un paquete de 80.000 acciones de Repsol adquiridas a un precio de 11,80 euros/acción. El día 15 de septiembre Repsol acordó repartir un dividendo con cargo a reservas voluntarias (de libre disposición) para lo que la entidad recurrió, como venía siendo habitual en los últimos años, al denominado programa «Dividendo flexible», programa que permitía a los accionistas optar por acudir a la ampliación de capital liberada (en la proporción de 1 acción nueva por cada 8 antiguas) o cobrar el dividendo en efectivo (ya vendiendo al propio banco los derechos de suscripción que le corresponden en la ampliación de capital y renunciando

la entidad, en todo caso, al ejercicio de los derechos sobre las nuevas acciones que hubiese adquirido en ejecución de dicha oferta, por lo que no adquirirá estas acciones en autocartera). Además, podrían optar por vender los derechos de suscripción que le correspondieran en la citada ampliación de capital en el mercado secundario.

Pues bien, el matrimonio decide vender la mitad de los derechos de suscripción que le corresponden (40.000) en el mercado secundario y ejercer el resto de derechos, suscribiendo gratuitamente el número de acciones que resulte de la proporción ya indicada (1 acción nueva por cada 8 antiguas). Al ser el precio de cotización de los derechos en el momento de la venta de 0,05 euros/derecho el matrimonio obtiene por su venta 2.000 euros.

6. Doña Luisa, que necesitaba dar un impulso a su carrera profesional, decidió hace unos meses estudiar un posgrado (MBA) en una conocida escuela de negocios que ha terminado recientemente. Fruto de una idea de negocio que tuvo con otra compañera de curso (María José), ambas se decidieron a iniciar una aventura empresarial. Para ello, constituyeron una sociedad anónima a la que aportan los ahorros que cada una tenía. En concreto, se decide una aportación inicial de 6.000 euros cada una de ellas. La sociedad se constituyó con la denominación social de Emprendedoras, SA. Sin embargo, la puesta en marcha del negocio requería de una inversión adicional. Así, tras acudir a diversos bancos ninguno de ellos les proporciona el capital que precisan por no ver claro el futuro del negocio proyectado.

Cuando estaban a punto de «tirar la toalla», y tras entrevistarse con un conocido inversor de «capital semilla» (don Miguel), consiguen que este se comprometa a realizar una aportación de 40.000 euros. La inversión se canaliza vía aportación de capital, para lo que se adopta el correspondiente acuerdo de ampliación con renuncia de las socias al derecho preferente de suscripción de las nuevas acciones. Esta operación tiene lugar el 1 de junio de 2016.

El capital aportado les permite realizar las inversiones necesarias para poner en marcha el negocio y adquirir los elementos del inmovilizado necesarios para comenzar a dar sus primeros pasos.

Transcurridos dos años desde la constitución de la sociedad, don Miguel decide deshacer su inversión vendiéndola a doña María y a doña Ana, que se hacen como consecuencia de ello con el 100% del capital social (50% cada una de ellas).

Don Miguel, por su parte, adquiere con el producto de la venta de las acciones un paquete de acciones de otra sociedad de nueva creación.

Doña Luisa le formula las siguientes preguntas a su asesor:

¿Existe algún incentivo fiscal para operaciones como la descrita? En caso de responder afirmativamente ¿qué requisitos resultan exigibles para su aplicación? ¿La venta por don Miguel de las acciones de la sociedad Emprendedoras, SA tiene algún tipo de beneficio fiscal? ¿Cuál?

7. Antes de que se acordara judicialmente su incapacidad, doña Amparo adquirió en 2009, 2010 y 2011 participaciones preferentes emitidas por una conocida entidad de crédito. En cada uno de dichos años percibió unos intereses del 7% del capital invertido (que ascendió a 100.000 €). Dichos intereses fueron declarados en cada una de las autoliquidaciones que por el IRPF de dichos años presentó doña Amparo.

De acuerdo con la Resolución de 16 de abril de 2013 de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), en mayo de 2013 se procede a convertir dichos valores en acciones. El valor de las acciones en ese momento era del 80% del capital invertido, es decir, 80.000 euros. Durante el mismo ejercicio 2013 dichas acciones se transmitieron por un precio de 75.000 euros.

En junio de 2016 el juzgado dicta sentencia y declara la nulidad de los contratos de compra de participaciones preferentes. Doña Amparo había instado, una vez vendidas las acciones recibidas en el canje, la nulidad del contrato de compra de las participaciones preferentes, para lo que fue empujada por su sobrino don Manuel quien consideraba un abuso que a su pobre tía se le hubiese vendido un producto financiero como aquel.

Como consecuencia de la sentencia, la entidad bancaria tiene que restituir el capital invertido incrementado con los intereses legales devengados desde que se hizo la orden de suscripción, y descontando los intereses que se hubieran percibido durante el periodo de tenencia de las participaciones preferentes. Asimismo, el cliente debe entregar todos los títulos a la entidad bancaria. Además, se condena a la parte demandada al pago de las costas procesales.

8. El día 1 de mayo de 2016 doña Luisa firmó con una importante empresa multinacional del sector del automóvil un contrato de arrendamiento de la vivienda que había heredado de su abuela. En el contrato se estipula que el inmueble se va a destinar a la vivienda habitual del nuevo director general y de su familia que van a trasladarse a la ciudad de Valencia procedentes de Alemania. La renta prevista en el contrato, que tiene una duración de tres años (renovable), asciende a 2.000 euros/mes. Además, los gastos de suministros son de cuenta de la empresa arrendataria, si bien, para evitar problemas, deciden mantener la cuenta de don Manuel como cuenta de cargo. A continuación, y dentro de los cinco primeros días del mes siguiente, don Manuel se compromete a remitir a la empresa arrendataria todas las facturas. Esta deberá abonar en el plazo de dos días hábiles desde la recepción del correo electrónico con la copia de las facturas el importe facturado por las compañías suministradoras. En concreto, las facturas pagadas por don Manuel y reembolsadas por la empresa arrendataria a lo largo del periodo impositivo ascienden a 8.000 euros distribuidos según el siguiente detalle:

• Luz .....	1.200
• Agua .....	6.000
• Gas .....	800

Además, doña Luisa se compromete a realizar unas obras de conservación en la vivienda (pintura y acuchillado del parqué) cuyo valor asciende a 10.000 euros. Tales obras se realizan antes de la firma del contrato y como requisito previo a su firma.

El resto de los gastos asociados a la vivienda son:

• IBI .....	600
• Comunidad .....	1.500
• Seguridad .....	500
• Seguro multirriesgo .....	450

Desde el día 1 de enero y hasta la fecha en que se firmó el contrato, la vivienda estuvo desocupada. Su valor catastral asciende a 150.000 euros (revisado en 2004), correspondiendo un 25% al valor del suelo. El valor de la vivienda a efectos del impuesto sobre sucesiones y donaciones fue de 300.000 euros, satisfaciendo 4.000 euros a notario y registrador y 6.000 euros por el propio impuesto.

9. Además de la vivienda a que se refiere el apartado anterior, don Manuel es propietario de dos viviendas, dos plazas de garaje y un local comercial que se encuentran en el mismo edificio sito en una céntrica calle de Valencia. Tales inmuebles se adquirieron tiempo atrás mediante un contrato de permuta de suelo a cambio de obra futura que había celebrado con una importante empresa promotora local. El solar le había sido donado por su padre años antes de fallecer. Todos ellos estuvieron arrendados a lo largo de 2016.

Por otro lado, es propietario proindiviso de una finca rústica sita en la localidad de Ontinyent (Valencia) que arrienda a un agricultor de la zona. La finca se destina al cultivo de la vid para la venta de la uva que esta produce a una conocida bodega de la comarca.

Toda la gestión de los arrendamientos, tanto de los inmuebles a que se refiere el presente apartado, como la del inmueble a que se refiere el apartado anterior, son gestionados por una reputada empresa dedicada a la prestación de servicios de gestión, asesoramiento y llevanza de contabilidad de aquellas personas que, como don Manuel, propietarios de un considerable patrimonio inmobiliario y que no desean implicarse demasiado en la gestión de los alquileres, están dispuestos a pagar una determinada cantidad en concepto de honorarios por la prestación de este tipo de servicios.

Don Manuel y doña Luisa tienen dudas acerca de la calificación de estas rentas como rendimientos del capital mobiliario o como rendimientos de actividades económicas, por lo que plantean la cuestión a su asesor fiscal de cara a la confección de la autoliquidación del IRPF de 2016.

10. Don Manuel había adquirido acciones de Bankia con motivo de su salida a bolsa. Años más tarde, tras conocerse que la entidad no había informado a los inversores

de su verdadera situación patrimonial y financiera, decidió demandar judicialmente a la entidad, resolviéndose en 2016 la nulidad de la compra y ordenándose la devolución por la entidad del precio satisfecho más los correspondientes intereses, procediendo don Manuel a la devolución a la entidad de las acciones.

Doña Luisa, que también compró acciones de la misma entidad financiera, no demandó a la entidad pues creía que los bancos siempre ganaban en sus «peleas» con los clientes. Por tal motivo, decidió vender en 2015 las acciones adquiridas con motivo de la oferta pública de suscripción de acciones realizada por la entidad con una pérdida equivalente a la mitad de la inversión (suscribió acciones por un valor de 3.000 € y vendió por un valor de 1.500 €). Sin embargo, a lo largo de 2016 Bankia abrió el proceso para devolver toda la inversión a los accionistas minoristas que acudieron a la salida a Bolsa de la entidad en 2011. El procedimiento arbitrado les permite recuperar el 100% de lo invertido más unos intereses compensatorios para lo que se aplica un interés del 1% de las cantidades invertidas. En el caso concreto de doña Luisa el importe a recuperar ascendió al valor de la pérdida generada con ocasión de la transmisión de las acciones. Con carácter previo, hubo de formalizar la solicitud de devolución y de firmar un acuerdo transaccional por el que se comprometía a no interponer acciones judiciales contra la entidad y manifestaba darse por satisfecha con la solución arbitrada.

En el año en que tuvo lugar la transmisión de las acciones (2015), doña Luisa declaró la correspondiente pérdida patrimonial calculada por diferencia entre el valor de transmisión y el valor de adquisición de las acciones.

## **SOLUCIÓN**

### **1. INCIDENCIA EN EL IRPF DE DON MANUEL Y DOÑA LUISA DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS EN LA INTRODUCCIÓN DEL SUPUESTO**

Analizaremos en el presente apartado las cuestiones relativas a la situación personal y familiar de don Manuel y doña Luisa así como, particularmente, la tributación de la prestación por maternidad que la TGSS satisfizo a doña Luisa durante el periodo en el que disfrutó del periodo de descanso laboral previsto legalmente.

En primer lugar, y por lo que se refiere a la incidencia de las circunstancias personales y familiares en el IRPF de don Manuel y doña Luisa, procede analizar, en primer lugar, el importe del mínimo personal de cada uno de los contribuyentes así como, en su caso, los importes de los mínimos por descendientes, ascendientes y discapacidad.

Para ello realizaremos nuestro análisis, en primer lugar, bajo la premisa de que se opta por el régimen de tributación individual, régimen más favorable para el matrimonio. A continuación, analizaremos la posibilidad de que la unidad familiar opte por el régimen de tributación conjunta, las personas que, en su caso, se integrarán en ella, así como, finalmente, las consecuencias derivadas del ejercicio de dicha opción.

El régimen de los mínimos personales y familiares se encuentra previsto en los artículos 56 a 61, ambos inclusive, de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas y de modificación parcial de las leyes de los impuestos sobre sociedades, sobre la renta de no residentes y sobre el patrimonio (LIRPF). Según el artículo 56 de la LIRPF, el mínimo de los contribuyentes es de 5.550 euros para el año 2016 (este importe no ha sufrido actualización desde su modificación en 2014 –con efectos para 2015– por la Ley 26/2014, de 27 de noviembre) correspondiendo a ambos cónyuges (don Manuel y doña Luisa) idéntica cuantía. Además, al no ser ninguno de los dos mayor de 65 años y, por tanto, no procede ni el incremento de 1.150 euros anuales (previsto para los mayores de 65 años) ni el de 1.400 euros anuales (este previsto para los mayores de 75 años).

En segundo lugar, y por lo que se refiere al mínimo por descendientes (art. 58 de la ley), a efectos de su aplicación, el número de orden de estos se establece en función de la edad de los que den derecho a aplicar este mínimo por descendientes, comenzando por el de mayor edad y sin computar a estos efectos aquellos descendientes que, en su caso, hubieran fallecido en el ejercicio con anterioridad a la fecha del devengo del impuesto. Y es que la LIRPF establece cuantías distintas en función de que se trate del primero, segundo, tercero, cuarto (y siguientes) descendiente, lo que hace necesario arbitrar un criterio de reparto de tales cuantías entre todos ellos.

El criterio del reparto en función de la edad se desprende, entre otras, de la Consulta V1374/2010, de 18 de junio (NFC0385539), de la Dirección General de Tributos (DGT). Además, en dicha consulta se afirma que «en los supuestos de separación matrimonial, el mínimo por descendiente corresponderá a quien tenga atribuida la guarda y custodia de los hijos a la fecha del devengo del impuesto, al tratarse del progenitor que convive con aquellos, y ello tanto en el periodo impositivo en que se dicte la resolución judicial como en los sucesivos». Por lo tanto, según los criterios expuestos, y por lo que se refiere al mínimo por descendientes correspondientes a los hijos que doña Luisa tuvo en su anterior matrimonio (Juan y Luis), esta computará por entero el mínimo que proceda al tener atribuida, en exclusiva, su guarda y custodia. Don Manuel, por su parte, no podrá computar importe alguno por estos dos descendientes al no ser descendientes suyos. Con respecto a los hijos comunes, al tener ambos progenitores el derecho a su aplicación, su importe deberá prorratearse por partes iguales (art. 61.1.ª de la LIRPF). En este sentido, mientras que don Manuel computará por el primer descendiente común (Manuel) el 50 % de 2.400 euros (cuantía del mínimo correspondiente al primer descendiente según el art. 58 de la LIRPF), doña Luisa computará el 50 % de 4.000 pues, para ella, Manuel es, a estos efectos, el tercer descendiente. El resto de las cuantías correspondientes a los mínimos por descendientes son, por cada uno de los hijos, las siguientes:

Hijos	Don Manuel	Doña Luisa
Juan .....	-	2.400
Luis .....	-	2.700
Manuel .....	1.200	2.000
Alejandro .....	1.350	2.250
Fernando .....	2.000	2.250
<b>Totales .....</b>	<b>4.550</b>	<b>11.600</b>

En conclusión, de acuerdo con el criterio señalado en la consulta citada *ut supra* cada cónyuge aplicará el mínimo que corresponda por cada uno de los descendientes propios (en la medida en que les corresponda la guarda y custodia de los hijos) y, a continuación, los importes que correspondan por cada uno de los comunes, asignando las cuantías previstas en el artículo 58 de la LIRPF en función del orden que, por razón de la edad, corresponda a cada uno de ellos. Por lo tanto, doña Luisa computará dos descendientes propios (correspondiendo a estos las cuantías que el art. 58 de la LIRPF asigna a los dos primeros descendientes) y tres descendientes comunes (correspondiendo a estos las cuantías que el art. 58 de la LIRPF asigna a los descendientes tercero, cuarto y siguientes). Por su parte, don Manuel computará exclusivamente el mínimo correspondiente a los descendientes comunes (asignando a cada uno de ellos las cuantías correspondientes al primero, segundo y tercer descendientes, respectivamente).

A continuación, y por lo que se refiere al mínimo por ascendientes, podría plantearse la posibilidad de que don Manuel computara el mínimo por ascendientes por su tía doña Amparo, de la que fue designado tutor. De proceder su aplicación, el importe del mínimo por ascendientes ascendería a 2.550 euros (suma del mínimo que con carácter general corresponde por cada ascendiente que conviva con el contribuyente –1.150 € anuales– más el importe adicional que, por ser mayor de 75 años, prevé el art. 59.2 de la LIRPF –1.400 € anuales–). Además, por tener una discapacidad superior al 65 % y acreditar la necesidad de ayuda de terceras personas habría que añadir el importe del mínimo por discapacidad del ascendiente. En concreto, el artículo 60 de la LIRPF reconoce el derecho a aplicar un mínimo por discapacidad de 9.000 euros anuales cuando el ascendiente sea una persona con discapacidad y acredite un grado de discapacidad igual o superior al 65 % (circunstancias ambas que concurren en el caso de doña Amparo) a lo que habrá que añadir, en concepto de gastos de asistencia, 3.000 euros anuales por necesitar ayuda de terceras personas o movilidad reducida, o un grado de discapacidad igual o superior al 65 %.

Pues bien, a pesar de que el texto legal no contiene disposición alguna de lo que, a estos efectos, debe entenderse por ascendiente o descendientes, es decir, si cabe entender que solo se incluyen a los ascendientes o descendientes en línea recta o si, por el contrario, también cabe entender incluidos a los ascendientes o descendientes a línea colateral; y, por otro lado, si solo se

incluyen a los ascendientes y descendientes por consanguinidad o si el concepto debe entenderse limitado a los parientes consanguíneos; la DGT ha interpretado que solo procede la aplicación de los mínimos cuando el vínculo de parentesco sea en línea recta por consanguinidad o por adopción, sin que se entiendan incluidas las personas unidas al contribuyente por vínculo de parentesco en línea colateral (tíos, o tíos abuelos) o por afinidad (suegros). En concreto, se afirma en la Consulta V2366/2011, de 6 de octubre (NFC042627), que:

«La norma tributaria considera que el concepto de ascendiente que da derecho a la aplicación del mínimo por ascendientes son los padres, abuelos, bisabuelos, etc. de quienes desciende el contribuyente y que estén unidos a este por vínculo de parentesco en línea recta por consanguinidad o por adopción sin que se entiendan las personas unidas al contribuyente por vínculo de parentesco en línea colateral o por afinidad. Además, la figura jurídica de la tutela (artículo 222 y siguientes del Código Civil) no se contempla para la aplicación del mínimo por ascendientes».

Por lo tanto, don Manuel no podrá aplicar en su declaración el mínimo por ascendientes en relación con su tía al no ser ascendiente en línea recta. Además, la propia contestación concluye que la aplicación del mínimo por ascendientes no se contempla respecto de la figura jurídica de la tutela.

En el caso de que se optara por la tributación conjunta, la unidad familiar sería la prevista en el artículo 82.1.1.ª de la LIRPF (la integrada por los cónyuges no separados legalmente y, si los hubiera: los hijos menores, con excepción de los que, con el consentimiento de los padres, vivan independientes de estos; y los hijos mayores de edad incapacitados judicialmente sujetos a patria potestad prorrogada o rehabilitada). Por lo que se refiere a los hijos que deben integrarse en la unidad familiar, se plantea en el presente supuesto la duda de si los hijos de doña Luisa habidos de un anterior matrimonio pueden integrarse en la unidad familiar con su padrastro y hermanastros. Pues bien, la DGT se decanta por entender que sí, si bien para ello exige que la madre (o, en su caso, el padre) tengan atribuida en exclusiva la guarda y custodia de los hijos. En concreto, en la Consulta V1846/2012, de 21 de septiembre (NFC045385), se afirma lo siguiente:

«Lo primero que debe señalarse es que la presente contestación se realiza bajo la consideración que se desprende del escrito de consulta en el sentido de que la mujer del consultante tiene atribuida en su totalidad la guarda y custodia de su hijo habido del anterior matrimonio, esto es, no se trata de guarda y custodia compartida.

[...] si el interesado opta por presentar, junto a su cónyuge, la declaración por el impuesto en su modalidad de tributación conjunta, deberá incorporar a la misma todos los hijos menores de edad, ya sean comunes o no, con excepción de los que, con el consentimiento de los padres, vivan independientes de estos. Por tanto, en el presente caso, la unidad familiar estaría formada por los dos cónyuges y el hijo menor con independencia de que este no sea común.

En la modalidad de tributación individual nunca podría incorporar el interesado en su declaración el hijo de su mujer al no ser descendiente del interesado, en lo que

a la aplicación del mínimo por descendientes se refiere y que se regula en el artículo 58 de la Ley del Impuesto.

En el caso de que nazca un hijo del nuevo matrimonio, lo dicho en relación a la tributación en su modalidad de conjunta valdría igualmente para este supuesto. En tal situación, la unidad familiar la integrarían los cónyuges y los dos hijos menores de edad».

Por otro lado, y por lo que se refiere a la cuestión relativa a la tributación de la prestación por maternidad, procede señalar, en primer lugar, que esta es una prestación económica que trata de cubrir la pérdida de rentas o ingresos que sufren los trabajadores cuando se suspende el contrato o se interrumpe su actividad para disfrutar de los periodos de descanso por maternidad, adopción, acogimiento y tutela, legalmente establecidos. Con carácter general, la prestación económica consiste en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora correspondiente, que se reconoce a todos los trabajadores que disfruten los periodos de descanso laboral legalmente establecidos en los supuestos de maternidad biológica, gestación por sustitución, adopción, acogimiento familiar y tutela. La duración del periodo de descanso es, también con carácter general, de 16 semanas ininterrumpidas. Se trata, en definitiva, de una renta sujeta al IRPF (que se califica como rendimiento del trabajo) y respecto de la que existen dudas sobre su exención, particularmente a raíz de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de julio de 2016 (rec. núm. 967/2014 [NFJ064395]) según la cual la prestación por maternidad percibida por la actora del Instituto Nacional de la Seguridad Social tiene que estar forzosamente incluida en el tercer párrafo del artículo 7 h) de la LIRPF, ya que ese precepto reconoce tal beneficio tributario, con carácter general, en su párrafo tercero y lo que hace en el párrafo cuarto es ampliar el beneficio fiscal a las prestaciones que tengan procedencia de otros entes públicos, ya sean locales o autonómicos.

Sin embargo, por medio de una reciente Resolución de 2 de marzo de 2017 (R. G. 7334/2016 [NFL017608]) en el procedimiento para la adopción de resolución en unificación de criterio previsto en el artículo 229.1, letra d)<sup>1</sup>, de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), iniciado por acuerdo de la vocal coordinadora/duodécima del Tribunal Económico-Ad-

<sup>1</sup> Según la redacción dada a este precepto por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la LGT: «Asimismo y, como consecuencia de esta labor unificadora, cuando existan resoluciones de los Tribunales económico-administrativos Regionales o Locales que apliquen criterios distintos a los contenidos en resoluciones de otros Tribunales económico-administrativos, o que revistan especial trascendencia, el Presidente o la Vocalía Coordinadora del Tribunal Económico-Administrativo Central, por iniciativa propia o a propuesta de cualquiera de los Vocales del Tribunal Económico-Administrativo Central o de los Presidentes de los Tribunales Económico-Administrativos Regionales o Locales, podrán promover la adopción de una resolución en unificación de criterio por la Sala o por el Pleno del Tribunal Económico-Administrativo Central, que tendrá los mismos efectos que la resolución del recurso regulado en el artículo 242 de esta ley. Con carácter previo a la resolución de unificación de criterio, se dará trámite de alegaciones por plazo de un mes, contado desde que se les comunique el acuerdo de promoción de la resolución en unificación de criterio, a los Directores Generales del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, a los Directores de Departamento de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y a los órganos equivalentes o asimilados de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades con Estatuto de Autonomía respecto a las materias de su competencia».

ministrativo Central (TEAC) de 21 de diciembre de 2016, a iniciativa propia, dicho tribunal ha concluido lo siguiente a propósito de la tributación de la prestación por maternidad:

«La lectura del art. 7 h) de la Ley 35/2006 (Ley IRPF) nos permite observar que el legislador a la hora de establecer el alcance de la exención contemplada en dicho precepto, concreta el mismo atendiendo al elemento subjetivo de quien es el pagador de las prestaciones, y en función de ese elemento subjetivo en cada caso delimita la exención con extrema precisión o bien en términos genéricos. Así al concretar las prestaciones a cargo de la Seguridad Social las determina con suma precisión, llegando incluso a concretar los preceptos que las regulan. De forma que, las únicas prestaciones a cargo de la Seguridad Social a las que extiende su alcance el mencionado art. 7 h), son las "prestaciones familiares" reguladas en el Capítulo IX del Título II del RDLeg. 1/1994 (TRLGSS). Sin embargo, al determinar las prestaciones a cargo de otros entes distintos a la Seguridad Social a los que extiende su alcance la exención de la letra h), el legislador emplea unos términos más genéricos. Así declara exentas "las demás" prestaciones públicas por nacimiento, parto, adopción, hijos a cargo y orfandad. El uso del determinante "demás" comporta que el legislador se está refiriendo a las otras prestaciones públicas, distintas de las que están a cargo de la Seguridad Social, las cuales ya tienen su reflejo específico. Igualmente el legislador determina en unos amplios términos "las prestaciones públicas por maternidad" a cargo de las comunidades autónomas o entidades locales que gozan en todo caso de exención, pero como puede verse el legislador excluyó, en este caso, la referencia expresa a las prestaciones por maternidad a cargo de la Seguridad Social, con lo que implícitamente excluye de la exención a estas últimas, y ello en coherencia con la pormenorizada delimitación que efectúa en el primer párrafo de la letra h) del art. 7 del alcance de la exención de este tipo de prestaciones a cargo de la Seguridad Social.

Tampoco encuentra acomodo la prestación por maternidad percibida de la Seguridad Social en el art. 7 z) de la Ley 35/2006 (Ley IRPF), pues esta se refiere a "prestaciones y ayudas familiares" percibidas de cualquier Administración Pública, de forma que la prestación debe tener el calificativo de "familiar" y las prestaciones familiares que como tales satisface la Seguridad Social son las reguladas en el Capítulo IX del Título II del TR de la Ley General de la Seguridad Social, entre las que como ya se ha indicado no se encuentra la prestación por maternidad, regulada en el Capítulo IV bis de dicho Título II del TR de la Ley General de la Seguridad Social. Por tanto, debe concluirse que el legislador ha delimitado el alcance de la exención de este tipo de prestaciones a cargo de la Seguridad Social con suma precisión, de forma que el principio de especialidad normativa, en cuya virtud la norma especial prevalece sobre la general, determina que al contener la Ley una expresa delimitación de las concretas prestaciones a cargo de la Seguridad Social exentas, no podamos extender la exención de las prestaciones a cargo de la Seguridad Social más allá de sus estrictos términos, al amparo de supuestos de exención que el legislador establece para otras prestaciones públicas distintas.

El distinto trato tributario de las prestaciones por maternidad de la Seguridad Social respecto a las prestaciones por maternidad satisfechas por los demás entes públicos,

no es algo caprichoso sino que obedece a la distinta naturaleza de las prestaciones, lo que justifica ese trato fiscal diferenciado. Así, la prestación de maternidad satisfecha por la Seguridad Social tiene la función de sustituir a la retribución normal –no exenta en el IRPF– que obtendría la contribuyente por su trabajo habitual y que ha dejado de percibir al disfrutar del correspondiente permiso. En cambio, las prestaciones públicas por maternidad a cargo de otros entes distintos de la Seguridad Social, son meras liberalidades a favor del beneficiario en una situación que nuestro ordenamiento ha considerado que merece una especial protección».

Por lo tanto, en caso de que doña Luisa siga los consejos de su asesor e inste la rectificación de la autoliquidación del IRPF de 2014 a través del procedimiento previsto en los artículos 120.3 de la LGT y 126 a 130 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (RGAT), el procedimiento finalizará con una resolución desestimatoria. Lo mismo ocurrirá si dicha resolución es recurrida en vía administrativa, teniendo en cuenta que el criterio que se desprende de la resolución que se ha citado es vinculante, no solo para la propia Administración tributaria competente para instruir y resolver el procedimiento de rectificación de autoliquidaciones, sino también para todos los tribunales económico-administrativos.

## 2. ANÁLISIS DE LOS SUPUESTOS PLANTEADOS EN LOS PUNTOS 1 AL 10 DEL ENUNCIADO

### 2.1. PUNTO 1: TRIBUTACIÓN DE LAS OPERACIONES VINCULADAS EN EL ÁMBITO DE LOS SERVICIOS PROFESIONALES

Las operaciones realizadas entre personas o entidades vinculadas deben valorarse, según lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades (LIS) y 41 de la LIRPF (que simplemente se limita a remitirse a lo que al respecto establezca la LIS debiendo entenderse realizada esta remisión al vigente art. 18 de la LIS).

Son operaciones vinculadas, de acuerdo con el artículo 18 de la LIS, las realizadas, entre otros, por una sociedad y sus socios. No obstante, en el último párrafo del apartado segundo se señala que en los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación de los socios o partícipes con la entidad, la participación deberá ser igual o superior al 25 %. Este porcentaje (25 %) resulta ser superior al que el artículo 16 del TRLIS venía exigiendo para que existiera vinculación (5 %) constituyendo esta una de las principales novedades introducidas en el régimen de operaciones vinculadas por la LIS.

De hecho, la exposición de motivos de la LIS la menciona como una de las principales novedades del régimen de operaciones vinculadas:

«El régimen de las operaciones vinculadas fue objeto de una profunda modificación con ocasión de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, y que tuvo como elemento esencial la introducción de unas obligaciones de documentación específicas exigibles a las operaciones vinculadas. Por otra parte, el tratamiento fiscal de las operaciones vinculadas constituye un elemento trascendental internacionalmente, al cual se dedican específicamente tanto la Unión Europea como la OCDE. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la interpretación del precepto que regula estas operaciones debe realizarse, precisamente, en concordancia con las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE y con las recomendaciones del Foro Conjunto de Precios de Transferencia de la UE, en la medida en que no contradigan lo expresamente señalado en dicho precepto, o en su normativa de desarrollo.

En el ámbito de las operaciones vinculadas esta ley presenta novedades en relación con la documentación específica a elaborar por las entidades afectadas, que tendrá un contenido simplificado para aquellas entidades o grupos de entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios sea inferior a 45 millones de euros, y no será necesaria en relación con determinadas operaciones.

También es novedosa la restricción del perímetro de vinculación, perímetro que fue escasamente alterado en la Ley 36/2006 y respecto del cual se ha puesto de manifiesto la necesidad creciente de restringir los supuestos de vinculación en el ámbito de la relación socio-sociedad, que queda fijado en el 25 % de participación.

Por otra parte, en relación con la propia metodología de valoración de las operaciones, se elimina la jerarquía de métodos que se contenía en la regulación anterior para determinar el valor de mercado de las operaciones vinculadas, admitiéndose, adicionalmente, con carácter subsidiario otros métodos y técnicas de valoración, siempre que respeten el principio de libre competencia. **Asimismo, se establecen en esta ley reglas específicas de valoración para las operaciones de los socios con las sociedades profesionales, ajustadas a la realidad económica.**

Por último, deben mencionarse la modificación del régimen sancionador, que se convierte en menos gravoso, y la estanciedad de la valoración realizada conforme a esta regulación específica de las operaciones vinculadas con la valoración que se pudiera hacer en otros ámbitos, como pudiera ser el supuesto del valor en aduana».

Pues bien, en nuestro supuesto, don Manuel dispone de una participación del 50 % en el capital de Proyectos y Vías, SL, superior, por tanto, al umbral del 25 % a partir del cual cabe considerar la existencia de vinculación. En consecuencia, los servicios que preste a la sociedad deben ser valorados, de acuerdo con lo hasta ahora expuesto por su valor normal de mercado.

Sin embargo, por tratarse de servicios profesionales (los prestados por don Manuel a la sociedad) y ser esta, a su vez, una sociedad dedicada a la prestación de servicios profesionales, deben aplicarse las normas especiales de cuya existencia advierte, como hemos visto, la exposición de motivos. Dicha especialidad consiste, en realidad, en establecer una suerte de puerto seguro. En

efecto, en la medida en que se cumplan las circunstancias que a continuación veremos, habrá que entender que la valoración convenida coincide con la que habrían convenido partes independientes, sin que, por tanto, pueda determinarse la existencia de un valor de mercado distinto del convenido, incluso cuando por aplicación de alguno de los métodos de comprobación del valor previstos en el artículo 18 de la LIS pudiese llegarse a uno distinto.

Tales circunstancias son:

- 1.º Que más del 75 % de los ingresos de la entidad procedan del ejercicio de actividades profesionales y cuente con los medios materiales y humanos adecuados para el desarrollo de la actividad.

En nuestro caso, la sociedad presenta la siguiente distribución de ingresos:

- 790.000 euros por la prestación de servicios profesionales.
- 60.000 euros por la prestación de servicios de educación.

El porcentaje de ingresos derivados de la prestación de servicios profesionales asciende, como vemos, al 95,95 % por lo que sí se cumple esta primera circunstancia.

Respecto de qué debe entenderse por *ingresos que procedan del ejercicio de actividades profesionales*, la DGT ha interpretado que estos son los que derivan de la prestación de servicios profesionales, esto es, los enumerados en la sección 2.ª y 3.ª de las tarifas del impuesto sobre actividades económicas (IAE), objetivamente consideradas, con independencia de lo establecido en la regulación de las sociedades profesionales<sup>2</sup>. Es decir, que el requisito no se cumple solo por las sociedades profesionales constituidas al amparo de la Ley 2/2007, de sociedades profesionales, sino, en general, por todas aquellas sociedades que, aun no habiéndose constituido al amparo de la Ley 2/2007, se dediquen a la prestación de servicios de naturaleza profesional, entendiéndose por tales, como ya hemos indicado, los clasificados en las secciones 2.ª y 3.ª de las tarifas del IAE. En nuestro caso, dicha condición recae exclusivamente en los servicios profesionales de ingeniería, no en los educativos (clasificados en la sección 1.ª de las tarifas), pero aun así la condición se cumple sobradamente.

Por otro lado, el requisito relativo a la necesidad de contar con medios materiales y humanos *adecuados* constituye un concepto jurídico indeterminado que habrá que analizar caso por caso. En el presente caso, no obstante, entendemos que sí se entiende cumplido el requisito pues la sociedad dispone de diversos empleados (dos ingenieros superiores, un ingeniero técnico y dos administrativos) y,

---

<sup>2</sup> Véase la Consulta V1484/2010, de 30 de junio (NFC038671).

además, utiliza para su prestación local, mobiliario y equipos informáticos, medios estos que resultan adecuados para la prestación de los servicios propios de la actividad desarrollada.

- 2.º Que la cuantía de las retribuciones correspondientes a la totalidad de los socios-profesionales por la prestación de servicios a la entidad no sea inferior al 75 % del resultado previo a la deducción de las retribuciones correspondientes a la totalidad de los socios-profesionales por la prestación de sus servicios.

Por lo tanto, para que pueda entenderse de aplicación este precepto la retribución de los socios profesionales deberá ser, al menos, de 382.500 euros (75 % de 510.000). De ser, al menos, de dicho importe y cumpliéndose el resto de los requisitos legalmente previstos, la retribución podrá considerarse de mercado.

- 3.º Que la cuantía de las retribuciones correspondientes a cada uno de los socios-profesionales cumplan los siguientes requisitos:
  - a) Que se determine en función de la contribución efectuada por estos a la buena marcha de la entidad, siendo necesario que consten por escrito los criterios cualitativos y/o cuantitativos aplicables.
  - b) Que no sea inferior a 1,5 veces el salario medio de los asalariados de la entidad que cumplan funciones análogas a las de los socios-profesionales de la entidad. En ausencia de estos últimos, la cuantía de las citadas retribuciones no podrá ser inferior a 5 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples.

La retribución a percibir por cada socio-profesional no debería depender, en definitiva, del porcentaje de participación en el capital de la sociedad sino de su contribución a la buena marcha de la sociedad, es decir, del volumen de facturación generado por cada uno de los socios, debiendo constar por escrito los criterios cualitativos y/o cuantitativos aplicables para su reparto.

Además, no puede ser como vemos inferior a 1,5 veces el salario medio de los asalariados de la entidad que cumplan funciones análogas a las de los socios-profesionales.

En nuestro ejemplo, la sociedad tiene contratados dos ingenieros de caminos, canales y puertos en régimen de dependencia laboral que cumplen funciones análogas a las de los socios profesionales (salvo las de dirección y gestión de la sociedad) percibiendo por ello una retribución global de 100.000 euros, siendo la media de lo percibido de 50.000 euros. El resultado de multiplicar la retribución media de los profesionales de la sociedad con análogas funciones a las desarrolladas por los socios profesionales por 1,5 asciende a 75.000 euros.

En consecuencia, la retribución a atribuir a cada uno de los socios profesionales no debería ser inferior a 75.000 euros ( $50.000 \times 1,5$ ). Por lo tanto, los 382.500 euros que representan el 75 % del resultado a repartir entre los socios-profesionales en concepto de retribución por la

prestación de servicios a la sociedad deberían a su vez distribuirse entre los socios de forma que ninguno de ellos percibiera una retribución inferior a 75.000 euros.

No obstante, el incumplimiento de este requisito en relación con alguno de los socios-profesionales, no impediría la aplicación de lo previsto en este apartado a los restantes socios-profesionales. Por lo tanto, sería el socio-profesional respecto del que no se cumpliera este requisito en relación con el cual la Administración tributaria podría entrar a comprobar la correcta determinación del valor del servicio prestado a la sociedad.

Por otra parte, entendemos que en este caso no procedería la aplicación del criterio mantenido por el TEAC en su Resolución de 2 de marzo de 2016 (R. G. 8483/2015 [NFJ062096]) en la que, tras analizarse el supuesto de una entidad que realizaba una actividad de prestación de servicios, prestados personalmente por la administradora única de esa entidad, siendo esta la circunstancia determinante para la contratación de los citados servicios por terceros independientes, concluyó que debía determinarse si siendo el mismo, o sustancialmente el mismo, el servicio que prestaba la persona física a la sociedad vinculada y el que prestaba esta última a terceros independientes, careciendo la sociedad de medios para realizar la operación si no era por la necesaria e imprescindible participación de la persona física, la aplicación del método de precio libre comparable tenía necesariamente que incorporar una corrección valorativa por el mero reconocimiento de la existencia de la sociedad cuando del análisis del supuesto de hecho se derivaba que la sociedad no aportaba valor añadido —o su valor es residual— a la labor de la persona física más allá de los gastos fiscalmente deducibles que se centralizaban en la sociedad.

En definitiva, una de las circunstancias relevantes en el análisis del supuesto de hecho analizado en la resolución citada era que la sociedad carecía de medios para prestar los servicios que facturaba a terceros, todo lo contrario de lo que exige el artículo 18.6 de la LIS, pues en este artículo, como ya hemos visto, se exige que la sociedad tenga una organización *adecuada* de medios, personas y materiales.

Es en ese contexto —el de ausencia de medios— en el que cobra sentido la conclusión alcanzada por el TEAC: la prestación de servicios a los terceros es perfectamente comparable a la prestación de servicio por el socio a la sociedad, no existen diferencias significativas en cuanto a las características de los servicios prestados, toda vez que estos son sustancialmente iguales, pues en los servicios que presta la entidad a los terceros independientes se exige que sea el propio socio quien los preste. Tampoco se aprecian diferencias significativas en cuanto a las características de los mercados en los que se prestan los servicios, puesto que en ambos casos se trata del mismo mercado en el que la contratación se realiza atendiendo a las características y condiciones personales de la persona que habrá de prestar el servicio. Tratándose de servicios prestados por la misma persona, el socio, no se aprecian tampoco entre ambas operaciones diferencias destacables en cuanto a las responsabilidades, riesgos o beneficios para las partes contratantes derivados de los términos contractuales. En conclusión, el TEAC no apreció en este caso un particular valor añadido por la sociedad que exigiera el reconocimiento de un margen de beneficio para dicha entidad como ajuste a practicar sobre el precio de las operaciones con terceros independientes. Teniendo en cuenta el carácter personalí-

simo de los servicios prestados por la sociedad, que exigen la necesaria intervención del socio, resulta claro que no podía prestar dichos servicios con independencia de la persona física vinculada.

De ahí que, en opinión del Tribunal Central, no sea necesario practicar ajuste alguno en el seno del análisis funcional, toda vez que las diferencias entre las operaciones comparables no son significativas. Cosa distinta es que en la aplicación del método del precio libre comparable deban tenerse en cuenta determinadas correcciones como consecuencia de los gastos fiscalmente deducibles en los que ha incurrido la sociedad.

Por tanto, cuando el servicio que presta la persona física a la sociedad vinculada y el que presta la sociedad vinculada a terceros independientes es sustancialmente el mismo y del análisis del supuesto de hecho se derive que la sociedad carece de medios para realizar la operación si no es por la necesaria e imprescindible participación de la persona física, no aportando valor añadido –o siendo este residual– a la labor de la persona física, *es acorde con la metodología de operaciones vinculadas considerar que la contraprestación pactada por esta segunda operación es una «operación no vinculada comparable», no siendo necesario incorporar una corrección valorativa por el mero reconocimiento de la existencia de la sociedad*, y ello sin perjuicio de las correcciones que en aplicación del método del precio libre comparable proceda realizar por los gastos fiscalmente deducibles que se centralizan en la sociedad.

Insistimos en que las premisas de las que parte la resolución del TEAC no se dan en la relación profesional/societaria existente entre don Manuel (protagonista de nuestro supuesto) y Proyectos y Vías, SL, por lo que la valoración de los servicios que aquel preste a la sociedad se entenderá que coincide con el que habrían acordado partes independientes en condiciones normales de mercado al cumplirse las circunstancias previstas en el artículo 18.6 de la LIS.

En caso de no cumplirse tales circunstancias, los servicios deberían valorarse adecuadamente, para lo que debería utilizarse alguno de los métodos de valoración previstos en el artículo 18.4 de la LIS, siendo el método del precio libre comparable el que más se aproximaría a la valoración de mercado.

## 2.2. PUNTO 2: CONSECUENCIAS FISCALES DERIVADAS DE LA ANULACIÓN DE LAS DENOMINADAS CLÁUSULAS SUELO

La cuestión que se plantea en el enunciado es la relativa a la tributación de las cantidades percibidas como consecuencia de la anulación de las cláusulas suelo. Se trata de una materia recientemente regulada en el Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo (BOE de 21 de enero de 2017).

La norma se publica con el objetivo de regular las consecuencias derivadas de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 (NCJ061848).

Según se desprende de la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 1/2017, el 9 de mayo de 2013, el Tribunal Supremo analizó en su Sentencia número 241/2013, en el marco de una acción colectiva ejercitada por una asociación de consumidores contra varias entidades bancarias, el carácter abusivo de las cláusulas suelo, declarando su nulidad. Sin embargo, la declaración de nulidad no afectaría ni a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a las cantidades satisfechas antes del 9 de mayo de 2013.

El Tribunal Supremo consideró que las cláusulas examinadas, las denominadas «cláusulas suelo», si bien superaban el control de transparencia formal a efectos de su inclusión como condición general de los contratos, no superaban en cambio el control de transparencia material exigible en las cláusulas de los contratos suscritos con consumidores, y declaró la nulidad de las cláusulas, pero no de los contratos en los que se insertaban, cuya subsistencia mantuvo pese a aquella declaración de nulidad parcial.

El Tribunal Supremo limitó temporalmente la retroactividad y se fundó en tres motivos: a) las cláusulas suelo no se consideran abusivas en sí mismas, sino que su abusividad deriva de la falta de transparencia material o sustantiva sobre el concreto contenido en su incorporación al contrato; b) la buena fe del círculo de los interesados –toda vez que las entidades de crédito habían cumplido con la normativa sectorial sobre transparencia–; y c) el hecho, que el Tribunal Supremo calificó como notorio, de que dicha retroactividad causaría grave trastorno al orden público económico.

La limitación de la eficacia retroactiva fue confirmada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de marzo de 2015 en el seno de una acción individual interpuesta frente a una de las entidades parte en el proceso judicial resuelto por la Sentencia de 9 de mayo de 2013. Fijó como doctrina que, cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de 2013 se declare abusiva una cláusula suelo, la devolución al prestatario se efectuará a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 2013.

No obstante, diversos tribunales españoles cuestionaron ante el TJUE la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la base del Derecho de la Unión Europea mediante diversos reenvíos prejudiciales. El 21 de diciembre de 2016 el TJUE ha dictado sentencia en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 (NCJ061848) dando respuesta esas cuestiones prejudiciales.

En ella, el Tribunal de Justicia ha fallado que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

El Tribunal de Justicia ha fundamentado el fallo en dos razonamientos esenciales. En primer lugar, la sentencia considera que la apreciación de la abusividad por falta de transparencia

material que realizó el Tribunal Supremo tiene por fundamento el artículo 4, apartado 2 de la directiva en relación con el artículo 3, y que no cabe apreciar que el Tribunal Supremo hubiera ido más allá del ámbito definido por la propia directiva. Y, en segundo lugar, afirma que la cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de modo que ha de restaurarse la situación de hecho y de derecho en que se encontraría el consumidor en esta situación, toda vez que, de otro modo, se pondría en cuestión el efecto disuasorio pretendido por el artículo 6 de la mencionada norma europea.

Pues bien, a la vista del pronunciamiento del Tribunal de Justicia como era previsible que supusiera el incremento de las demandas de consumidores afectados solicitando la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo, el Gobierno consideró de extraordinaria y urgente necesidad arbitrar un cauce sencillo y ordenado, de carácter voluntario para el consumidor, que facilitase que pudiese llegar a un acuerdo con la entidad de crédito que les permitiera solucionar sus diferencias mediante la restitución de dichas cantidades.

En este sentido, es importante resaltar que la medida trata, además, de evitar que se produzca un aumento de los litigios que tendrían que ser afrontados por la jurisdicción civil, con un elevado coste a la Administración de Justicia por cada pleito y un impacto perjudicial para su funcionamiento en forma de incremento sustancial del tiempo de duración de los procedimientos.

Con esta reforma se pretende, en definitiva, una intervención y regulación mínima, dando a los consumidores un instrumento que les permita obtener una rápida respuesta a sus reclamaciones.

El Real Decreto-Ley 1/2017 se aprovecha, además, para regular el tratamiento fiscal de las cantidades percibidas por la devolución de las cláusulas de limitación de tipos de interés de préstamos derivados de acuerdos celebrados con las entidades financieras o del cumplimiento de sentencias o laudos arbitrales. A tal efecto, se aprueba una modificación de la LIRPF mediante la incorporación de una nueva disposición adicional cuadragésimo quinta.

Antes de analizar el contenido de la citada disposición adicional y las consecuencias que la misma tiene en el supuesto de hecho planteado en nuestro supuesto, debe destacarse el ámbito temporal de aplicación de la medida. Así, la disposición final primera del Real Decreto-Ley 1/2017 dispone que:

«Con efectos desde la entrada en vigor de este real decreto-ley y ejercicios anteriores no prescritos, se añade una nueva disposición adicional cuadragésima quinta a la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas y de modificación parcial de las leyes de los impuestos sobre sociedades, sobre la renta de no residentes y sobre el patrimonio, con la siguiente redacción: [...]».

Como vemos, la norma nace con efecto retroactivo, aplicándose no solo al propio periodo impositivo en que ha sido objeto de aprobación (2016), sino también en los periodos impositivos no prescritos.

Pues bien, de acuerdo con lo previsto en la nueva disposición adicional cuadragésimo quinta, las cantidades en efectivo que se perciban por los contribuyentes en concepto de devolución derivada de acuerdos celebrados con entidades financieras, junto con sus correspondientes intereses indemnizatorios, de las cantidades previamente satisfechas a aquellas en concepto de intereses por la aplicación de cláusulas de limitación de tipos de interés de préstamos, no se integrarán en la base imponible. Es decir, no están sujetas a gravamen.

Por lo tanto, don Manuel no tendrá que tributar ni por los 15.000 euros correspondientes a la devolución del exceso de los intereses satisfechos al banco como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo ni por los 3.500 euros correspondientes a los intereses indemnizatorios.

Sin embargo, y en la medida en que las cantidades satisfechas a la entidad financiera hayan formado parte de la base de la deducción por inversión en vivienda habitual o de deducciones establecidas por la comunidad autónoma, se perderá el derecho a practicar la deducción en relación con las mismas, debiendo sumar a la cuota líquida estatal y autonómica, devengada en el ejercicio en el que se hubiera celebrado el acuerdo con la entidad financiera, exclusivamente las cantidades indebidamente deducidas en los ejercicios respecto de los que no hubiera prescrito el derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, en los términos previstos en el artículo 59 del Reglamento del impuesto sobre la renta de las personas físicas, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo (RIRPF), sin inclusión de intereses de demora.

Es decir, que don Manuel deberá incluir en la autoliquidación correspondiente al periodo impositivo de 2016 las cantidades indebidamente deducidas en los periodos impositivos de 2012, 2013, 2014 y 2015, periodos impositivos no prescritos al tiempo de la presentación de la autoliquidación de aquel ejercicio.

Destaca de este procedimiento de regularización arbitrado por el Gobierno la remisión a lo dispuesto en el artículo 59 del RIRPF, eximiendo a los contribuyentes que se hayan visto afectados por la cláusula suelo de la obligación de presentar autoliquidaciones complementarias por cada uno de los periodos impositivos en los que se aplicó la deducción así como de la obligación de abonar los correspondientes intereses de demora y recargos por presentación extemporánea de autoliquidaciones.

En definitiva, como ya señalábamos, las deducciones indebidamente aplicadas se suman a la cuota líquida del periodo impositivo de 2016 sin exigencia, a diferencia de lo que señala en el artículo 59.1 del RIRPF, de intereses de demora.

### 2.3. PUNTO 3: PRINCIPIO DE UNICIDAD DE LAS VALORACIONES. EFECTOS EN EL ÁMBITO DEL IRPF

El Tribunal Supremo dictó dos sentencias en sendos recursos de casación para la unificación de doctrina (Sentencia de 15 de enero de 2015, rec. núm. 1370/2013 [NFJ057175] y Sentencia de

21 de diciembre de 2015, rec. núm. 2068/2014 [NFJ061286]), en las que, por primera vez, extendieron su doctrina relativa al principio de unidad de valoraciones tributarias a la determinación del valor de adquisición de elementos patrimoniales adquiridos a título oneroso, a efectos del cálculo de la ganancia o pérdida patrimonial producida en una ulterior transmisión de los mismos.

Tradicionalmente el principio de unidad de valoraciones, por contraposición al principio de estanciedad (que venía siendo defendido hasta el momento por la Administración tributaria), viene a sostener que la valoración de un concreto elemento determinante de una obligación tributaria, realizada por una Administración tributaria, resulta vinculante para otras Administraciones tributarias respecto de los tributos gestionados por estas últimas. Las notas principales de esta doctrina son:

- 1.<sup>a</sup> La necesidad de analizar cada caso teniendo presente las similitudes y las diferencias que existen entre los tributos en liza y entre los diferentes medios de valoración utilizados en la comprobación administrativa, de manera que el principio de unidad de valores solo opera si las normativas aplicables en ambos casos remiten a iguales parámetros de valoración.
- 2.<sup>a</sup> No es un obstáculo para la aplicación del principio de unicidad de valores el hecho de estemos ante actuaciones de administraciones tributarias distintas, cuando una de ellas es la estatal y la otra una comunidad autónoma en un impuesto del Estado cuya gestión se le ha cedido.

Las Sentencias de 15 de enero de 2015 y de 21 de diciembre de 2015, relativas ambas a supuestos de transmisiones de inmuebles cuya previa adquisición se había realizado a título oneroso, concluyen que el valor de adquisición de dichos inmuebles a considerar para el cálculo de la ganancia de patrimonio en el IRPF debe coincidir con el valor comprobado en su momento por la correspondiente Administración tributaria a efectos del impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas (ITPO) que gravó la adquisición, lo que vendría a suponer una extensión de la primera de las ideas expuestas, ya que en adquisiciones a título oneroso el artículo 35 de la LIRPF se remite a la regla del importe real por el que la adquisición se hubiera efectuado, sin remitirse a parámetros análogos a los considerados en las comprobaciones de valor realizadas a efectos el ITPO, como son el valor real o el de mercado.

Por consiguiente, y en atención al carácter reiterado de las sentencias, debemos concluir que resulta plenamente aplicable la doctrina del Tribunal Supremo a efectos del cálculo en el IRPF de las ganancias o pérdidas producidas en la transmisión de elementos patrimoniales, en aquellos supuestos en los que el obligado tributario alegue y acredite un valor comprobado a efectos del ITPO que gravó la adquisición del elemento.

De esta forma, don Manuel y doña Luisa podrán considerar que el valor de adquisición del inmueble es el valor comprobado por la Administración tributaria autonómica a efectos del ITPO. En definitiva, aun cuando el valor de adquisición satisfecho, según la escritura pública de adqui-

sición (y, en su caso, demás justificantes de gastos inherentes a su adquisición) fuese de 120.000 euros, en la medida en que ha habido una comprobación del valor que ha concluido con una liquidación firme en la que se ha considerado que el bien tiene un valor real de 250.000 euros, este será considerado como valor de adquisición a efectos del cálculo de la ganancia patrimonial en el IRPF.

## 2.4. PUNTO 4: TRIBUTACIÓN DE LAS SUBVENCIONES CONCEDIDAS POR EL MINISTERIO DE INDUSTRIA EN EL MARCO DE LOS DENOMINADOS PLANES PIVE

En relación con la ayuda percibida por el matrimonio en el marco del Programa de Incentivos al Vehículo Eficiente (Plan PIVE) hay que estar a lo dispuesto en el artículo 33 de la LIRPF, que define las ganancias y pérdidas patrimoniales como las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquel, salvo que por la ley se califiquen como rendimientos.

De la definición prevista en el artículo 33.1 podemos concluir que una ganancia patrimonial será calificada como tal en la medida en que se produzcan las dos circunstancias exigidas en el artículo (variación en el valor del patrimonio del contribuyente producida como consecuencia de cualquier alteración en su composición) y, además, siempre que no quepa calificar la renta como rendimiento (del capital, etc.). Y es que, en efecto, recuérdese que existen determinadas variaciones del valor del patrimonio producidas como consecuencia de alteraciones en la composición del patrimonio del contribuyente a las que la LIRPF califica expresamente como rendimientos. Es el caso, por ejemplo, de los rendimientos derivados de la transmisión, amortización, reembolso, canje o conversión de activos financieros (representativos de la cesión a terceros de capitales propios) a los que la LIRPF otorga la calificación de rendimientos del capital y no como ganancias patrimoniales.

Pues bien, cuando se obtienen subvenciones o ayudas públicas (las percibidas en el marco del Plan PIVE lo son) se dan las circunstancias previstas en el artículo 33.1 de la LIRPF para poder calificar la renta como ganancia patrimonial, sin que exista ningún otro precepto de la LIRPF que le atribuya carácter de rendimiento.

Además, la propia LIRPF nos da una pista sobre cuál debe ser la correcta calificación de este tipo de rentas al disponer el artículo 14.2 c) que:

«c) Las ganancias patrimoniales derivadas de ayudas públicas se imputarán al periodo impositivo en que tenga lugar su cobro, sin perjuicio de las opciones previstas en las letras g), i) y j) de este apartado».

Es decir, que al regular las reglas especiales de imputación temporal y referirse expresamente a las ayudas públicas, la propia LIRPF califica expresamente estas como ganancias patrimoniales.

No existiendo duda, por tanto, de su calificación como ganancia patrimonial, estas se integrarán en la base general del impuesto por no derivar de la transmisión de un elemento patrimonial (art. 48 de la LIRPF).

En conclusión, la obtención de una ayuda pública en el marco del Plan PIVE para la adquisición de un vehículo constituye para el beneficiario una ganancia patrimonial, al producirse una variación en el valor de su patrimonio puesta de manifiesto con ocasión de una alteración en su composición (incorporación del importe dinerario de la ayuda) y no calificarse por la LIRPF como rendimiento.

El importe de la ganancia será la cuantía dineraria de la subvención obtenida. En nuestro caso, la subvención asciende a 3.000 euros por lo que todo su importe se integrará en la base general como ganancia patrimonial.

Además, como ya hemos anticipado, con carácter general las ganancias patrimoniales derivadas de la obtención de subvenciones o ayudas públicas se imputan al periodo impositivo de su cobro. Sin embargo, la doctrina administrativa<sup>3</sup> ha entendido, en este caso particular, que la alteración en la composición del patrimonio se entiende producida en el momento en que el organismo otorgante comunica la concesión al solicitante. Las características especiales que concurren en esta subvención en cuanto a su operativa (aplicación por los puntos de venta adheridos al Programa PIVE de la deducción del importe de la subvención en el precio de adquisición) y el hecho de estar condicionada la subvención a la aplicación en la factura de compraventa correspondiente, de un descuento mínimo de 1.000 euros por vehículo, lleva a considerar que la alteración patrimonial se produce respecto a esta subvención en el momento de la adquisición del vehículo, momento en que, a través del descuento, se le produce al comprador beneficiario la alteración patrimonial al «activarse» la ayuda del Plan PIVE.

La ganancia patrimonial deberá imputarse, por tanto, al periodo impositivo de 2016, año en el que se adquiere el vehículo al concesionario.

## 2.5. PUNTO 5: TRIBUTACIÓN DE LOS DERECHOS DE SUSCRIPCIÓN. RÉGIMEN VIGENTE EN 2016 Y COMPARACIÓN CON EL RÉGIMEN APLICABLE A PARTIR DE 1 DE ENERO DE 2017

Tal y como dijimos en un trabajo previo<sup>4</sup>, el régimen de tributación de las rentas derivadas de la transmisión de los derechos de suscripción era sumamente ventajoso (al menos en lo que se refería a las operaciones realizadas con valores admitidos a negociación en alguno de los mer-

<sup>3</sup> Véase la Consulta de la DGT V1679/2016, de 19 de abril (NFC059503).

<sup>4</sup> «Impuesto sobre la renta de las personas físicas. Ejercicio 2015 (caso práctico)», *RCyT. CEF*, núm. 356 (mayo 2015), págs. E1-E46.

cados regulados de valores definidos en la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 relativa a los mercados de instrumentos financieros, y representativos de la participación en fondos propios de sociedades o entidades) por cuanto del mismo se derivaba un diferimiento en su tributación.

En efecto, de acuerdo con la regulación vigente hasta el 31 de diciembre de 2016, la venta de derechos de suscripción procedentes de valores admitidos a negociación no genera renta gravable alguna sino que, en el importe obtenido, se minora el valor de la cartera y solo si lo obtenido con su venta supera el valor de adquisición, entonces su titular tendrá que tributar por dicho exceso en concepto de ganancia patrimonial. De esta forma –decíamos– la ganancia patrimonial tributaría cuando se produzca la transmisión de las acciones pues al haber disminuido el valor de adquisición de las acciones la ganancia patrimonial obtenida será necesariamente superior en un importe equivalente a lo previamente obtenido con la venta de los derechos.

El proyecto de ley de modificación de la LIRPF (el que finalmente cristalizó en la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifica la LIRPF, el TRLIRNR y otras normas tributarias) contenía una modificación del artículo 37.1 a) de la LIRPF que obligaba a los contribuyentes que realizaran este tipo de operaciones a tributar inmediatamente (en el periodo impositivo en el que se produjera la transmisión) disponiendo a tal efecto la modificación proyectada del artículo lo siguiente:

«El importe obtenido por la transmisión de derechos de suscripción procedentes de estos valores **tendrá la consideración de ganancia patrimonial para el transmitente en el periodo impositivo en que se produzca la citada transmisión**».

Sin embargo, la entrada en vigor de dicha modificación se pospuso hasta el 1 de enero de 2017, de forma que hasta dicha fecha seguirá resultando de aplicación el régimen de diferimiento antes expuesto.

En este sentido, y también con efectos 1 de enero de 2017, se introduce en la LIRPF una disposición transitoria vigésimo novena por el apartado noventa y cinco del artículo primero de la Ley 26/2014 en la que se establece que:

«Disposición transitoria vigésima novena. *Transmisiones de derechos de suscripción anteriores a 1 de enero de 2017.*

Para la determinación del valor de adquisición de los valores a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 37 de esta ley, se deducirá el importe obtenido por las transmisiones de derechos de suscripción realizadas con anterioridad a 1 de enero de 2017, con excepción del importe de tales derechos que hubiera tributado como ganancia patrimonial. Cuando no se hubieran transmitido la totalidad de los derechos de suscripción, se entenderá que los transmitidos correspondieron a los valores adquiridos en primer lugar».

Fue este régimen de tributación el que dio lugar a la generalización entre las sociedades cotizadas de los programas de retribución al accionista denominados «dividendo flexible», todos ellos instrumentados mediante ampliaciones de capital liberadas en las que se asignaba a los accionistas un número de derechos equivalente a las acciones que poseían. Estos, una vez recibidos los derechos debían decidir si vendían los derechos en el mercado, si los vendían a la propia sociedad (con el compromiso de esta de no ejercer los derechos, lo que equivalía a cobrar en efectivo el dividendo) o si suscribían acciones en la ampliación liberada. En definitiva, cualquiera que fuera la denominación comercial utilizada por las empresas su atractivo para los accionistas se encontraba, precisamente, en la existencia de un favorable régimen fiscal. Así, la renta que de otro modo habría tributado en la forma prevista para los dividendos con sujeción a la correspondiente retención a cuenta del IRPF (art. 25.1 de la LIRPF) solo lo hacía en la medida en que se vendieran los derechos a la propia sociedad o, en su caso, cuando las acciones acabaran siendo vendidas.

En concreto, y por lo que se refiere a la tributación de este tipo de programas de retribución al accionista, la DGT en Consulta V0848/2010, de 28 de abril (NFC038013) (complementada por la número V2206/2010, de 4 de octubre [NFC039458]) resolvió lo siguiente en relación con cada una de las alternativas que se le planteaba al inversor:

- **Suscripción de acciones:** la entrega a los accionistas de acciones totalmente liberadas por la entidad consultante no comportará la obtención de renta para aquellos. No obstante, a efectos de futuras transmisiones, el valor de adquisición tanto de las acciones entregadas como de las acciones de las que procedan será el que resulte de repartir el coste total entre el número de títulos, tanto los antiguos como los liberados que correspondan. La fecha de adquisición de las acciones totalmente liberadas será la que corresponda a las acciones de las cuales procedan (art. 37.1 a) de la LIRPF).
- **Transmisión en el mercado de los derechos de suscripción:** las previsiones contenidas en el artículo 37.1 a) de la LIRPF respecto del tratamiento aplicable en la transmisión de derechos de suscripción resultarán aplicables a la transmisión de los derechos de suscripción derivados de la ampliación de capital con cargo a reservas. En consecuencia, el importe obtenido por la transmisión de los derechos de suscripción en el mercado minorará el valor de adquisición de las acciones de las que procedan. No obstante, si dicho importe superase el valor de adquisición de las citadas acciones, la diferencia tendrá la consideración de ganancia patrimonial para el transmitente, en el periodo impositivo en que se produzca la transmisión.
- **Venta al propio banco de los derechos de suscripción por los titulares de derechos de asignación gratuita por los derechos no ejercitados ni transmitidos en el mercado:** dicha compensación tiene por objeto garantizar a aquellos la percepción de una determinada remuneración (normalmente se fija un precio fijo) con independencia de la valoración en el mercado de los derechos de asignación y de que los derechos adquiridos finalmente se ejerciten o no, por lo que no procede aplicar el tratamiento propio de la transmisión de los derechos de suscripción, sino el corres-

pondiente a los rendimientos obtenidos por la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad conforme a lo dispuesto en el artículo 25.1 a) de la LIRPF.

Respecto a los titulares de los derechos de suscripción adquiridos en el mercado, que no acudan a la ampliación de capital suscribiendo las acciones totalmente liberadas que les correspondan sino que perciban la citada compensación, resultará asimismo de aplicación lo dispuesto en el artículo 25.1 a) de la LIRPF.

Esta calificación comporta el sometimiento a retención de las cantidades satisfechas a los titulares de los derechos de suscripción de acuerdo con lo previsto en los artículos 90 a 94 del RIRPF, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo.

Por lo que respecta al importe obtenido por la venta de los derechos que no hayan sido adquiridos en el mercado, es decir, los que correspondan a los socios por tal condición, podrá aplicarse hasta el 31 de diciembre de 2014 la exención prevista en el artículo 7 y) de la LIRPF en los términos previstos en dicho precepto<sup>5</sup>.

Pues bien, en nuestro supuesto, dado que el matrimonio vende la mitad de los derechos, el importe obtenido minorará el valor de adquisición de la cartera que, suponiendo que no se haya visto alterado por operaciones previas, quedará valorada de la siguiente forma:

• Valor de adquisición .....	80.000
• Importe obtenido por la venta de derechos .....	2.000
• Valor de adquisición .....	78.000

Por otro lado, la adquisición de 4.000 nuevas acciones totalmente liberadas tampoco da lugar a la tributación de renta alguna. En concreto, la adquisición de acciones totalmente liberadas dará lugar a la distribución del valor de adquisición de las acciones de las cuales proceden entre todas las acciones, tanto estas como las nuevas. Ello dará lugar a una disminución del valor unitario de adquisición de las acciones con lo que en el momento de la transmisión la ganancia patrimonial será mayor, consiguiéndose aquí también un diferimiento de la renta.

Debido a la importancia del cambio normativo nos parece oportuno resaltar que las transmisiones de derechos de suscripción que se produzcan a lo largo del presente ejercicio (2017) tributarán íntegramente como ganancias patrimoniales.

Asimismo, debemos recordar que en materia de retenciones, la Ley 26/2014 modificó los artículos 100.1 y 101.6 de la LIRPF, igualmente con efectos desde 1 de enero de 2017, en cuyos últimos párrafos, conforme a dicha modificación, se establece respectivamente lo siguiente: «En las transmisiones de derechos de suscripción, estarán obligados a retener o ingresar a cuenta por

<sup>5</sup> Tal exención solo resulta de aplicación a las operaciones que se realicen hasta el 31 de diciembre de 2014 pues la exención prevista en el artículo 7 y) de la LIRPF ha sido derogada con efectos 1 de enero de 2015.

este impuesto, la entidad depositaria y, en su defecto, el intermediario financiero o el fedatario público que haya intervenido en la transmisión», y «El porcentaje de retención e ingreso a cuenta sobre la ganancias patrimoniales derivadas de derechos de suscripción será el 19%». Es decir, que a partir de 1 de enero de 2017 las rentas derivadas de la venta de derechos de suscripción no solo estarán sujetas al impuesto en el mismo periodo impositivo de su obtención sino que, además, se someterán al sistema de retenciones a cuenta del IRPF.

## 2.6. PUNTO 6: LA DEDUCCIÓN POR INVERSIÓN EN ENTIDADES DE NUEVA O RECIENTE CREACIÓN

A la primera de las cuestiones planteadas por doña Luisa a su asesor habría que contestar que, efectivamente, la adquisición de una participación en el capital de una sociedad anónima de nueva creación goza de un incentivo fiscal consistente en una deducción en cuota del importe invertido con una base máxima de deducción de 50.000 euros y un porcentaje de deducción del 12%.

La deducción en cuestión se encuentra regulada en el artículo 68.1 de la LIRPF que fue introducida en la LIRPF por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, incorporándose al apartado primero del artículo aprovechando el hueco que había dejado la derogada deducción por inversión en vivienda habitual.

Según el preámbulo de la citada ley:

«Con el objeto de favorecer la captación por empresas, de nueva o reciente creación, de fondos propios procedentes de contribuyentes que, además del capital financiero, aporten sus conocimientos empresariales o profesionales adecuados para el desarrollo de la sociedad en la que invierten, inversor de proximidad o "business angel", o de aquellos que solo estén interesados en aportar capital, capital semilla, se establece un nuevo incentivo fiscal en el impuesto sobre la renta de las personas físicas.

Se tendrá derecho a una deducción en la cuota estatal del IRPF con ocasión de la inversión realizada en la empresa de nueva o reciente creación. En la posterior desinversión, que tendrá que producirse en un plazo entre tres y doce años, se declara exenta la ganancia patrimonial que, en su caso, se obtenga, siempre y cuando se reinvierta en otra entidad de nueva o reciente creación».

Vemos como los destinatarios últimos del beneficio o incentivo fiscal previsto en el artículo 68.1 de la LIRPF no son tanto los emprendedores que arriesgan su capital para poner en marcha un negocio sino quienes le acompañan como socios en esa aventura aportando no solo capital, sino también, en su caso, sus conocimientos empresariales o profesionales para la puesta en marcha de la sociedad. Además, la aplicación de la deducción está condicionada, como a continuación veremos, a que por dicho inversor se vendan las acciones o participaciones representativas del capital invertido en un plazo no superior a 12 años por lo que el objetivo de política econó-

mica perseguido, en última instancia, con este beneficio fiscal es tratar de favorecer la financiación empresarial de proyectos que, en otro caso, tendrían un difícil acceso a la financiación por las dificultades de recurrir a la financiación ajena. Y es que no debemos olvidar que esta «nueva» deducción fue aprobada en un contexto económico caracterizado por la grave situación económica y financiera que atravesaba nuestro país. El Gobierno, consciente de la necesidad de reactivar el tejido empresarial español, gravemente deteriorado como consecuencia de la crisis inmobiliaria, se encontró en la tesitura de aprobar normas que favorecieran, en la medida de lo posible, el cambio de ciclo y, lo que es más importante, el cambio de mentalidad en lo que al denominado autoempleo se refiere. En relación con todo ello se afirmaba en el preámbulo de la ley que:

«España viene atravesando una grave y larga crisis económica con agudas consecuencias sociales. Entre 2008 y 2012 se han destruido casi 1,9 millones de empresas en España, más del 99,5% de ellas con menos de 20 asalariados, frente a la creación de 1,7 millones de empresas, a pesar de la grave situación del desempleo en España.

Teniendo únicamente en cuenta a los jóvenes empresarios, la situación de España se vuelve especialmente dramática durante la crisis, habiendo el número de empresarios de 15 a 39 años registrado una caída de más del 30% desde 2007 a 2012.

Esta situación justifica por sí misma la necesidad de emprender reformas favorables al crecimiento y la reactivación económica. Las reformas no solo deben aspirar a impulsar la actividad de manera coyuntural, sino que deben también abordar los problemas estructurales del entorno empresarial en España, buscando fortalecer el tejido empresarial de forma duradera.

Por ello, se hace imprescindible proceder a un análisis sobre las características de nuestro tejido empresarial que resulte en la identificación de sus principales problemas.

[...]

Para invertir esta situación, es necesario un cambio de mentalidad en el que la sociedad valore más la actividad emprendedora y la asunción de riesgos. La piedra angular para que este cambio tenga lugar es, sin duda, el sistema educativo».

Y más adelante, se afirmaba que:

«[...] las dificultades para acceder a financiación son uno de los mayores problemas a los que se enfrentan estructuralmente las empresas, por ello resulta esencial impulsar canales de financiación, tanto bancarios como no bancarios, que contribuyan a suavizar los efectos sobre las empresas de la restricción en el crédito».

En consecuencia, como ya hemos anticipado, el destinatario último de este beneficio fiscal no es tanto el emprendedor sino la persona que arriesga su capital sin desarrollar en la *sociedad de nueva creación* función alguna distinta de la que corresponde a un socio capitalista que no aporta su industria (sin perjuicio de que sí se le reconozca la posibilidad de aportar sus conoci-

mientos empresariales o profesionales adecuados para el desarrollo de la entidad en la que invierten en los términos que establezca el acuerdo de inversión entre el contribuyente y la entidad).

Para que pueda aplicarse la deducción doña Luisa, se tienen que cumplir las siguientes reglas:

- a) La deducción se aplica a las inversiones que consistan en la suscripción de acciones emitidas con motivo de la constitución de nuevas sociedades o de acciones emitidas con ocasión de una ampliación de capital de sociedades ya constituidas cuando, en este último caso, el tiempo transcurrido desde su constitución hasta el momento en que se realice la ampliación de capital no exceda de tres años. Además, las participaciones deben permanecer en el patrimonio del contribuyente un periodo mínimo de 3 años y un periodo máximo de 12 años.

De esta primera regla destaca el hecho de que la participación en el capital de la *sociedad de nueva o reciente creación* se limite a un periodo temporal que no puede ser inferior a 3 años ni superior a 12. Es decir, que el inversor debe permanecer en el capital de la sociedad sin deshacer su posición durante, al menos, 3 años y vender su participación –necesariamente– en un plazo no superior a 12 años.

- b) La participación directa o indirecta del contribuyente, junto con la que posean en la misma entidad su cónyuge o cualquier persona unida al contribuyente por parentesco, en línea recta o colateral, por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado incluido, no puede ser, durante ningún día de los años naturales de tenencia de la participación, superior al 40% del capital social de la entidad o de sus derechos de voto.

Con ello se pretende, en definitiva, que no sea el propio núcleo familiar el beneficiario del beneficio o incentivo fiscal por la sospecha de que, de alguna manera, este acabe retornando al contribuyente, siendo que la persona que debería disfrutarlo es el inversor.

- c) Que no se trate de acciones o participaciones en una entidad a través de la cual se ejerza la misma actividad que se venía ejerciendo anteriormente mediante otra titularidad.

Se trata esta de una norma antiabuso específica que pretende evitar el aprovechamiento indebido de la deducción y su aplicación a supuestos para los que no está pensada. En definitiva, si la deducción nace para incentivar el emprendimiento ningún sentido tiene que favorezca a quienes ya vinieran desarrollando la misma actividad empresarial aunque bajo otra titularidad (sociedad).

Adicionalmente, el artículo 68.1 de la LIRPF exige que la entidad cuyas acciones o participaciones se adquieran cumplan los siguientes requisitos:

- a) Revestir la forma de sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima laboral o sociedad de responsabilidad limitada laboral, en los términos previstos en el texto refundido de la Ley de sociedades de capital, aprobado por el Real

Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y en la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de sociedades laborales, y no estar admitida a negociación en ningún mercado organizado.

Este requisito deberá cumplirse durante todos los años de tenencia de la acción o participación.

- b) Ejercer una actividad económica que cuente con los medios personales y materiales para el desarrollo de la misma. En particular, no podrá tener por actividad la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario a que se refiere el artículo 4.8.Dos a) de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del impuesto sobre el patrimonio (LIP), en ninguno de los periodos impositivos de la entidad concluidos con anterioridad a la transmisión de la participación.

Aunque el precepto acota por la vía negativa la actividad económica que en ningún caso puede constituir el objeto de la sociedad (gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario) no especifica qué entiende por medios personales y materiales para el desarrollo de la misma por lo que habrá que estar, en cada caso, al tipo de actividad económica que constituya su objeto social.

- c) El importe de la cifra de los fondos propios de la entidad no podrá ser superior a 400.000 euros en el inicio del periodo impositivo de la misma en que el contribuyente adquiera las acciones o participaciones.

Cuando la entidad forme parte de un grupo de sociedades en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, el importe de los fondos propios se referirá al conjunto de entidades pertenecientes a dicho grupo.

Finalmente, el artículo 68.1 de la LIRPF condiciona la aplicación de la deducción al cumplimiento de un requisito de tipo meramente formal que consiste en que por la sociedad se expida una certificación indicando el cumplimiento de los requisitos relativos a la forma jurídica de la sociedad, a la necesidad de realizar una actividad económica y a que la cifra de fondos propios no sea superior a 400.000 euros en el periodo impositivo en el que se produjo la adquisición de las mismas.

Pues bien, verificado el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos que acabamos de mencionar, don Miguel podría aplicar la deducción del artículo 68.1 de la LIRPF. El importe de la deducción sería de 4.800 euros ( $40.000 \times 12\%$ ). Desde su adquisición el día 1 de junio de 2016 deberá mantenerlas en su patrimonio hasta el 1 de junio de 2019 y venderlas antes del transcurso del plazo de 12 años a que ya nos hemos referido. En definitiva, la venta de las acciones debería tener lugar en cualquier momento una vez cumplido el periodo mínimo de tenencia de 3 años y, en cualquier caso, antes del transcurso del plazo de 12.

En cuanto a la segunda cuestión (si la venta de las acciones tendría algún otro incentivo fiscal) habría que contestar afirmativamente. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 38.2 de la LIRPF que establece una exención por reinversión de la ganancia patrimonial obtenida con la venta de las acciones de sociedades de nueva o reciente creación. La aplicación de la exención

queda condicionada a que el importe total obtenido por la transmisión de las mismas se reinvierta en la adquisición de acciones o participaciones de las citadas entidades en las condiciones que reglamentariamente se determinen siendo la exención parcial cuando el importe reinvertido sea inferior al importe total obtenido en la transmisión.

No obstante, no resultará de aplicación lo dispuesto en este apartado en los siguientes supuestos:

- a) Cuando el contribuyente hubiera adquirido valores homogéneos en el año anterior o posterior a la transmisión de las acciones o participaciones. En este caso, la exención no procederá respecto de los valores que como consecuencia de dicha adquisición permanezcan en el patrimonio del contribuyente.
- b) Cuando las acciones o participaciones se transmitan a su cónyuge, a cualquier persona unida al contribuyente por parentesco, en línea recta o colateral, por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado incluido, a una entidad respecto de la que se produzca, con el contribuyente o con cualquiera de las personas anteriormente citadas, alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, distinta de la propia entidad cuyas participaciones se transmiten.

Por último, interesa destacar que cuando efectivamente se reinvierta en la adquisición de acciones o participaciones de entidades de nueva o reciente creación el contribuyente no podrá aplicar, de nuevo, la deducción prevista en el artículo 68.1 sobre dichos valores. Sí podrá aplicarse, sin embargo, sobre la parte de la reinversión que exceda del importe total obtenido en la transmisión de aquellas por lo que en ningún caso se podrá practicar deducción por las nuevas acciones o participaciones mientras las cantidades invertidas no superen la citada cuantía

## 2.7. PUNTO 7: EFECTOS FISCALES DERIVADOS DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE NULIDAD DE LOS CONTRATOS DE COMPRA DE PARTICIPACIONES PREFERENTES

En relación con la cuestión de la tributación de las posibles rentas puestas de manifiesto con ocasión de la anulación de los contratos por los que se suscribieron participaciones preferentes debe precisarse, con carácter previo, y por lo que se refiere a la devolución de los intereses percibidos de las participaciones preferentes durante la vigencia de los contratos declarados nulos mediante sentencia judicial, que estos debieron haber sido consignados en las autoliquidaciones del IRPF de doña Amparo correspondientes a los ejercicios en los que tales intereses hubieran resultado exigibles (2009, 2010, 2011, 2012), en concepto de rendimientos del capital mobiliario procedentes de la cesión a terceros de capitales propios, según lo previsto en el artículo 25.2 de la LIRPF. Así se desprende de lo dispuesto en el apartado segundo de la disposición adicional segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los inter-

mediarios financieros, en la que se regulaba al régimen fiscal de las participaciones preferentes. La citada ley fue derogada por disposición derogatoria c) de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito, cuya disposición adicional primera pasó a regular el régimen de tributación de este instrumento financiero. En ella, sin embargo, se mantuvo la misma calificación para las rentas derivadas de los intereses devengados por las participaciones preferentes, es decir, que los intereses se siguieron calificando como rendimientos del capital mobiliario. No obstante, la aplicación del régimen fiscal previsto en la disposición adicional segunda quedaba condicionado al cumplimiento de los requisitos de índole financiero previstos en el apartado primero (que a su vez se remitía al Reglamento UE 575/2013, de 26 de junio) y a que se cumplieran, adicionalmente, las circunstancias previstas en el apartado segundo (residencia de la entidad emisora en España o en un Estado miembro de la Unión Europea que no tenga la calificación de paraíso fiscal, cuyos derechos de voto correspondan en su totalidad directa o indirectamente a una entidad de crédito española y cuya actividad u objeto exclusivos sea la emisión de participaciones preferentes; en caso de emisión por la filial el producto de las inversiones debe invertirse en la entidad de crédito dominante de manera que queden directamente afectos a los riesgos y situación financiera de dicha entidad; no otorgar a sus titulares derechos políticos, salvo en los supuestos excepcionales que se establezcan en las respectivas condiciones de emisión; no otorgar derechos de suscripción preferente respecto de futuras nuevas emisiones; cotizar en mercados regulados, sistemas multilaterales de negociación u otros mercados organizados; la oferta pública de venta ha de contar con un tramo dirigido exclusivamente a clientes profesionales de al menos el 50% del total de la emisión, sin que el número total de tales inversores pueda ser inferior a 50; y en el caso de emisiones de entidades que no sean sociedades cotizadas, en los términos del art. 495 del texto refundido de la Ley de sociedades de capital, aprobado por RDLeg. 1/2010, de 2 de julio, el valor nominal unitario mínimo de las participaciones preferentes será de 100.000 € y en el caso de las restantes emisiones, el valor nominal unitario mínimo de las participaciones preferentes será de 25.000 €).

Pues bien, de haberse declarado los intereses percibidos por la tenencia de las participaciones preferentes, la declaración de nulidad de la obligación del pago de los intereses afecta a la declaración de los mismos en el IRPF, lo que puede motivar una solicitud de rectificación de autoliquidación a efectos de obtener las devoluciones derivadas de la normativa del tributo o, en su caso, la correspondiente devolución de ingresos indebidos. Esta posibilidad deriva de lo dispuesto en los artículos 120.3 de la LGT y 126 a 130 del RGAT.

Sin embargo, el artículo 126 del RGAT condiciona la posibilidad de solicitar la rectificación de la autoliquidación a que no haya prescrito el derecho de la Administración tributaria para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación (art. 66 a) de la LGT) o el derecho a solicitar la devolución correspondiente (art. 66 c) de la LGT). Por lo tanto, al encontrarse prescrito en 2016 (ejercicio en que se declara la nulidad del contrato) tanto el derecho a determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación como el derecho a solicitar la devolución correspondiente en relación con los ejercicios 2009 y 2010, doña Amparo no podría, en principio, solicitar la rectificación de las autoliquidaciones correspondientes a dichos ejercicios. Por lo que se refiere al ejercicio 2011, la prescripción se alcanzaría el día 3 de julio de 2016 pues, según el artículo 8 de la Orden HAP/638/2012, de 26 de marzo, por la que se aprueban los modelos de declaración del IRPF y del IP,

ejercicio 2011, se determinan el lugar, forma y plazos de presentación de los mismos, se establecen los procedimientos de obtención o puesta a disposición, modificación y confirmación o suscripción del borrador de declaración del IRPF, y se determinan las condiciones generales y el procedimiento para la presentación de ambos por medios telemáticos o telefónicos, el plazo para la presentación de la autoliquidación correspondiente a dicho ejercicio finalizó el día 2 de julio de 2012 por lo que si la sentencia se notifica en el mes de junio de 2016, debería instarse rápidamente la rectificación de la autoliquidación para que no se alcanzara, también respecto del mismo, la prescripción.

Sin embargo, y a pesar de que estas son las normas que rigen con carácter general el derecho a solicitar la rectificación de autoliquidaciones, debe tenerse en cuenta que el Real Decreto-Ley 6/2015, de 14 de mayo, ha añadido en su artículo 15, con efectos desde 1 de enero de 2013, una nueva disposición adicional cuadragésima cuarta a la Ley 35/2006 y en el apartado 4 establece:

«4. Los titulares de deuda subordinada o participaciones preferentes cuyos contratos hubiesen sido declarados nulos mediante sentencia judicial, que hubiesen consignado los rendimientos de las mismas en su autoliquidación correspondiente al impuesto sobre la renta de las personas físicas, podrán solicitar la rectificación de dichas autoliquidaciones y solicitar y, en su caso, obtener la devolución de ingresos indebidos, aunque hubiese prescrito el derecho a solicitar la devolución.

Cuando hubiese prescrito el derecho a solicitar la devolución, la rectificación de la autoliquidación a que se refiere el párrafo anterior solo afectará a los rendimientos de la deuda subordinada y de las participaciones preferentes, y a las retenciones que se hubieran podido practicar por tales rendimientos».

En consecuencia, doña Amparo sí podrá solicitar la rectificación de todas las autoliquidaciones presentadas en relación con los periodos impositivos de 2009, 2010 y 2011 para solicitar así la devolución de las cantidades, en su caso, indebidamente ingresadas, solicitud que se limitará, al menos en relación con los periodos impositivos prescritos, a los intereses percibidos de la entidad de crédito por las participaciones preferentes.

Por otro lado, y por lo que se refiere a la tributación de la devolución de las cantidades invertidas, doña Amparo tuvo que declarar en el periodo impositivo de 2013 un rendimiento del capital mobiliario negativo correspondiente a la diferencia existente entre el capital invertido y el valor de las acciones recibidas en el canje que tuvo lugar a raíz de la resolución del FROB. Y recuerde-se que el artículo 25.2 de la LIRPF dispone que se califican como rendimientos del capital mobiliario los derivados de la transmisión, reembolso, amortización, canje o conversión de cualquier clase de activos representativos de la captación y utilización de capitales ajenos. Este artículo a continuación señala que:

«En el caso de transmisión, reembolso, amortización, canje o conversión de valores, se computará como rendimiento la diferencia entre el valor de transmisión, reembolso, amortización, canje o conversión de los mismos y su valor de adquisición o suscripción.

Como valor de canje o conversión se tomará el que corresponda a los valores que se reciban.

Los gastos accesorios de adquisición y enajenación serán computados para la cuantificación del rendimiento, en tanto se justifiquen adecuadamente.

[...]».

Pues bien, el rendimiento neto del capital mobiliario derivado de la operación de canje ascendió al siguiente importe:

• Capital invertido .....	100.000
• Valor de las acciones recibidas .....	80.000
• Rendimiento neto .....	-20.000

Posteriormente, con motivo de la transmisión de las acciones recibidas se generó una pérdida patrimonial. Esta se cuantifica, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37.1 a) de la LIRPF, por la diferencia entre el valor de adquisición y el valor de transmisión, determinado por su cotización en dichos mercados en la fecha en que se produzca aquella o por el precio pactado cuando sea superior a la cotización. En consecuencia, su cálculo responde al siguiente detalle:

• Valor de adquisición de las acciones .....	80.000
• Valor de transmisión .....	75.000
• Pérdida patrimonial .....	-5.000

En consecuencia, tanto el rendimiento negativo del capital mobiliario como la pérdida patrimonial se integraron en la base imponible general del ejercicio 2013. Decimos base general porque en los periodos impositivos de 2013 y 2014 las ganancias y pérdidas patrimoniales que derivaban de la transmisión de elementos patrimoniales que hubieran permanecido en el patrimonio del obligado tributario un año, o menos de un año, desde la fecha de su adquisición tenían la consideración de renta general y no de renta del ahorro. Ello se debió a la modificación introducida en el artículo 46 de la LIRPF (renta del ahorro) por la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica, que permaneció vigente hasta el 1 de enero de 2015, momento a partir del cual se volvió a modificar el precepto, en esta ocasión por la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas, el texto refundido de la Ley del impuesto sobre la renta de no residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias.

Finalmente, cuando como consecuencia del acuerdo alcanzado en ejecución de la sentencia que declaró la nulidad del contrato por el que se suscribieron las participaciones preferentes se recibe un importe equivalente al capital invertido, nace a cargo doña Amparo la obligación de

presentar una autoliquidación complementaria para neutralizar dichos rendimientos negativos y pérdidas (art. 122 de la LGT). En relación con esta autoliquidación complementaria, no queda claro si se devengarán recargos y, en su caso, intereses de demora o si por no presentarse voluntariamente cabría la imposición de sanciones. En efecto, la duda surge porque la disposición adicional cuadragésimo cuarta de la LIRPF introduce un tratamiento fiscal opcional aplicable a aquellos contribuyentes que hubieran percibido compensaciones de la entidad de crédito en virtud de acuerdos alcanzados con estas, régimen que les permite elegir entre:

- a) Aplicar el régimen general de tributación.
- b) Aplicar un régimen especial que consiste en computar en el periodo en el que se recibe la compensación como rendimiento del capital mobiliario la diferencia entre la compensación recibida y la inversión realizada, especificándose que en la compensación recibida debe incluirse el importe de lo obtenido por la venta de las acciones o valores recibidos con ocasión del canje.

Además, en virtud de este régimen especial la recompra no tiene efectos tributarios, o canje, ni la transmisión de los valores realizada antes o con motivo del acuerdo alcanzado con la entidad de crédito, debiendo presentarse autoliquidación complementaria en caso de que el contribuyente hubiese consignado en la autoliquidación correspondiente al periodo en que dichas operaciones fueron realizadas un rendimiento del capital mobiliario negativo (por el canje) y una pérdida patrimonial (por la transmisión posterior de las acciones recibidas con ocasión del canje). Para presentar la autoliquidación complementaria se otorga al contribuyente un plazo de tres meses contados desde la finalización del plazo de presentación de la autoliquidación a que se impute la compensación a la que antes nos referíamos. Sobre el resultado de dicha autoliquidación complementaria, se especifica en la disposición adicional que no se impondrán sanciones ni se exigirán intereses ni recargos (letra b) del apartado primero de la disp. adic. cuadragésimo cuarta de la LIRPF).

Pues bien, dicho régimen opcional no resulta de aplicación en el supuesto de hecho planteado en el enunciado pues lo que aquí tiene lugar es la declaración judicial de nulidad del contrato (no hay acuerdo con la entidad de crédito para resolver el contrato restituyéndose las partes las cantidades que, respectivamente, percibieron con ocasión de la ejecución del contrato). En definitiva, dado que el contrato nunca existió (se produce el efecto *ex tunc* propio de la nulidad de los contratos) todos los efectos fiscales que se hayan derivado de su cumplimiento deben deshacerse. En consecuencia, tanto el coste fiscal generado por los intereses percibidos de las participaciones preferentes (debido a su tributación como rendimientos del capital mobiliario) como el posible aprovechamiento de las pérdidas derivadas de las operaciones de canje y posterior venta de las acciones recibidas a cambio de las participaciones preferentes (por el cómputo tanto de rendimientos del capital mobiliario negativos como por la declaración de las correspondientes pérdidas patrimoniales) también debe anularse. En el primer caso, como hemos visto, la recuperación de las cantidades ingresadas a la Hacienda Pública por los intereses percibidos tendrá lugar vía solicitud de rectificación de las autoliquidaciones en las que aquellos intereses fueron declarados (sin que opere respecto de este elemento de la obligación tributaria el instituto de la prescripción, tal y

como dispone el apartado cuarto de la disp. adic. cuadragésimo cuarta) y, en el segundo caso, la eliminación de las pérdidas generadas, tanto con ocasión del canje (rendimiento del capital mobiliario negativo), como con ocasión de la transmisión de los valores recibidos en sustitución de las participaciones preferentes (pérdida patrimonial) se deshará mediante la presentación de una autoliquidación complementaria sobre la que no cabrá liquidar ni intereses ni recargos pues en el momento en que se presentaron las autoliquidaciones en las que se declararon tales pérdidas no se había producido el hecho que justifica la necesidad de su presentación (sentencia declarando la nulidad del contrato) y, además, para su presentación el legislador no ha establecido plazo alguno.

Por lo que se refiere a la tributación de los intereses, la DGT ha interpretado, por un lado, que los intereses legales a satisfacer por la entidad bancaria por el tiempo transcurrido desde que doña Amparo dio la orden de suscripción de las participaciones preferentes hasta la fecha de la sentencia, minorados, en su caso, por los intereses legales que corresponden a la devolución de los intereses percibidos en su día por doña Amparo tributarán de acuerdo con las reglas siguientes<sup>6</sup>:

- a) Por tratarse de intereses de los denominados remuneratorios tributarán como ganancias patrimoniales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 33.1 de la LIRPF.
- b) En relación con los intereses de mora procesales satisfechos por la entidad bancaria por el tiempo transcurrido desde la fecha de la sentencia hasta la fecha de pago se trata de unos intereses indemnizatorios, constituyendo una ganancia patrimonial independiente.

Ambos, se integran, según ha interpretado la DGT, en la base del ahorro y ello a pesar de no derivar de la transmisión de elementos patrimoniales. En definitiva, gracias a la interpretación *histórica* realizada por la DGT, estas rentas no se integran en la base general (como podría entenderse teniendo en cuenta que no derivan de la transmisión de un elemento patrimonial) y tributarán a los tipos de gravamen con los que se gravan las rentas del ahorro.

Por último, y por lo que se refiere a la imputación temporal de estas ganancias patrimoniales, la DGT considera que la alteración patrimonial correspondiente a los intereses legales se entenderá producida con la propia sentencia que establezca su pago, pues su cuantificación ya queda limitada a la fecha de la sentencia. Lo que a su vez conlleva su imputación temporal al periodo impositivo de adquisición de firmeza de la sentencia, tal como resulta de lo dispuesto en el artículo 14.2 a) de la LIRPF «Cuando no se hubiera satisfecho la totalidad o parte de una renta, por encontrarse pendiente de resolución judicial la determinación del derecho a su percepción o su cuantía, los importes no satisfechos se imputarán al periodo impositivo en que aquella adquiera firmeza».

No ocurre lo mismo con los intereses de mora procesal, pues al abarcar el periodo de tiempo transcurrido entre la fecha de la sentencia y la de su pago, la alteración patrimonial solo puede entenderse producida cuando los mismos se reconozcan, es decir, cuando se cuantifiquen y se acuerde su abono.

---

<sup>6</sup> Consulta V3730/2016, de 30 de septiembre (NFC061888).

## 2.8. PUNTO 8: RENDIMIENTOS DEL CAPITAL INMOBILIARIO. REDUCCIÓN POR ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA ARRENDADA A UNA EMPRESA PARA SU USO POR UNO DE LOS EMPLEADOS

El rendimiento derivado del arrendamiento de la vivienda a la empresa multinacional tiene la consideración de rendimiento del capital inmobiliario de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22.1 de la LIRPF que establece que «Tendrán la consideración de rendimientos íntegros procedentes de la titularidad de bienes inmuebles rústicos y urbanos o de derechos reales que recaigan sobre ellos, todos los que se deriven del arrendamiento o de la constitución o cesión de derechos o facultades de uso o disfrute sobre aquellos, cualquiera que sea su denominación o naturaleza».

En cuanto a los rendimientos netos computables, estos se determinan detrayendo de los ingresos íntegros los gastos que la LIRPF considera deducibles. Comenzando por los ingresos, el artículo 22.2 de la LIRPF señala que «Se computará como rendimiento íntegro el importe que por todos los conceptos deba satisfacer el adquirente, cesionario, arrendatario o subarrendatario, incluido, en su caso, el correspondiente a todos aquellos bienes cedidos con el inmueble y excluido el impuesto sobre el valor añadido o, en su caso, el impuesto general indirecto canario». Es decir, que de acuerdo con lo previsto en este artículo constituyen rendimientos íntegros del capital, por un lado, el importe total de las rentas percibidas como consecuencia del arrendamiento y, por otro lado, el importe de los gastos que se repercuten a la empresa arrendataria. En concreto, los ingresos íntegros presentarían el siguiente detalle:

• $\sum$ Rentas mensuales .....	16.000
• $\sum$ Gastos repercutidos .....	8.000
• Total rendimientos íntegros .....	24.000

Por otro lado, el artículo 23 de la LIRPF considera deducibles, por un lado, los gastos necesarios para la obtención de los rendimientos (intereses de capitales ajenos invertidos en la adquisición, gastos de reparación y conservación, tributos que incidan sobre los rendimientos computados o sobre el bien productor de aquellos, los saldos de dudoso cobro, o las cantidades devengadas por terceros por servicios personales) y, por otro, las cantidades destinadas a la amortización del inmueble y de los demás bienes cedidos con este, siempre que respondan a su depreciación efectiva.

En relación con los gastos surge, en primer lugar, la cuestión sobre la deducibilidad de los gastos de reparación que la propietaria (doña Luisa) se obliga a realizar en la vivienda arrendada antes de que la empresa arrendataria tome posesión de aquella. En definitiva, la cuestión es si tales gastos son necesarios para la obtención de los rendimientos o no lo son.

Pues bien, la contestación debe ser afirmativa. En definitiva, hay que entender que, por supuesto, las reparaciones que don Manuel se obliga a realizar en la vivienda son absolutamente necesarias para la generación de los rendimientos. De hecho, tal y como se desprende del enun-

ciado del supuesto, el propietario asume frente al arrendatario la obligación de realizar la reparación como condición necesaria para la celebración del contrato. En consecuencia, cabe concluir que los 10.000 euros correspondientes a la reparación sí son deducibles. Sin embargo, estos gastos son deducibles con el límite –para cada bien o derecho– de los rendimientos íntegros, de forma que, si se superara este último importe, el gasto de reparación sería deducible hasta la cuantía del rendimiento íntegro y el exceso lo sería en los periodos impositivos que concluyeran en los cuatro años siguientes respetando igual límite. En nuestro caso como el rendimiento íntegro asciende a 16.000 euros, el gasto de reparación (de 10.000 €) sería plenamente deducible. En relación con la cuestión de la deducibilidad de gastos de reparación devengados antes del inicio del periodo contractual, en la Consulta V2871/2015, de 5 de octubre (NFC056509), la DGT afirma que:

«La deducibilidad de los gastos anteriores al arrendamiento está condicionada a la obtención de unos ingresos, es decir, de unos rendimientos íntegros del capital inmobiliario, los procedentes del arrendamiento o de la constitución o cesión de derechos o facultades de uso o disfrute de bienes inmuebles o de derechos reales que recaigan sobre los mismos. Ello hace necesario, en un supuesto en el que cuando se producen los gastos no se generan rendimientos, que exista una correlación entre esos gastos de conservación y reparación y los ingresos derivados del posterior arrendamiento del inmueble o, en su caso, de la posterior constitución o cesión de derechos o facultades de uso o disfrute del mismo. Lo anterior comporta que las reparaciones y actuaciones de conservación efectuadas vayan dirigidas exclusivamente a la futura obtención de rendimientos del capital inmobiliario, a través del arrendamiento o de la constitución o cesión de derechos de uso y disfrute, y no al disfrute, siquiera temporal, del inmueble por el titular.

De acuerdo con lo expuesto, los gastos de mantenimiento a que se refiere el consultante en su escrito, se consideran gastos de conservación y reparación y, por tanto, resultarían deducibles para la determinación del rendimiento neto del capital inmobiliario, siempre que no exceda de la cuantía de los rendimientos íntegros obtenidos por el arrendamiento.

Si no hubiera obtenido rendimiento alguno en el año 2015 o el obtenido fuera inferior al importe de estos gastos de reparación y conservación, el importe de los mismos se podrá deducir en los cuatro años siguientes, sin que pueda exceder, conjuntamente con los gastos por estos mismos conceptos correspondientes a dicha vivienda y a cada uno de estos años, de la cuantía de los rendimientos íntegros obtenidos por su arrendamiento».

En segundo lugar, también son deducibles los gastos correspondientes al impuesto sobre bienes inmuebles (tributo estatal que incide en el rendimiento computado), así como los gastos de comunidad, seguridad y seguro multirriesgo (gastos correspondientes a cantidades devengadas por terceros por servicios personales), si bien, dado que la vivienda solo se encuentra arrendada parte del año, deberá prorratearse su importe entre los meses del año en que efectivamente genere rendimientos del capital inmobiliario, es decir, ocho meses (meses de mayo a diciembre, ambos inclusive). Por lo tanto, los gastos fiscalmente deducibles por este concepto ascienden a 2.033,33 euros  $[(600 + 1.500 + 500 + 450) \times 8/12]$ .

En tercer lugar, debe determinarse el importe de la amortización fiscalmente deducible, para lo que también deberá tenerse en cuenta que el inmueble se encuentra amortizado solo ocho meses del año. En relación con la amortización deducible, el artículo 14.2 a) del RIRPF señala que se considera que la depreciación es efectiva cuando su importe no exceda del resultado de aplicar el 3% sobre el mayor de los siguientes valores: el coste de adquisición satisfecho o el valor catastral, sin incluir en el cómputo el del suelo. Así resulta necesario comparar, en nuestro caso, el coste de adquisición satisfecho con la parte del valor catastral que proporcionalmente corresponda al valor de la construcción (excluido el suelo). Así, tenemos:

• Valor catastral ( $150.000 \times 0,75$ ) .....	112.500
• Coste de adquisición satisfecho .....	10.000

Por tanto, siendo el valor catastral superior al coste de adquisición satisfecho, será el primero el que servirá de base para el cálculo de la amortización deducible. Además, debe tenerse en cuenta que la amortización se practica solo por el periodo de tiempo correspondiente al periodo en el que el inmueble esté arrendado. Es decir, que el gasto deducible por amortización será:

• Amortización [ $112.500 \times 3\% \times (8/12)$ ] .....	2.250
---	-------

En consecuencia, el rendimiento neto será:

• Ingresos íntegros .....	24.000
• Gastos deducibles:	
– Necesarios .....	20.033,33
– Amortización .....	2.250
• Rendimiento neto .....	1.716,67

Además, el artículo 23.2 de la LIRPF establece que:

«En los supuestos de arrendamiento de bienes inmuebles destinados a vivienda, el rendimiento neto positivo calculado con arreglo a lo dispuesto en el apartado anterior, se reducirá en un 60%. Esta reducción solo resultará aplicable respecto de los rendimientos declarados por el contribuyente».

En relación con la procedencia de la aplicación de esta reducción en supuestos como en el que aquí analizamos (el arrendatario no es la persona que va a utilizar la vivienda para satisfacer su necesidad permanente de esta sino una empresa para la cual trabaja la persona física en última instancia usuaria de la vivienda), se venía entendiendo que no procedía la reducción. Sin embargo este criterio ha cambiado recientemente.

Así es, la Resolución del TEAC de 8 de septiembre de 2016 (R. G. 5138/2013 [NFJ063583]) dictada en un recurso de alzada para la unificación de criterio interpuesto por el director del Departamento de Gestión Tributaria de la AEAT concluye que:

«[...] la interpretación de una norma ha de partir, en primer lugar, del sentido propio de sus palabras y, en consecuencia, desde un punto de vista literal, el art. 23 de la Ley 35/2006 (Ley IRPF) otorga al contribuyente, como perceptor de la renta por alquiler de un inmueble, un incentivo fiscal de reducción del rendimiento neto siempre que se cumpla el único requisito especificado relativo al destino dado al objeto del contrato, esto es, únicamente en función del destino a vivienda del inmueble arrendado y accesoriamente, si el rendimiento es positivo, que este haya sido declarado. En el texto de la ley no se hace referencia alguna a la condición del arrendatario y, por tanto, literalmente, el beneficio se establece independientemente de la misma. Donde la ley no distingue, no se debe distinguir.

[...], exigir que este sea necesariamente una persona física y no una persona jurídica, supondría introducir un nuevo requisito no establecido literalmente en la Ley del Impuesto. Por otro lado, el cumplimiento del único requisito exigido, esto es, que el inmueble se destine a la vivienda, puede quedar perfectamente acreditado por los hechos y los términos del contrato de arrendamiento. Así, en el caso contemplado, no nos encontramos ante un arrendamiento de inmueble a una sociedad para un destino genérico de utilización por "sus empleados", sino que desde el primer momento ha quedado plenamente identificada la finalidad del arrendamiento en los términos expresados en la norma, constanding el uso exclusivo de la vivienda para una persona física determinada, al expresar los términos del contrato que el objeto del arrendamiento se destinará a vivienda habitual del director general de la compañía y su familia, así como que el cambio de uso sin previa autorización expresa por escrito del arrendador será causa bastante de resolución del contrato, quedando prohibido el uso comercial, la cesión y el subarrendamiento. En suma, se ha cumplido todo lo exigido por la norma con independencia de que el arrendatario sea una sociedad mercantil que abona la renta y de que la persona física que habita la vivienda sea personal que en ella presta sus servicios».

Además, debe insistirse en que los rendimientos netos sobre los que se aplicará la reducción son los rendimientos netos positivos declarados. En relación con esta última cuestión el TEAC ha entendido también en una reciente Resolución de 7 de marzo de 2017 (R. G. 6326/2016 [NFJ065666]) (dictada en un recurso de alzada para unificación de criterio interpuesto por el director del Departamento de Gestión Tributaria de la AEAT) que los rendimientos podrán entenderse declarados por el contribuyente, tanto cuando este los consigne en su correspondiente declaración-autoliquidación presentada en tiempo y forma por el IRPF como cuando lo haga fuera del plazo de presentación legalmente establecido a través de una declaración-autoliquidación extemporánea y/o complementaria o, incluso, cuando los consigne en una solicitud de rectificación de autoliquidación, siempre que se presenten antes del inicio de un procedimiento de aplicación de los tributos cuyo alcance incluya la comprobación de los citados rendimientos.

En consecuencia, a la vista del criterio del TEAC procede reducir los rendimientos netos positivos obtenidos en un 60% con lo que el rendimiento neto reducido ascenderá a:

$$1.716,67 - (1.716,67 \times 0,60) = 686,668$$

Por otro lado, por el tiempo durante el cual la vivienda no haya estado arrendada se generan rentas inmobiliarias imputadas a tenor de lo previsto en el artículo 85 de la LIRPF. Así, al no haberse revisado el valor catastral de la vivienda ni en el propio ejercicio 2016 ni en el plazo de los diez periodos impositivos anteriores (la última revisión del valor catastral se produjo en 2004), la renta inmobiliaria imputada será el resultado de multiplicar el valor catastral por el 2%. Además, la imputación procederá solo en relación con aquellos meses en los que la vivienda no haya estado arrendada. En concreto:

$$\text{Renta inmobiliaria imputada: } 120.000 \times 2\% \times 4/12 = 800 \text{ euros}$$

## 2.9. PUNTO 9: LA EXTERNALIZACIÓN DE LA GESTIÓN DE LOS ALQUILERES. ¿RENDIMIENTOS DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS?

La calificación de las rentas como rendimientos del capital inmobiliario excluye a aquellos que deriven de inmuebles que se hallen afectos a la realización de actividades económicas como podría serlo el arrendamiento de inmuebles. En este sentido, dispone el artículo 27.2 de la LIRPF que «A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá que el arrendamiento de inmuebles se realiza como actividad económica, únicamente cuando para la ordenación de esta se utilice, al menos, una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa».

El cumplimiento de estos mismos requisitos es exigido por la LIS para poder entender que la sociedad realiza una actividad económica. Así, el artículo 5.1 de la LIS dispone que:

«Se entenderá por actividad económica la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.

A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá que el arrendamiento de inmuebles se realiza como actividad económica, únicamente cuando para la ordenación de esta se utilice, al menos, una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa».

Sin embargo, en relación con esta última obligación tributaria (impuesto sobre sociedades) la DGT ha interpretado en la Consulta V2757/2016, de 20 de junio (NFC060317), que:

«En el ámbito del impuesto sobre sociedades, debe tenerse en cuenta la autonomía del concepto de actividad económica frente al mismo concepto regulado para otras figu-

ras impositivas. En este sentido, el preámbulo de la LIS justifica la nueva inclusión de una definición de actividad económica, hasta entonces referenciada al impuesto sobre la renta de las personas físicas, ante la necesidad de que el impuesto sobre sociedades, que grava por excelencia las rentas procedentes de actividades económicas, contenga una definición adaptada a la propia naturaleza de las personas jurídicas.

Por tanto, la interpretación del concepto de actividad económica en el ámbito del impuesto sobre sociedades debe realizarse a la luz del funcionamiento empresarial societario, y puede diferir de la interpretación que se realice del mismo en el impuesto sobre la renta de las personas físicas, por cuanto el mismo concepto puede tener finalidades diferentes y específicas en cada figura impositiva. En este sentido, precisamente, el artículo 3 del Código Civil, de aplicación en la interpretación de las normas tributarias, señala que "las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas".

En el caso concreto del arrendamiento de inmuebles, la LIS establece que dicha actividad tiene la condición de económica cuando para su ordenación se utilice, al menos, una persona empleada con contrato laboral y jornada completa.

No obstante, la realidad económica pone de manifiesto situaciones empresariales en las que una entidad posee un patrimonio inmobiliario relevante, para cuya gestión se requeriría al menos una persona contratada, realizando la entidad, por tanto, una actividad económica en los términos establecidos en el artículo 5 de la LIS y, sin embargo, ese requisito se ve suplido por la subcontratación de esa gestión a otras sociedades especializadas.

Esta situación es la que se produce en el presente caso, en la medida en que la entidad tiene externalizada su gestión y tal y como se señala en el escrito de consulta, la actividad de arrendamiento de inmuebles requiere, dada la dimensión de la actividad a desarrollar por la consultante y el volumen e importancia de sus ingresos, de la disposición de una organización empresarial, teniendo en cuenta que se trata de un centro comercial con un elevado número de arrendatarios. Asimismo, la gestión de bienes inmuebles de cierta importancia se subcontrata con terceros profesionalmente dedicados a la gestión de activos, sustituyendo a la contratación de un empleado por cuanto este modelo resulta más eficiente.

En conclusión, de los datos señalados en la consulta planteada, en este supuesto se deben entender cumplidos los requisitos señalados en el artículo 5.1 de la LIS a los efectos de determinar que la entidad desarrolla una actividad económica, aun cuando los medios materiales y humanos necesarios para intervenir en el mercado no son propios sino subcontratados a una entidad ajena al grupo mercantil».

A pesar de ello, este criterio no resulta ser el mismo en el ámbito del IRPF. En este sentido, se ha entendido que en el IRPF la externalización de la gestión de los arrendamientos no puede equipararse a la contratación de un empleado. Tal y como establece la DGT en su Consulta V3859/2016, de 13 de septiembre (NFC062277), entre otras, en el ámbito del impuesto sobre so-

ciudades, aunque el artículo 5 de la LIS al definir la actividad económica requiere para el arrendamiento de inmuebles que se utilice al menos una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa, se admite que en el caso planteado (externalización de la gestión del arrendamiento) se cumple dicho requisito a efectos de determinar que se desarrolla una actividad económica. El motivo es, como ya hemos visto, que en la realidad económica hay situaciones empresariales en las que una entidad posee un patrimonio inmobiliario relevante, para cuya gestión se requeriría al menos una persona contratada. Y sin embargo, ese requisito se ve suplido por la subcontratación de esa gestión a otras sociedades especializadas.

A pesar de ello, este criterio no afecta al IRPF, ya que la propia DGT defiende la autonomía del concepto de actividad económica en el ámbito del impuesto sobre sociedades frente al mismo concepto regulado para otras figuras impositivas. La LIS justifica la nueva inclusión de una definición de actividad económica, hasta entonces referenciada al IRPF, para que el impuesto sobre sociedades, que grava por excelencia las rentas de actividades económicas, contenga una definición adaptada a la propia naturaleza de las personas jurídicas. Por tanto, la interpretación del concepto de actividad económica en el impuesto sobre sociedades debe realizarse a la luz del funcionamiento empresarial societario, y puede diferir de la que se realice en el IRPF, pues el mismo concepto puede tener finalidades diferentes y específicas en cada figura impositiva.

En este sentido, el artículo 3 del Código Civil, de aplicación en la interpretación de las normas tributarias, señala que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

En conclusión, no cabe entender desarrollada una actividad económica si el contribuyente se limita a externalizar la gestión de los arrendamientos de los distintos inmuebles de los que es propietario. Por lo tanto, en el ámbito del IRPF sí resulta esencial disponer de, al menos, una persona con contrato laboral y a jornada completa. No obstante, debe precisarse que aunque se disponga de una persona empleada se entenderá que no existe actividad económica si la actividad ejercida no genera una carga de trabajo suficiente como para justificar la existencia de dicho empleado al ser el requisito del empleado un requisito mínimo –necesario pero no siempre suficiente– para que pueda hablarse de la existencia de actividad económica (en este sentido puede verse la Resolución del TEAC de 7 de abril de 2010 (R. G. 4305/2009 [NFJ039353])).

Posteriormente, el TEAC ha vuelto a reiterar el criterio en Resoluciones de 28 de mayo de 2013, R. G. 4909/2009 (NFJ051064) y de 2 de junio de 2015, R. G. 6320/2011 (NFJ058671). En la primera de las dos últimas resoluciones se afirma que «el precepto de referencia, en su intento por objetivar la calificación del arrendamiento como actividad económica, determina que "únicamente" se califique como tal si concurren las dos circunstancias citadas, como indicativo de presencia de la necesidad de una infraestructura y organización de medios empresariales mínima, sin perjuicio de que si la citada infraestructura se muestra ficticia o artificial no surta efectos». Por su parte, la Resolución de 2 de junio de 2015 reitera el mismo criterio: «Cuando sí es de aplicación la regla (arrendamiento o compraventa con Leyes 18/1991 y 40/1998, o solo arrendamiento con la Ley 35/2006 (art. 27.2)) el

local y empleado son requisitos necesarios (únicamente...) para que haya actividad económica, aunque no suficientes si se acreditase que la carga de trabajo que genera la actividad no justifica tener empleado y local y que, por tanto, se tengan para aparentar que hay actividad económica». Además, destaca el hecho de que la Resolución del TEAC de 28 de mayo de 2013 haya sido confirmada por la Audiencia Nacional en Sentencia de fecha 5 de marzo de 2014 (rec. núm. 229/2013 [NFJ065808]).

## 2.10. PUNTO 10: EFECTOS DERIVADOS DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE NULIDAD DE LOS CONTRATOS DE SUSCRIPCIÓN DE ACCIONES DE BANKIA Y DEL ACUERDO TRANSACCIONAL CON EL QUE SE COMPENSÓ A LOS INVERSORES

Comenzando por la primera de las situaciones planteadas, la que afecta a don Manuel, la solución que ofrecemos está basada en la contestación a la Consulta V5452/2016, de 27 de diciembre (NFC063511).

La declaración judicial de nulidad del contrato de compra de acciones celebrado implica que este no despliegue ningún efecto, considerándose nulas, con carácter retroactivo, las obligaciones derivadas del contrato, por lo que las partes quedan obligadas a restituirse todas las prestaciones efectuadas por dicho contrato. En consecuencia, don Manuel deberá devolver a la entidad las acciones, y la entidad a don Manuel el importe pagado por las acciones, sin que ambas devoluciones tengan efectos en la renta de don Manuel.

En lo que respecta a los intereses que debe pagar la entidad a don Manuel, por el tiempo transcurrido desde el momento en que se pagó indebidamente por don Manuel el precio de las acciones y el momento en que la entidad restituye su importe, el tratamiento es idéntico al que ya vimos en el supuesto número 7. Así, los intereses percibidos por don Manuel tienen diferente calificación, en función de su naturaleza remuneratoria o indemnizatoria. Los intereses remuneratorios constituyen la contraprestación, bien de la entrega de un capital que debe ser reintegrado en el futuro, bien del aplazamiento en el pago, otorgado por el acreedor o pactado por las partes. Estos intereses tributarán en el impuesto como rendimientos del capital mobiliario, salvo cuando, de acuerdo con lo previsto en el artículo 25 de la Ley 35/2006, proceda calificarlos como rendimientos de la actividad empresarial o profesional.

Por otro lado, los intereses indemnizatorios tienen como finalidad resarcir al acreedor por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación o el retraso en su correcto cumplimiento, tal como ocurre respecto a los intereses derivados de los pagos indebidos realizados por don Manuel a la caja. Estos intereses, debido a su carácter indemnizatorio, no pueden calificarse como rendimientos del capital mobiliario. En consecuencia, a tenor de lo dispuesto en los artículos 25 y 33.1 del mismo texto legal, han de tributar como ganancia patrimonial: «Son ganancias y pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquel, salvo que por esta ley se califiquen como rendimientos».

A la imputación temporal de las ganancias patrimoniales se refiere el artículo 14.1 c) de la Ley del Impuesto estableciendo como regla general que «se imputarán al periodo impositivo en que tenga lugar la alteración patrimonial».

Conforme con lo anterior, la alteración patrimonial correspondiente a los intereses solo puede entenderse producida cuando los mismos se reconozcan, es decir, cuando se cuantifiquen y se acuerde su abono. Como ya vimos, y a tenor de la interpretación histórica realizada por la DGT, la ganancia patrimonial correspondiente a dichos intereses se califica como renta del ahorro por lo que se integrará en la base del ahorro de don Manuel.

Por otro lado, en el caso de doña Luisa, esta declaró, según se indica en el enunciado, una pérdida patrimonial que pudo compensar con ganancias patrimoniales derivadas de la transmisión de elementos patrimoniales. Se trataba, en definitiva, de una pérdida a integrar en la base del ahorro. Además, de no existir ganancias patrimoniales con las que compensar tales pérdidas, doña Luisa pudo haber compensado las pérdidas con una parte al menos de los rendimientos netos del capital mobiliario positivos integrados en la base del ahorro de aquel ejercicio. En efecto, tras la modificación del artículo 49 de la LIRPF operada por la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, la base del ahorro ya no está integrada por dos compartimentos absolutamente estancos entre sí (el de los rendimientos del capital mobiliario, por un lado, y el de las ganancias y pérdidas patrimoniales, por el otro) sino que se admite cierta compensación entre ellas. En concreto, y por lo que aquí nos ocupa, las pérdidas patrimoniales pueden compensarse con los rendimientos netos positivos del capital mobiliario, aunque con el límite del 25 % del saldo positivo de los citados rendimientos. No obstante, para el ejercicio 2015 (año en el que se generó la pérdida patrimonial con ocasión de la transmisión de las acciones de Bankia) la compensación tuvo como límite el 10 % de los rendimientos netos positivos (disp. adic. duodécima de la LIRPF).

En consecuencia, en el año en el que se firma el acuerdo transaccional con la entidad financiera se produce la resolución del contrato de compraventa y la devolución de las cantidades que doña Luisa efectivamente perdió (diferencia entre el importe invertido y el importe recuperado por la venta de las acciones en Bolsa). Por tal motivo, entendemos que con ocasión de la firma del acuerdo con la entidad financiera y la recuperación íntegra de las cantidades invertidas nace a su cargo la obligación de presentar una autoliquidación complementaria para cuya presentación no existe un plazo específico. En consecuencia, será a partir del momento en que dicha compensación sea recibida que doña Luisa deba presentar la correspondiente autoliquidación complementaria disponiendo para ello del plazo de prescripción de cuatro años previsto en el artículo 66 a) de la LGT, es decir, hasta el 30 de junio de 2020 (el plazo para la presentación de la autoliquidación del IRPF de 2015 finalizó el 30 de junio de 2016 según la Orden HAP/365/2016, de 17 de marzo).