

## EL RESULTADO FINANCIERO EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. DIVIDENDOS Y PLUSVALÍAS DE CARTERA. SUPUESTOS ESPECIALES DE APLICACIÓN. RENTAS NEGATIVAS (Y III)

**Eduardo Sanz Gadea**

*Licenciado en Derecho y Ciencias Económicas*

---

### EXTRACTO

La presente colaboración examina los casos particulares de la exención de las rentas positivas derivadas de la transmisión de instrumentos de patrimonio, así como el cómputo de las rentas negativas, apoyándose en un conjunto de casos prácticos. Con la misma se pone fin al análisis del artículo 21 de la Ley 27/2014. Sin duda es un precepto central en el Impuesto sobre Sociedades. Es lógico que así sea en un tributo que toma como elemento nuclear de la base imponible el resultado contable y que, por ende, ha de resolver todos los problemas inherentes a la distinción entre fondos propios y endeudamiento, y establecer un sistema vicario de eliminación de la doble imposición económica.

Más allá de la buena técnica tributaria desplegada en dicho precepto, su lectura suscita la intuición de que un cambio de modelo de Impuesto sobre Sociedades, en el sentido de la propuesta fundamentada en el denominado modelo CBIT, esto es, básicamente, la tributación sobre el resultado de explotación, traería grandes dosis de neutralidad, de sencillez y, por ende, de seguridad jurídica, así como de inmunidad frente a las estrategias ilegítimas. Y todo ello mediante tipos de gravamen más bajos, con frutos recaudatorios similares, pero más acordes a la función de estabilización automática que se espera de un buen impuesto sobre la renta de las empresas.

**Palabras claves:** Impuesto sobre Sociedades, Ley 27/2014, resultado financiero, dividendos y plusvalías de cartera, supuestos especiales de aplicación de la exención y rentas negativas.

---

## THE FINANCIAL RESULT FOR CORPORATE INCOME TAX PURPOSES. DIVIDENDS AND CAPITAL GAINS ARISING FROM THE SALE OF SHARES. SPECIAL CASES. CAPITAL LOSSES (AND III)

Eduardo Sanz Gadea

---

### ABSTRACT

The present collaboration analyses the particular cases whereby capital gains arising from the sale of equity instruments are exempt and the recognition of capital losses, together with some practical cases. This will be the last part of the analysis of Article 21 of Law 27/2014. Without any doubt, it is one of the main pillars of Corporate Income Tax; this is logic, provided that it is a tax whose taxable base is formed upon the net accounting profit and, as such, has to resolve all distinction regarding equity and indebtedness and shall set forth an alternative formula to avoid economic double taxation.

Far beyond the fair tax praxis laid down in this section, its wording raises an intuition that a change in the Corporate Income Tax scheme aimed at CBIT, *i. e.* the taxation on the operating profit, would bring a great level of neutrality and simplicity, hence, of legal certainty, as well as immunity against illegal structures. And all of it with reduced tax rates, with similar collection results, but more in line with the stability function expected from a proper corporation tax.

**Keywords:** Corporate Income Tax Law, Law 27/2014, financial result, dividends and capitals gains from the sale of shares, requisites for the application of the exemption and capital losses.

---

---

## Sumario

1. Supuestos especiales de aplicación de la exención
  - 1.1. Valoración de la participación según el régimen especial
  - 1.2. Transferencia contractual de rentas
  - 1.3. La entidad patrimonial
  - 1.4. La entidad afectada por la transparencia fiscal internacional
2. Rentas negativas derivadas de la transmisión de la participación
  - 2.1. Rentas entre entidades del mismo grupo mercantil
  - 2.2. Rentas negativas posteriores a dividendos o participaciones en beneficios
  - 2.3. Rentas en transmisiones sucesivas de valores homogéneos
3. El régimen transitorio
4. ¿Deberían excluirse de la base imponible las rentas negativas derivadas de la transmisión de la participación?

**NOTA:** El autor agradece a Silvia LÓPEZ RIBAS su atenta y fructífera lectura del texto.

«... en los Estados con una forma de gobierno realmente democrática, ha de ser propósito inexcusable de los funcionarios fiscales que actúan en nombre del poder ejecutivo que las bases jurídicas de la imposición no permitan ningún margen discrecional que, por una parte, pudiera conducir a abusos de sus miembros en perjuicio de los contribuyentes y, por otra, hiciera posible que los contribuyentes hábiles o sus asesores no dieran al fisco todo lo que es del mismo...»

Fritz NEUMARK, *Principios de la Imposición*, pág. 409.

## 1. SUPUESTOS ESPECIALES DE APLICACIÓN DE LA EXENCIÓN

Pueden considerarse como supuestos especiales de aplicación de la exención los siguientes:

- Valoración de la participación *conforme a las reglas del régimen especial del capítulo VII del título VII* [art. 21.4 a)].
- Dividendos o participaciones en beneficios *cuyo importe deba ser objeto de entrega a otra entidad* [art. 21.2.3.º)].
- Rentas relativas a una *entidad patrimonial* [art. 21.5 a)].
- Rentas relativas a entidades afectadas por el *régimen de transparencia fiscal internacional* [art. 21.5 b)].

### 1.1. VALORACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN SEGÚN EL RÉGIMEN ESPECIAL

El artículo 21.4 a) establece una regla para determinar el importe de la renta positiva exenta, para el caso en que los instrumentos de patrimonio concernidos hubieran sido valorados *conforme a las reglas del régimen especial del capítulo VII del título VII* de la Ley 27/2014. Esta regla tiene por objeto evitar que la exención se aplique respecto de la renta positiva cuya tributación hubiere quedado diferida por causa del referido régimen especial. En consecuencia tal regla no opera cuando la renta positiva diferida fuere de aquellas que el propio artículo 21.3 declara exentas. Inversamente, opera en aquellos casos en los que la renta positiva diferida fuere de aquellas no declaradas exentas por el referido artículo 21.3.

La regla consiste en aplicar la exención respecto de la renta positiva generada a partir de la adquisición de la participación, a cuyo efecto la renta positiva derivada de la transmisión ha de dividirse en dos partes, la primera, desde el valor asignado por aplicación del régimen especial

«... en los Estados con una forma de gobierno realmente democrática, ha de ser propósito inexcusable de los funcionarios fiscales que actúan en nombre del poder ejecutivo que las bases jurídicas de la imposición no permitan ningún margen discrecional que, por una parte, pudiera conducir a abusos de sus miembros en perjuicio de los contribuyentes y, por otra, hiciera posible que los contribuyentes hábiles o sus asesores no dieran al fisco todo lo que es del mismo...»

Fritz NEUMARK, *Principios de la Imposición*, pág. 409.

## 1. SUPUESTOS ESPECIALES DE APLICACIÓN DE LA EXENCIÓN

Pueden considerarse como supuestos especiales de aplicación de la exención los siguientes:

- Valoración de la participación *conforme a las reglas del régimen especial del capítulo VII del título VII* [art. 21.4 a)].
- Dividendos o participaciones en beneficios *cuyo importe deba ser objeto de entrega a otra entidad* [art. 21.2.3.º)].
- Rentas relativas a una *entidad patrimonial* [art. 21.5 a)].
- Rentas relativas a entidades afectadas por el *régimen de transparencia fiscal internacional* [art. 21.5 b)].

### 1.1. VALORACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN SEGÚN EL RÉGIMEN ESPECIAL

El artículo 21.4 a) establece una regla para determinar el importe de la renta positiva exenta, para el caso en que los instrumentos de patrimonio concernidos hubieran sido valorados *conforme a las reglas del régimen especial del capítulo VII del título VII* de la Ley 27/2014. Esta regla tiene por objeto evitar que la exención se aplique respecto de la renta positiva cuya tributación hubiere quedado diferida por causa del referido régimen especial. En consecuencia tal regla no opera cuando la renta positiva diferida fuere de aquellas que el propio artículo 21.3 declara exentas. Inversamente, opera en aquellos casos en los que la renta positiva diferida fuere de aquellas no declaradas exentas por el referido artículo 21.3.

La regla consiste en aplicar la exención respecto de la renta positiva generada a partir de la adquisición de la participación, a cuyo efecto la renta positiva derivada de la transmisión ha de dividirse en dos partes, la primera, desde el valor asignado por aplicación del régimen especial

hasta el valor de mercado existente en el momento de la realización de la operación amparada, y la segunda, desde ese valor hasta el valor de transmisión. La primera parte se integrará en la base imponible, la segunda disfrutará de la exención del artículo 21.3.

### EJEMPLO 1

Aportación de rama de actividad, valor fiscal, 80; valor de mercado, 92; valor de transmisión, 103.

- Renta positiva diferida: 12 (92 – 80). Esta renta se integrará en la base imponible.
- Renta positiva no diferida: 11 (103 – 92). Esta renta estará exenta si cumple con los requisitos previstos en el artículo 21.3.

La regla, en sí misma correcta, encierra la dificultad de la determinación del valor normal de mercado.

Por su finalidad, la regla de división de la renta positiva en dos partes solamente debiera aplicarse cuando alguna de ellas no cumpliera con los requisitos para disfrutar de la exención del artículo 21.3. En efecto, si las dos partes son aptas para disfrutar de la exención, o ninguna de las dos lo es, la división huelga. Inversamente, si una de las dos partes no es apta para disfrutar de la exención del artículo 21, pero la otra lo es, la división debiera operar. Pues bien, tal y como está redactada la regla de división surgen algunas dudas: ¿Se aplica respecto de los instrumentos de patrimonio adquiridos mediante una aportación no dineraria realizada por personas físicas, al amparo del artículo 87? ¿Se aplica respecto de los instrumentos de patrimonio que no reúnen los requisitos del artículo 21 adquiridos mediante entrega de otros instrumentos de patrimonio que sí los reúnan?

La primera interrogación contempla el supuesto de hecho en el que una persona física aporta a una entidad instrumentos de patrimonio que otorgan un porcentaje de participación igual o superior al 5%. Este caso no está afectado por la regla de división. En efecto, la misma solo recae sobre los instrumentos de patrimonio adquiridos mediante la entrega de otros *que no cumplan el requisito de la letra a) o, total o parcialmente al menos en algún ejercicio, el requisito a que se refiere la letra b) del apartado 1 del artículo 21 (subregla 1.ª del art. 21.4)*. Sin embargo, este resultado práctico contradice el espíritu y finalidad de la regla de división, por cuanto la transmisión de un instrumento de patrimonio como el contemplado, realizada por una persona física, tributaría plenamente por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Para superar la incongruencia, podría entenderse que la referida subregla 1.ª solamente versa sobre los instrumentos de patrimonio entregados por personas jurídicas, puesto que los requisi-

tos que en la misma se enumeran están establecidos por una norma del Impuesto sobre Sociedades, de manera tal que, por exclusión, los entregados por personas físicas, en todo caso, estarían afectados por la regla de división, esto es, dicha regla se aplicaría a todas las adquisiciones derivadas de entregas realizadas por personas físicas, cualesquiera que fueren las características de los instrumentos de patrimonio entregados, y a las derivadas de entregas realizadas por personas jurídicas, cuando no concurrieren los requisitos que habilitan la exención.

Esta interpretación sana la incongruencia, pero posiblemente levante la objeción de que la regla de división pivota sobre el antecedente de una operación en la que no se produjo integración de renta en la base imponible, ni en la del Impuesto sobre Sociedades ni tampoco en la *del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, de manera tal que la subregla 1.<sup>a</sup> versaría tanto sobre los instrumentos de patrimonio entregados por personas jurídicas como físicas y, consecuentemente, los entregados por estas últimas que reunieren los requisitos para disfrutar de la exención escaparían a la regla de la división.

## EJEMPLO 2

Aportación de instrumentos de patrimonio por persona física (porcentaje de participación superior al 5 %), obteniendo un porcentaje de participación en sede de la beneficiaria superior al 5 %, valor fiscal: 80, valor de mercado: 92. Posterior transmisión por parte de la beneficiaria de los instrumentos de patrimonio por valor de 103.

- Renta positiva diferida: 12 (92 – 80). Esta renta no se integró en la base imponible de la persona física aportante (art. 87).
- Renta positiva derivada de la transmisión de la participación: 23 (103 – 80). Esta renta estará exenta por aplicación del artículo 21.3, excepto si prevalece la interpretación restrictiva de la regla de división, anteriormente formulada.

Ciertamente, cuando la persona física transmita la participación recibida como contraprestación de la aportación, lucirá la renta positiva diferida, pero no es realista pensar que tal transmisión se produzca. La transmisión en cuestión se producirá en sede de la entidad y no del socio, por motivos fiscales.

El supuesto descrito no es sino una manifestación parcial de la distorsión que se produce en un sistema fiscal que trata realidades iguales de manera diferente según que las mismas se concreten en sede de personas físicas o jurídicas. Así, las rentas positivas derivadas de la transmisión de participaciones significativas están exentas en el Impuesto sobre Sociedades, pero tributan en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. La huida del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

es una conducta previsible, como en su día lo fue la conducta inversa por causa de los denominados coeficientes de abatimiento de la Ley 18/1991, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

### EJEMPLO 3

Empresa cuyo titular es una persona física, valor: 80; aportación de rama de actividad a la entidad en la constitución por valor de mercado de 92 (acogida al art. 87); aportación de la participación significativa a la entidad en constitución por valor de mercado de 92 (acogida al art. 87); ulterior transmisión de la participación, transcurrido más de un año, a terceros por 103.

- Caso 1.º Transmite la participación la persona física: 23 (103 – 80), renta positiva que tributa plenamente por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
- Caso 2.º Transmite la participación la entidad: 23 (103 – 80), renta positiva que está exenta por el Impuesto sobre Sociedades.

La exención de las rentas positivas derivadas de la transmisión de participaciones significativas en el Impuesto sobre Sociedades, unida a su plena tributación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, determina que, ante la eventualidad de una transmisión de la empresa o rama de actividad, la posición más idónea desde el punto de vista fiscal sea la ubicación de la misma en sede de una entidad que, a su vez, esté participada por otra entidad, esto es, una estructura típicamente *holding*, a los efectos de residenciar la transmisión, y por ende la renta positiva, en sede de la entidad *holding*, en lugar de hacerlo en sede de la entidad operativa o de la persona física.

La legitimidad de toda estrategia fiscal, y por tanto también de la apuntada, puede ser debatida, pero de lo que no hay duda es de que la examinada se construye con los mimbres que procura la tributación dispar de las rentas positivas derivadas de la transmisión de plusvalías significativas en el Impuesto sobre Sociedades y en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

La segunda interrogación contempla el caso de un descenso del porcentaje de participación como consecuencia de una operación de fusión o de canje amparada en el capítulo VII del título VII. En tal caso, lo apropiado sería aplicar la regla de división respecto de la parte de renta positiva constituida por la diferencia entre el valor de mercado de los instrumentos de patrimonio entregados con ocasión de la operación y su valor fiscal. En efecto, así se preservaría la neutralidad del régimen de fusiones y operaciones asimiladas del capítulo VII del título VII.

No parece, sin embargo, que el criterio precedente, que en su día anidó en el artículo 30.2 del TRLIS, halle acogida en el artículo 21.4 a), ni en ningún otro.



#### EJEMPLO 4

Canje de valores con porcentaje de participación del 6,3 %; valor fiscal: 80; valor de mercado: 92, por otros con porcentaje 3,2 % (acogido al art. 86); posterior transmisión de estos últimos por 103.

- Renta positiva diferida: 12 (92 – 80).
- Renta positiva total: 23 (103 – 80). Esta renta tributa plenamente.

## 1.2. TRANSFERENCIA CONTRACTUAL DE RENTAS

La entidad perceptora del dividendo o la participación en beneficios puede estar obligada contractualmente a entregar su importe a otra persona o entidad. En tal caso, el derecho a aplicar la exención, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, queda residenciado en la segunda entidad, esto es, la beneficiaria efectiva.

El preámbulo de la Ley 27/2014 indica que esta regulación versa sobre el *préstamo de valores* y determinadas operaciones de *venta con pacto de recompra de acciones o equity swap*, siendo el denominador común de todas ellas que el receptor jurídico de los dividendos o participaciones en beneficios tiene que restituirlos a su *titular económico*. En todos estos casos el instrumento de patrimonio es objeto de una transmisión, pero dentro del tiempo pactado deberá realizarse otra transmisión entre las mismas partes sobre el mismo instrumento de patrimonio u otro de la misma especie y calidad, de sentido inverso, y de ahí que se hable, tal vez impropiaemente, pero con gran expresividad, de titularidad económica. Si durante la vida de la operación se produce el pago de un dividendo, será el prestatario, en cuanto titular del instrumento de patrimonio, quien lo perciba, pero deberá compensar al antiguo propietario, lo que implica que el importe de dicho dividendo *deba ser objeto de entrega*.

La disposición adicional segunda.2 de la Ley 62/2003 reguló, por vez primera, el régimen fiscal del préstamo de valores, concediendo la exención o deducción al prestatario. La Ley 27/2014, por el contrario, la concede al prestamista. Del mismo modo, en el caso de una transmisión con pacto de recompra, la concede a la entidad que transmite y que está obligada a efectuar la recompra.

Es requisito de la exención que la entidad prestamista o, en general, la entidad que transmite los valores mediando un pacto de recompra *conservar el registro contable* de los mismos. La expresión legal es ambigua, pues podría entenderse referida tanto a la titularidad de la anotación en cuenta relativa al valor como a la contabilización del mismo como elemento de su activo. Este segundo sentido es el apropiado, pues el primero iría en contra de la naturaleza de la operación.

Simplemente, lo que exige este requisito es que la operación se haya contabilizado atendiendo a su fondo, de acuerdo con las normas contables, de manera tal que el valor luzca en las cuentas del titular económico.

Igualmente, es requisito de la exención que la entidad que pretende aplicarla pruebe que el dividendo haya sido percibido por *la otra entidad contratante*, esto es, la entidad prestataria o, en general, la entidad que adquirió los valores, esto es, la otra parte contratante o, alternatively, por una entidad del mismo grupo, en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, sea de la entidad que adquiere o de la que transmite. El requisito trata de asegurar que la exención se proyecte sobre una renta que, efectivamente, tiene la naturaleza de dividendo, habida cuenta de que el titular económico puede recibir de la otra parte contratante pagos correspondientes a otros conceptos.

Por tanto, cuando la entidad prestataria o, en general, la entidad que adquirió los valores, los transmite a un tercero y este percibe los dividendos, no habrá lugar a la exención en sede de la entidad que inicialmente transmitió los valores y que los volverá a adquirir de acuerdo con las estipulaciones contractuales. Podrá haberla, bajo el cumplimiento de los requisitos, en sede de la entidad perceptora de los dividendos. Mas si esta, a su vez, estuviera ligada por un pacto de entrega de los dividendos, no podrá aplicar la exención, pero sí podrá hacerlo la entidad que, finalmente, sea perceptora de esos dividendos.

En fin, para disfrutar de la exención, deben cumplirse los requisitos generales. Estos requisitos se determinarán tomando en consideración que el prestamista es el titular económico.

### EJEMPLO 5

Préstamo de valores remunerado con una cantidad porcentual sobre el valor nominal, debiendo el prestatario transferir los dividendos. La participación prestada otorga un porcentaje del 3,2 %, y el prestamista tiene otros instrumentos de patrimonio del mismo emisor que otorgan un porcentaje del 2,4 %.

Los dividendos percibidos directamente, más los transferidos por el prestatario dan derecho a la exención.

## 1.3. LA ENTIDAD PATRIMONIAL

La renta positiva derivada de la transmisión de la participación en una *entidad patrimonial*, en el sentido del artículo 5.2, no está exenta en su totalidad, sino solamente en la parte que se

corresponda con *un incremento neto de los beneficios no distribuidos generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación* [art. 21.5 a)].

El artículo 5.2 caracteriza la entidad patrimonial tomando materiales procedentes de la antigua transparencia fiscal interna, que más tarde fueron recogidos por el artículo 4.Ocho.Dos de la Ley 19/1991, en relación con la sociedad patrimonial.

Entidad patrimonial es, en síntesis, la que, por la composición mayoritaria de su activo, no tiene por objeto prioritario la realización de actividades económicas, por cuanto *más de la mitad de su activo esté constituido por valores o no esté afecto... a una actividad económica*.

La definición de la entidad patrimonial, más allá de las bien conocidas dificultades que en su momento suscitó la configuración de la sociedad transparente o de la sociedad patrimonial, es puramente objetiva pues, en efecto, pivota sobre la naturaleza o destino de los elementos que componen su activo. Es una definición, por otra parte, autónoma, en el sentido de que no precisa de ninguna otra norma, si se exceptúa la mención a la *sociedad de valores*. Esta objetividad y autonomía facilitará su aplicación respecto de las entidades no residentes en territorio español.

Una entidad *holding* no será necesariamente una entidad patrimonial, pues no se computan como valores los que otorguen una participación no inferior al 5%, y se mantengan al menos un año, bajo una organización de medios humanos y materiales destinados a dirigir y gestionar la participación que aquellos valores otorguen, siempre que no hubieren sido emitidos por entidades que, a su vez, tengan la consideración de patrimoniales. Por tanto, la tenencia estable y organizada de participaciones significativas sobre entidades dedicadas a la realización de actividades económicas, no perturba la aplicación plena de la exención de dividendos y plusvalías de cartera. Por el contrario, la tenencia de otros activos financieros o de activos no afectos a la realización de actividades económicas calificará a la entidad como patrimonial y la exención de las rentas positivas se aplicará con la restricción mencionada.

#### EJEMPLO 6

Entidad cuyo activo está formado por elementos afectos a una actividad empresarial, valor: 40 millones, y por acciones cotizadas, valor: 60 millones; beneficios acumulados durante el tiempo de tenencia de la participación: 90 millones (54 proceden de la actividad empresarial y 36 de los valores); transmisión de la participación obteniendo una renta positiva de 103 millones.

La sociedad es patrimonial.

- La renta positiva exenta es 90 millones.
- Los dividendos percibidos están exentos.

Esta limitación no afecta a la entidad patrimonial, la cual aplicará la exención de dividendos y plusvalías al modo en como lo hacen las restantes entidades, sino a la plusvalía derivada de la transmisión de la participación sobre la misma. Esta especialidad consiste en que la exención se aplica solamente respecto de aquella parte de la plusvalía que se corresponda con beneficios acumulados durante el tiempo de tenencia de la participación. El importe de la renta exenta podrá ser igual o inferior a dicho beneficio, pero no superior. Así, la porción de plusvalía imputable a un precio de adquisición por debajo del valor según libros o a un precio de transmisión por encima de dicho valor no disfrutará de exención.

### EJEMPLO 7

Valor de adquisición del 100 % de la sociedad patrimonial: 32; valor según libros en la adquisición: 40; valor según libros en la transmisión: 70; valor de transmisión: 103 (no ha habido aportaciones ni devolución de las mismas).

- Renta positiva: 71 (103 – 32).
- Beneficios acumulados durante el tiempo de tenencia de la participación: 30 (70 – 40).
- Renta positiva exenta: 30.

El efecto práctico de esta especialidad limitativa es provocar doble imposición en relación con las plusvalías latentes en los activos de la entidad patrimonial. En efecto, estas plusvalías se gravarán en un momento posterior en sede de la entidad patrimonial pero, al estar descontadas en el precio de adquisición, no contribuirán a determinar una plusvalía en caso de una eventual transmisión de la participación sobre la entidad patrimonial, y no habrá lugar a la exención, de manera tal que la misma plusvalía se grava dos veces, la primera con ocasión de la transmisión de la participación sobre la entidad patrimonial, y la segunda en el momento de la transmisión del activo en sede de la entidad patrimonial, sin que exista ningún mecanismo de compensación.

Esta limitación incitará a la realización de las plusvalías latentes antes de la transmisión de la participación sobre la entidad patrimonial, al objeto de determinar *beneficios no distribuidos generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación*.

También incitará a desalojar de la entidad patrimonial a las organizaciones empresariales que pudiera albergar, lo que podría llevarse a efecto por distintas vías, tales como la aportación de rama de actividad o la escisión total, al efecto de evitar la limitación.

### EJEMPLO 8

Entidad cuyo activo está formado por elementos afectos a una actividad empresarial, valor: 40 millones, y por acciones cotizadas, valor: 60 millones; aportación de la rama de actividad (acogida al capítulo VII del título VII); transmisión de la participación sobre la entidad operativa generando una plusvalía igual al fondo de comercio latente en la organización empresarial; transmisión de la participación sobre la entidad patrimonial generando una plusvalía igual a los beneficios acumulados durante el tiempo de la participación.

- La renta positiva derivada de la transmisión de la participación sobre la entidad operativa está exenta.
- La renta positiva derivada de la transmisión de la participación sobre la entidad patrimonial está exenta por coincidir con los beneficios acumulados.

Si no se hubiera procedido a separar, mediante la aportación, los activos empresariales de los puramente patrimoniales, el valor del fondo de comercio hubiera tenido reflejo en la renta positiva derivada de la transmisión de la participación sobre la entidad previa a la aportación, sin disfrutar de exención. ¿Podría tacharse a esa separación de no estar impulsada por motivos económicos válidos, sino, antes bien, de perseguir la obtención de una ventaja fiscal? ¿Es una ventaja fiscal configurar la tenencia de activos bajo formas jurídicas apropiadas en orden a no padecer la limitación del artículo 21.5 a)?

Queden ahí las interrogantes.

#### 1.4. LA ENTIDAD AFECTADA POR LA TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL

La exención no se aplica respecto de las plusvalías derivadas de *la transmisión de la participación, directa o indirecta, en una entidad que cumpla los requisitos establecidos en el artículo 100 de esta ley, siempre que, al menos, el 15% de sus rentas queden sometidas al régimen de transparencia fiscal internacional.*

La norma admite dos interpretaciones. Por la primera, la limitación se aplica cuando existe una obligación de tributar por el régimen de transparencia fiscal internacional. Por la segunda, la limitación se aplica cuando las rentas de la entidad concernida sean de aquellas que están tipificadas como susceptibles de imputación en régimen de transparencia fiscal, aun cuando no exista obligación de tributar por dicho régimen. En los dos casos, claro está, teniendo en cuenta el umbral del 15%.

La literalidad de la norma lleva a la primera interpretación. La expresión *queden sometidas al régimen de transparencia fiscal* es bien significativa. Las rentas han de estar *sometidas*, no simplemente ser susceptibles de imputación. La interpretación puramente histórica basada en la literatura del antiguo artículo 21 del TRLIS, apunta hacia la segunda.

La primera interpretación tiene el inconveniente de producir resultados distintos ante la misma realidad económica de la entidad concernida, según cuál sea la residencia de sus socios. Así, si los socios no residentes controlan más de 85 %, no operará, por cuanto no habrá rentas sometidas al régimen de transparencia fiscal internacional en, al menos, un 15 %, y sí lo hará, inversamente y por la misma razón, cuando el control de los **socios** no residentes sea inferior. La segunda supera este inconveniente. En efecto, en ella lo que decide es la realidad económica de la entidad concernida, configurada a través de la naturaleza de las rentas que obtiene, con independencia de la residencia de sus socios. Sin embargo, la limitación por razón de la realidad económica de la entidad participada ya está cubierta por la apelación a la entidad patrimonial.

Por tanto, parece más adecuada la primera interpretación. Ya en su ámbito, cabe inquirir si la limitación afecta a todos los socios de la entidad transparente o solo a aquel o aquellos que ostentan una participación igual o superior al 15 %. La literalidad de la norma apunta a todos los socios.

La inaplicación de la exención no impide la aplicación de las normas del régimen de transparencia fiscal internacional que asignan el denominado valor de titularidad, esto es, que aumentan el valor de la participación transmitida en el importe de los beneficios sociales imputados no distribuidos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 100.12.

En la práctica la inaplicación de la exención supondrá la tributación de las plusvalías latentes en sede de los activos de la entidad sujeta a transparencia fiscal internacional. En consecuencia, la transparencia fiscal internacional no supone ya, tan solo, el gravamen de los beneficios obtenidos por la entidad en cabeza de los socios, sino la doble imposición potencial de los mismos, primero bajo la forma de plusvalías y más tarde bajo la forma de beneficios realizados imputados.

### EJEMPLO 9

Beneficios no distribuidos de la entidad transparente: 80; valor adquisición de la participación: 20; valor de transmisión: 117; valor de la participación según libros: 100 (20 capital + 80 reservas); plusvalía latente en activos: 17 (117 – 100), la cual se realiza en un ejercicio posterior.

- Renta positiva en la transmisión: 97 (117 – 20).
- Valor de titularidad: 80.

.../...

.../...

- Renta positiva gravable: 17 (97 – 80).
- Renta positiva exenta: no.
- Renta imputada en ejercicio posterior: 17.

Puesto que la transparencia fiscal internacional se predica exclusivamente de las entidades no residentes en territorio español, la inaplicación de la exención solo puede versar respecto de las plusvalías derivadas de la transmisión de la participación en una entidad residente en el extranjero, lo cual podría suscitar alguna dificultad en relación con el Derecho de la Unión Europea. En efecto, la transmisión de una participación significativa en una entidad residente en territorio español podrá disfrutar de exención, y la de una entidad residente en el extranjero podrá no disfrutarla, aun cuando objetivamente las dos entidades sean iguales. No obstante, debe tomarse en consideración que la transparencia fiscal internacional no se aplica respecto de las entidades residentes en algunos Estados miembros de la Unión Europea, en los términos previstos en el artículo 100.16.

La **limitación** se refiere solo a las plusvalías, no a los dividendos, los cuales podrán estar exentos, bajo el cumplimiento de los requisitos generales. No obstante, los dividendos correspondientes a rentas imputadas en régimen de transparencia fiscal internacional no se integrarán en la base imponible, de acuerdo con lo previsto en el artículo 100.10. Se trata de una exención técnica que tiene por objeto evitar que la misma renta se grave dos veces.

Esta limitación estimulará la distribución de los beneficios acumulados antes de la transmisión de la participación, puesto que los mismos, bajo el cumplimiento de los requisitos generales, estarán exentos, en tanto que si se acumulan los beneficios se reflejarán en la renta derivada de la transmisión, la cual no estará exenta.

En fin, ya que las rentas afectas a la transparencia fiscal internacional tienen, básicamente, carácter pasivo, esto es, que no proceden de la realización de actividades económicas, esta limitación podría solaparse con la concerniente a las entidades patrimoniales. En efecto, en no pocos casos, la entidad cuyas rentas tributan en régimen de transparencia fiscal internacional podrá ser calificada como entidad patrimonial en el sentido del artículo 5.2 de la ley. En tal caso, por aplicación del principio de especialidad, se aplicará la restricción concerniente a la transparencia fiscal internacional.

## 2. RENTAS NEGATIVAS DERIVADAS DE LA TRANSMISIÓN DE LA PARTICIPACIÓN

Las rentas negativas derivadas de la transmisión de la participación se integran, con carácter general, en la base imponible. Esta es una de las principales características del método de exen-

ción de dividendos y plusvalías de cartera establecido por el artículo 21. Por excepción, en determinados supuestos no se computan las rentas negativas:

- Rentas negativas en transmisiones internas, esto es, entre entidades del mismo grupo mercantil (art. 11.10).
- Rentas negativas en transmisiones a terceros precedidas de rentas positivas internas (art. 21.6).
- Rentas negativas precedidas de dividendos o participaciones en beneficios (art. 21.7).
- Rentas negativas en las transmisiones de valores homogéneos [arts. 21.4 b) y 21.7].

## 2.1. RENTAS ENTRE ENTIDADES DEL MISMO GRUPO MERCANTIL

Es conveniente distinguir, de entrada, la función de los artículos 11.10 y 21.6, en relación con las rentas negativas derivadas de la transmisión de instrumentos de patrimonio.

El artículo 11.10 impide el cómputo de las pérdidas intragrupo y las lleva al momento de la transmisión a terceros, minoradas en el importe de la renta positiva habida en dicha transmisión, excepto si aquella renta tributa efectivamente a un tipo de gravamen de, al menos, un 10%.

El artículo 21.6 aminora la pérdida derivada de la venta a terceros de un instrumento de patrimonio en el importe de las rentas positivas previas exentas habidas en operaciones intragrupo relativas a ese instrumento de patrimonio.

### 2.1.1. Rentas negativas entre entidades del mismo grupo mercantil seguidas de rentas positivas en las transmisiones a terceros

De acuerdo con lo establecido en el artículo 11.10, las rentas negativas, derivadas de la transmisión de cualesquiera valores representativos de la participación en fondos propios de entidades, realizada entre entidades del mismo grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, se imputarán *en el periodo impositivo en que dichos elementos patrimoniales sean transmitidos a terceros ajenos al referido grupo de sociedades, o bien cuando la entidad transmitente o la adquirente dejen de formar parte del mismo.*

Por tanto, las rentas negativas se computan, pero no en el periodo impositivo en el que se realizó la transmisión interna, sino en aquel otro en el que los instrumentos de patrimonio son transmitidos a terceros, o bien en aquel en el que alguna de las entidades que han sido parte en la operación, o las dos, abandonan el grupo mercantil.

La renta negativa así diferida se computará en sede de la entidad que la padeció y no en la que transmite a terceros el instrumento de patrimonio.



La regla se aplica a todos los instrumentos de patrimonio. En consecuencia tanto a los que constituyen una participación significativa en el sentido del artículo 21, como a aquellos otros que no tienen esa consideración.

Esta regla es complementaria y auxiliar de la prevista en el artículo 13.2 b), la cual rechaza la deducción del deterioro de los valores representativos de la participación en el capital o en los fondos propios de entidades pues, en rigor, menguada diferencia existe, en términos económicos, entre el deterioro y la renta negativa intragrupo, cuando se contempla la situación desde la perspectiva del grupo mercantil.

Cuestión distinta es que pueda sostenerse que un impuesto que predica como sujeto pasivo a la persona jurídica y al resultado contable como elemento nuclear de la base imponible, no hubiera debido, ante un deterioro o una renta negativa de indudable efectividad, adoptar esta regla de diferimiento del quebranto, para llevarlo hasta el momento en el que se transmite la participación a terceros o se produzca un abandono del grupo mercantil por alguna de las dos entidades que intervinieron en la transmisión. Si la pérdida es efectiva, y así se reconoce contablemente, hay motivos para discrepar de la regla de diferimiento.

Ahora bien, las transmisiones entre entidades que forman parte del mismo grupo mercantil son delicadas, básicamente porque la comprobación de la adecuación del precio convenido al valor de mercado es una tarea extremadamente compleja y sujeta a severas incertidumbres.

Esta regla fue introducida en el TRLIS por la Ley 16/2013, de manera tal que puede decirse que forma parte del impulso reformador que ha culminado en la Ley 27/2014, pero esta última ha dado una vuelta de tuerca adicional, al establecer que las rentas negativas se computan *minoradas en el importe de las rentas positivas obtenidas en dicha transmisión a terceros*, excepto si el contribuyente prueba que dichas *rentas han tributado efectivamente a un tipo de gravamen de, al menos, un 10%*.

Por tanto, las rentas negativas diferidas no se computan, llegado el momento de la transmisión a terceros, en su integridad, sino que lo hacen minoradas en las rentas positivas obtenidas en dicha transmisión, en la medida en que concurra una tributación inferior al 10%, de manera tal que la renta negativa de la sociedad que realizó la transmisión interna debe ser recalculada a los efectos de su integración en la base imponible.

La renta negativa que se recalcula, a efectos de su integración en la base imponible, es la obtenida por la entidad que transmitió el instrumento de patrimonio en la operación interna. La renta que obtiene la entidad que realiza la transmisión frente a terceros no se recalcula, por más que, si es positiva, sirva para efectuar el recálculo de la renta negativa. Esa renta positiva podrá, o no, estar exenta, y si es obtenida por una entidad no residente en territorio español se regirá, a efectos fiscales, por las leyes del país en el que resida.

Puesto que las rentas positivas derivadas de la transmisión de la participación están exentas, bajo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 21, esa tributación del 10% solamente se presentará en caso de no concurrir tales requisitos o de aplicación de una legislación extranjera. En efecto, la tributación del 10% se predica respecto de la renta positiva derivada de la

transmisión del instrumento de patrimonio a terceros, pero sin hacer mención a que esa tributación ha de ser por el Impuesto sobre Sociedades, ni tan siquiera por un impuesto idéntico o análogo. Basta una tributación sobre la renta positiva en la transmisión a terceros de, al menos, un 10%.

La minoración de la renta negativa diferida en el importe de la renta positiva frente a terceros implica establecer la tributación sobre la renta negativa padecida por el grupo mercantil, por más que la liquidación pertinente se sitúe en sede de la entidad que sufrió la renta negativa en la transmisión interna. Se diría que el legislador ha extendido la lógica de la consolidación fiscal al supuesto que nos ocupa. Ahora bien, esta lógica es abandonada cuando la renta positiva frente a terceros sufre una tributación que se considera suficiente.

¿Es correcto seguir la lógica de la consolidación?

La consolidación representa de manera más idónea la verdadera realidad de las operaciones. En cuanto tal, parece que el legislador ha hecho una opción correcta.

¿Es correcto abandonar la lógica de la consolidación ante la tributación igual o superior al 10%? Para responder a esta pregunta ha de distinguirse si la renta positiva tributa por el Impuesto sobre Sociedades o lo hace por un impuesto extranjero a un tipo de gravamen no inferior al 10%.

Si tributa por el Impuesto sobre Sociedades, el efecto del abandono de la lógica de la consolidación es reconocer en cada una de las entidades intervinientes la renta, negativa y positiva, realmente obtenida por cada una de ellas, y gravarla por el Impuesto sobre Sociedades, de manera tal que el efecto recaudatorio es neutral. Si tributa por un impuesto extranjero, el efecto práctico es el mismo, aun cuando la renta positiva se grave por un impuesto extranjero, de manera tal que el efecto recaudatorio es también neutral, si bien tomando en consideración, conjuntamente, el Impuesto sobre Sociedades y el impuesto extranjero sobre el beneficio.

Por tanto, sí parece correcto abandonar la lógica de la consolidación, cuando existe una tributación significativa sobre la renta positiva.

Puesto que el tipo general de gravamen del Impuesto sobre Sociedades es del 25%, pudiera pensarse que existe un arbitraje fiscal del 15% ( $25\% - 10\%$ ), de manera tal que sería ventajoso situar la renta negativa en sede de una entidad residente en territorio español y la renta positiva en sede de una entidad no residente en territorio español. Ahora bien, cuando para consumir la ventaja fiscal sea preciso falsear el precio de la transacción interna, el arbitraje estará teñido de simulación en el precio.

### EJEMPLO 10

El grupo mercantil desea vender a terceros una participación en poder de la entidad A, residente en territorio español, valor de adquisición: 80, valor de transmisión: 92; A trans-

.../...

.../...

mite por 70 a B, entidad del grupo residente en el extranjero, quien transmite a un tercero, tributando al 10 %.

- Tributación planeada:  $-0,3 [-2,5 (70 - 80) \times 25 \% + 2,2 (92 - 70) \times 10 \%]$ .
- Tributación correcta:  $3 [5,5 (92 - 70) \times 25 \% - 2,5 (70 - 80) \times 25 \%]$  (si no hay exención del art. 21); 0 (si hay exención del art. 21).

La tributación correcta se alcanza mediante la aplicación del valor de mercado a la transacción interna.

Corresponde la prueba de la tributación de la renta habida en la transmisión a terceros a la entidad que reclama la no procedencia del recálculo de la renta negativa, siendo su objeto la tributación efectiva, no bastando con que la entidad que transmitió a terceros y obtuvo la renta positiva se halle sujeta a un impuesto sobre los beneficios o las plusvalías cuyo tipo de gravamen nominal sea igual o superior al 10 %. Nótese la diferencia del precepto que se comenta con el contenido en el artículo 21.1 b), donde se convoca al tipo *nominal* y se advierte de la irrelevancia de *algún tipo de exención, bonificación, reducción o deducción*.

Cuestión distinta es el alcance que haya de darse al término *efectivamente*. Así, el más exigente es que haya debido abonarse una deuda tributaria por causa de la renta positiva, y el menos que tal renta se haya integrado en la base imponible del impuesto de que se trate sin especialidad alguna.

Puede apreciarse que, mediando una transmisión a terceros realizada por una entidad del grupo mercantil residente en el extranjero, la tributación de la renta negativa diferida sufrida por una entidad residente en territorio español depende del régimen fiscal que a la renta positiva obtenida frente a terceros asigne la legislación extranjera.

### EJEMPLO 11

La entidad A adquiere una participación, valor de adquisición: 80; transmisión interna a B residente en Alemania por 72, posterior transmisión a terceros por 80, tributando al 30 %; alternativamente, esa transmisión está exenta.

- Renta negativa diferida:  $-8 (72 - 80)$ .
- Renta positiva en la transmisión a terceros:  $8 (80 - 72)$ .

.../...

.../...

- Renta positiva en la transmisión a terceros que minora la renta diferida negativa: 0 (alternativa 1.<sup>a</sup>); 8 (alternativa 2.<sup>a</sup>)
- Renta negativa diferida recalculada:  $-8$  (alternativa 1.<sup>a</sup>);  $0 (-8 + 8)$  (alternativa 2.<sup>a</sup>)
- Por tanto se integrará en la base imponible de A una renta negativa de  $-8$  (alternativa 1.<sup>a</sup>);  $0$  (alternativa 2.<sup>a</sup>).

Cuando los instrumentos de patrimonio se hubiesen transmitido a dos o más entidades del grupo mercantil, el recálculo de la renta negativa diferida deberá hacerse operación por operación, por cuanto cada transmisión de los mismos a terceros podrá estar sujeta a regímenes fiscales diferentes.

### EJEMPLO 12

La entidad A adquiere una participación, valor de adquisición: 80; transmisión interna a B residente en Alemania del 40 % por 28, a C residente en Polonia del 30 % por 21, y D residente en España del 20 % por 12. B transmite a terceros por 30 y tributa al 30 %; C transmite a terceros por 22 y tributa al 5 %, y D transmite a terceros por 17.

- Renta negativa diferida:  $-4 (28 - 32)$  B Alemania;  $-3 (21 - 24)$  C Polonia;  $-4 (12 - 16)$  D España.
- Renta positiva en la transmisión a terceros:  $2 (30 - 28)$  B Alemania;  $1 (22 - 21)$  C Polonia;  $5 (17 - 12)$  D España.
- Renta positiva en la transmisión a terceros que minora la renta diferida negativa: 0 B Alemania; 1 C Polonia; 4 D España (limitada a la pérdida de 4).
- Renta negativa diferida recalculada:  $-4 (-4 + 0)$  B Alemania;  $-2 (-3 + 1)$  C Polonia;  $0 (-4 + 4)$  D España.
- La renta negativa diferida recalculada es la que se integrará en la base imponible de la entidad A, en el periodo o periodos impositivos en los que se produzcan las transmisiones a terceros.

La renta positiva que minora el importe de la renta negativa diferida a efectos de su integración en la base imponible es la obtenida en la *transmisión a terceros*. Por tanto, las rentas positivas obtenidas en las sucesivas transmisiones internas no la minorarán.

### EJEMPLO 13

La entidad A adquiere una participación significativa, valor de adquisición: 80; transmisión interna a B por 72; transmisión interna a C por 76; transmisión interna a D por 73; transmisión interna a E por 79; transmisión a terceros por 80.

- Renta negativa interna diferida:  $-8 (72 - 80)$  A;  $-3 (73 - 76)$  C.
- Renta positiva interna exenta:  $4 (76 - 72)$  B;  $6 (79 - 73)$  D;  $1 (80 - 79)$  E.
- Renta negativa recalculada:  $-7 (-8 + 1)$  A;  $-3$  C.

Aun cuando la renta del grupo haya sido nula, el mandato del artículo 11.10 solamente permite neutralizar las rentas negativas diferidas en el importe de la renta positiva habida en la transmisión a terceros. Sin embargo, como más adelante se comentará, el artículo 21.6 permite neutralizar el resto de la renta negativa diferida. Basta para apoyar este criterio con asimilar la renta negativa diferida a la renta negativa obtenida en las transmisiones a terceros (véase ejemplo n.º 16).

#### **2.1.2. Rentas negativas en las transmisiones a terceros precedidas de rentas positivas en las transmisiones entre entidades del mismo grupo mercantil**

Las rentas positivas obtenidas en las transmisiones entre sociedades del mismo grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio se computan en el periodo impositivo en el que se realizan, a diferencia de lo que ocurre con las rentas negativas, y disfrutarán de exención si se cumplen los requisitos previstos en el artículo 21.

Las rentas negativas que, en su caso, pudieran concurrir en la ulterior transmisión de la participación se minorarán *en el importe de la renta positiva obtenida en la transmisión precedente y a la que hubiera sido aplicado un régimen de exención*.

El artículo indeterminado del texto precedente no es baladí. En efecto, *un régimen de exención* no es, tan solo, el régimen de exención del artículo 21 sino también cualesquiera otros regulados por las legislaciones fiscales foráneas aplicables por razón de la residencia de la entidad que transmitió la participación.

El texto en cuestión tiene su precedente en el artículo 21.4 del TRLIS, el cual ordenaba aminorar la renta negativa *en el importe de la renta positiva obtenida en la transmisión precedente y a la que hubiera sido aplicado la exención*. Este precepto, sin embargo, apuntaba, exclusivamente, a la exención del artículo 21 del TRLIS, pero no a cualquier otro régimen de exención foráneo.

La diferencia entre ambos textos, tal vez sutil, es palmaria. El artículo indeterminado, acompañado del sustantivo *régimen*, abre el espectro de las rentas positivas que deberán ser tomadas en consideración a los efectos de aminorar las rentas negativas, en la forma expuesta. En consecuencia, minorarán las rentas negativas:

- Las rentas positivas afectas a la exención del artículo 21.
- Las rentas positivas afectas a un régimen de exención de cualquier otro país, con independencia de que exista, o no, con el mismo un convenio para evitar la doble imposición.

Y no minorarán las rentas negativas:

- Las rentas positivas no afectas a la exención del artículo 21, cualquiera que hubiere sido el tipo de gravamen al que hubieren estado sujetas.
- Las rentas positivas no afectas a un régimen de exención de cualquier otro país, con independencia de que exista, o no, con el mismo un convenio para evitar la doble imposición, cualquiera que hubiere sido el tipo de gravamen al que hubieren estado sujetas.

Se notará también que la técnica para identificar la renta positiva interna que deberá aminorar la renta negativa no pasa por una tributación nominal o efectiva, sino por el disfrute, o no, de un régimen de exención, a diferencia de lo que acontece en el supuesto de la renta positiva posterior a la renta negativa interna, donde, como se ha expuesto, manda la tributación efectiva igual o superior al 10%.

#### EJEMPLO 14

Transmisión a terceros con renta negativa de 20, en las siguientes alternativas: renta positiva interna exenta por el artículo 21, 14; exenta de acuerdo con la legislación francesa, 9; tributando al 1 % según legislación extranjera, 4.

- Renta negativa después de la minoración: 6 (20 - 14); 11 (20 - 9); 20 (no hay minoración).

La renta positiva que se aplica a neutralizar la renta negativa es la habida en *la transmisión precedente*. La norma apunta, exclusivamente, a la renta positiva generada en la transmisión inmediatamente anterior a la realizada frente a terceros determinante de la renta negativa. Sin em-

bargo, casaría mejor con la finalidad de la norma tomar en consideración todas las rentas positivas habidas en las sucesivas transmisiones internas.

### EJEMPLO 15

Las entidades A, B, C y D forman parte del mismo grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio. A adquiere una participación por 71 y transmite por 72 a B, la cual transmite a C por 77, la cual transmite a D por 84, y esta a terceros por 70. Todas las rentas positivas han disfrutado de un régimen de exención.

- Renta negativa:  $-14 (70 - 84)$ .
- Renta negativa después de la minoración:  $-7 [(70 - 84) + (84 - 77)]$  (solo renta positiva en transmisión precedente).
- Renta negativa después de la minoración:  $-1 [(70 - 84) + (72 - 71) + (77 - 72) + (84 - 77)]$  (todas las rentas positivas internas).

¿Se puede entender esta norma como una concesión al criterio de que, mediando exención de plusvalías de cartera no se deben computar las minusvalías? Tal vez sí. En todo caso, lo que sí permite es desgranar, tomando en consideración el artículo 11.10 anteriormente examinado, una reflexión, a saber, que mientras el instrumento de patrimonio circule en el interior de un grupo, las rentas, positivas o negativas, que se produzcan no determinan efecto fiscal alguno. El efecto se produce cuando el instrumento de patrimonio se transmite a terceros.

### EJEMPLO 16

La entidad A adquiere una participación significativa, valor de adquisición: 80; transmisión interna a B por 72; transmisión interna a C por 76; transmisión interna a D por 73; transmisión interna a E por 79; transmisión a terceros por 80. Las rentas positivas disfrutaron de un régimen de exención.

- Renta negativa interna diferida:  $-8 (72 - 80)$  A;  $-3 (73 - 76)$  C.
- Renta positiva interna exenta:  $4 (76 - 72)$  B;  $6 (79 - 73)$  D;  $1 (80 - 79)$  E.
- Renta negativa recalculada:  $-7 (-8 + 1)$  A;  $-3$  C (art. 11.10).
- Renta negativa minorada:  $0 [(-7 - 3) + 4 + 6]$  (art. 21.6).

## 2.2. RENTAS NEGATIVAS POSTERIORES A DIVIDENDOS O PARTICIPACIONES EN BENEFICIOS

Los dividendos y participaciones en beneficios que *no hayan minorado el valor de adquisición* de la participación y *que hayan tenido derecho a la aplicación de la exención* minoran las rentas negativas derivadas de la transmisión de la participación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21.7.

Para comprender el significado de este precepto hay que recordar que el dividendo distribuido por una entidad puede tener para la entidad perceptora la consideración de fruto o de recuperación de la inversión. Del mismo modo, la reducción del capital o de prima de emisión puede tener para la entidad perceptora la consideración de recuperación del capital pero, eventualmente, la de fruto. Un dividendo que tiene la consideración de recuperación de la inversión en sede de la entidad perceptora no debería disfrutar de exención. Sencillamente, porque no genera un ingreso financiero. La percepción de cantidades con cargo a reducción de capital con devolución de aportaciones o de la distribución de la prima de emisión no debería motivar la exención, aun cuando fuere un fruto, por cuanto no se presenta la doble imposición. Del mismo modo, y por la misma razón, no debería dar derecho a la exención la distribución de cantidades con cargo a reservas nutridas mediante la reducción de capital o prima de emisión.

Las conclusiones precedentes pueden ser mantenidas atendiendo al espíritu y finalidad del artículo 21.

Si el contribuyente ha contabilizado como un ingreso lo que, realmente, es una recuperación de valor de la inversión, la futura renta derivada de la transmisión de la participación estará distorsionada. Si esta renta es negativa, la regla transcrita endereza dicha distorsión, y si es positiva la exención se aplica sobre un importe menor. En los dos casos la distorsión, por tanto, queda regularizada, excepto si la renta positiva no tuviere derecho a la exención por no cumplirse los requisitos previstos.

La técnica de aminorar la renta negativa en el importe del dividendo exento, en unión a la exención de las rentas positivas o plusvalías de cartera, permite prescindir de todas las complejas reglas que el antiguo artículo 30.4 del TRLIS dedicaba a la identificación de aquellos dividendos que, en realidad, no eran sino recuperación del valor de inversión, a los efectos de expulsarlos de la deducción para evitar la doble imposición de dividendos

¿Se sigue de lo dicho que aquellos dividendos que, realmente, son recuperación del valor de la inversión pueden disfrutar de la exención? Ya se ha sugerido que no.

En efecto, la exención versa sobre el dividendo o participación en beneficios que constituye un ingreso financiero para su perceptor, pero no sobre el dividendo en sentido objetivo. En el plano de las realidades prácticas, si un dividendo que no es ingreso financiero para su perceptor se contabiliza como tal, y no como menor valor de la inversión en el sentido de las normas contables, ese dividendo podrá disfrutar de la exención pero, finalmente, tal irregularidad será corre-



gida mediante la minoración de la renta negativa o la aplicación de la exención sobre una renta positiva menor. En cierto modo, la norma de minoración de la renta negativa en el importe del dividendo exento implica una suerte de regularización respecto de la aquella porción de la misma que deriva del dividendo contabilizado incorrectamente como ingreso.

### EJEMPLO 17

Distribución de reservas existentes en el momento de la adquisición, importe 70; valor de adquisición: 80; valor de transmisión: 25.

- Alternativa 1.<sup>a</sup> Contabiliza como ingreso.
- Dividendo exento: 70.
- Renta negativa:  $-55$  ( $25 - 80$ ).
- Renta negativa minorada:  $0$  ( $-55 + 55$ ).
- Alternativa 2.<sup>a</sup> Contabiliza como recuperación del valor de la inversión.
- Dividendo exento:  $0$  (no hay dividendo).
- Renta positiva:  $15$  ( $25 - 80 + 70$ ). Esta renta está exenta.

Puede apreciarse que, cualquiera que haya sido la forma en como se contabilizó el dividendo, la solución fiscal es la misma.

¿Puede disfrutar de la exención aquel dividendo o participación en beneficios que se contabiliza como menor valor de la inversión? Ya se ha sugerido que no.

No obstante, podría sostenerse lo contrario con base en el último inciso del artículo 21.2.1.º, que considera dividendos o participaciones en beneficios a los derivados de valores representativos del capital o de los fondos propios, *con independencia de su consideración contable*, de manera tal que, aun cuando contablemente se tratara de una minoración del valor de la inversión, procedería la exención. También podría sostenerse lo contrario con el inciso final del artículo primer párrafo del 21.7, que se refiere a los *dividendos o participaciones en beneficios (que) no hayan minorado el valor de adquisición*, interpretado en sentido inverso y, en fin, en la comparación con la literatura del TRLIS cuyo artículo 30 exigía expresamente que *entre las rentas del sujeto pasivo se computen dividendos o participaciones en beneficios*, siendo así que el artículo 21 no efectúa tal precisión.

Todos estos argumentos no son convincentes. Si el dividendo o la participación en beneficios ha sido contabilizado como minoración del valor de la inversión, no ha influido, a través del

resultado financiero, en el resultado contable y, por tanto, no se ha integrado en la base imponible, y de ahí que la exención sea ilusoria. La renta exenta es, por definición, aquella que, de no mediar la norma de exención, hubiera tributado.

¿Debe aminorarse la renta negativa derivada de la transmisión de la participación solamente cuando haya sido provocada por la distribución del dividendo **exento**?

El artículo 21.7 no establece distinción alguna. Por tanto, la renta negativa debe aminorarse cuando esté precedida de un dividendo exento que no haya aminorado el valor de adquisición de la participación.

Supuesto que la entidad hubiere contabilizado correctamente el dividendo como un ingreso financiero, por cuanto se trata de un fruto y no de la recuperación del valor de la inversión, la renta negativa es debida a la variación del valor de mercado de la participación. En consecuencia, neutralizar la renta negativa en el importe del dividendo exento tendría por efecto anular la exención.

### EJEMPLO 18

Adquisición en bolsa por 25 millones de una participación; dividendo 1 millón; transmisión por 22 millones, tres años después.

- Dividendo exento: 1.
- Renta negativa: 3 (22 - 25).
- Renta negativa minorada: 2 (3 - 1).

La entidad tributa sobre la renta que realmente obtuvo, esto es, una pérdida de 2, pero el dividendo proviene de un beneficio que ha tributado en sede de la entidad que lo distribuyó.

Cuestión distinta es que, de *lege ferenda*, se pueda postular el no cómputo de las rentas negativas, cuando las rentas positivas están exentas.

## 2.3. RENTAS EN TRANSMISIONES SUCESIVAS DE VALORES HOMOGÉNEOS

Cuando una entidad obtenga rentas positivas y negativas derivadas de las operaciones realizadas con valores homogéneos, la exención de las primeras y el cómputo de las segundas están sometidos a restricciones.

Así, las rentas positivas exentas se aminoran en el importe de las rentas negativas previamente computadas [art. 21.4 b)], y las rentas negativas se computan aminoradas en el importe de las rentas positivas que previamente disfrutaron de exención (art. 21.7, segundo párrafo).

### EJEMPLO 19

Se realizan las siguientes operaciones sobre instrumentos de patrimonio homogéneos: renta negativa 30, renta negativa 40, renta positiva 22, renta positiva 55, renta positiva 14, renta negativa 23.

- Renta negativa 30, se computa; renta negativa 40, se computa; renta positiva 22, no está exenta; renta positiva 55, está exenta hasta 7 [(55 - (30 + 40 - 22))]; renta positiva 14, está exenta; renta negativa 23, se computa hasta 2 (23 - 7 - 14).

Puede observarse que el efecto práctico de los preceptos aludidos es computar en la base imponible la renta negativa neta, esto es, el saldo de las rentas positivas y negativas, o declarar exenta la renta positiva neta.

¿Se puede entender esta norma como una concesión al criterio de que no deben computarse las rentas negativas cuando las positivas están exentas? En parte sí, porque su efecto práctico es que las rentas negativas no se computan si hay rentas positivas exentas, y estas no quedan exentas si hay rentas negativas.

La norma solamente se aplica respecto de las rentas procedentes de las transmisiones de *valores homogéneos*. El artículo 8 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas considera valores homogéneos a los *procedentes de un mismo emisor... que formen parte de una misma operación financiera o respondan a una unidad de propósito, incluida la obtención sistemática de financiación, sean de igual naturaleza y régimen de transmisión, y atribuyan a sus titulares un contenido sustancialmente similar de derechos y obligaciones*. Dos rasgos caracterizan, fundamentalmente, a los valores homogéneos, a saber, que proceden del mismo emisor y que incorporan derechos similares.

El régimen de las rentas, positivas y negativas, de los valores homogéneos supone una notable excepción al régimen general, pero de reducidísimo campo de aplicación por cuanto solo versa sobre las rentas derivadas de operaciones realizadas con valores del mismo emisor. Se trata, además, de un régimen del que los grupos mercantiles pueden escapar fácilmente, mediante la disgregación de las operaciones sobre un mismo valor entre las distintas entidades que lo forman.

La restricción, tanto de la exención como del cómputo de la renta negativa, hubiera tenido un impacto más amplio si se hubiera proyectado sobre todo tipo de valores o, al menos, sobre los cotizados en mercados regulados y, al tiempo, se hubiera referido a los grupos mercantiles.

### 3. EL RÉGIMEN TRANSITORIO

La disposición transitoria vigésima tercera de la Ley 27/2014 regula el *régimen transitorio en el Impuesto sobre Sociedades de las deducciones para evitar la doble imposición*. Aunque no es la única norma transitoria que trae su causa de la nueva regulación de los dividendos y plusvalías de cartera establecida en el artículo 21, sí es la de mayor proyección.

La norma transitoria consta de cinco apartados. El relevante en relación con el régimen de dividendos y plusvalías previsto en el artículo 21 es el primero.

El mandato que establece la norma transitoria versa sobre los dividendos y plusvalías imputables a participaciones adquiridas *en periodos impositivos iniciados, en el transmitente, con anterioridad a 1 de enero de 2015*. Tratándose de periodos impositivos coincidentes con el año natural, la norma transitoria versa sobre las adquisiciones efectuadas en 2014 y anteriores.

Es claro que los dividendos y plusvalías de cartera imputables a estas participaciones podrán disfrutar de la exención prevista en el artículo 21, en cuanto rentas devengadas en periodos impositivos en los que el mismo tiene vigencia. En este sentido, el primer párrafo del apartado 1 de la norma transitoria establece que los dividendos procedentes de *entidades residentes en territorio español* disfrutarán del régimen de exención del artículo 21 siempre que, claro está, concurren los requisitos previstos en el mismo.

Sería desafortunada una lectura que, por exclusión, postulara negar la aplicación del artículo 21 a los dividendos procedentes de entidades no residentes en territorio español, o a las plusvalías imputables a valores de entidades residentes o no en territorio español, correspondientes a participaciones adquiridas en 2014 y anteriores. Estos dividendos, y esas plusvalías también tendrán derecho al régimen de exención previsto en el artículo 21, bajo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el mismo.

La enjundia de la normativa transitoria descansa en el segundo párrafo del apartado 1, relativa a dividendos en los que concurren los requisitos del artículo 21, procedan de participaciones adquiridas en 2014 y anteriores, y revistan una especialidad consistente en hallarse implícitos en el precio de adquisición de la participación.

En síntesis, y como se justificará debidamente, puede afirmarse que la norma transitoria prolonga en el tiempo el régimen establecido por el TRLIS respecto de *la distribución de dividendos o participaciones en beneficios que se corresponda con una diferencia positiva entre el precio de adquisición de la participación y el valor de las aportaciones de los socios*. ¿Qué dividendos son estos? Desde luego, todos aquellos que no deben contabilizarse como ingresos, de acuerdo con lo previsto en el Plan General de Contabilidad, porque son superiores a los beneficios generados a partir de la adquisición de la participación y, por tanto, *proceden inequívocamente de resultados generados con anterioridad a la fecha de adquisición*, pero también los repartidos con cargo a beneficios generados después de la adquisición de la participación y que se hallaban implícitos en el precio pagado.

La *diferencia positiva* aludida cubre a los dos tipos de dividendos mencionados. En efecto, esa diferencia comprende las reservas existentes en el momento de la adquisición de la participación más los beneficios que se generen con posterioridad, hasta el momento en que sumados con las aportaciones de los socios existentes en el momento de la adquisición de la participación alcanzan al precio de adquisición.

Por tanto, la norma transitoria se aplicará cuando el precio de adquisición de la participación exceda del importe de las aportaciones realizadas por los socios existentes en el momento de adquisición de la participación, y se proyectará sobre todos los dividendos que se vayan percibiendo hasta que la suma de sus importes alcance el de la *diferencia positiva*.

El TRLIS regulaba la deducción para evitar la doble imposición de este tipo de dividendos en los apartados 4 y 6 del artículo 30, según redacción de la Ley 16/2013. El apartado 4 se refería a los dividendos que no tenían la consideración contable de ingresos, por cuanto se habían repartido con cargo a beneficios existentes en el momento de la adquisición de la participación, y el apartado 6 a aquellos otros que, contabilizados como ingresos por así establecerlo las reglas contables, realmente no eran tales ingresos, por estar implícitos en el precio de adquisición de la participación, siendo el mandato idéntico en ambos casos:

- El dividendo no se integra en la base imponible, sea porque no se contabiliza como ingreso (apdo. 4) o porque así lo establece expresamente la norma (apdo. 6) y, consecuentemente, aminora el valor de la participación, sea por efecto del registro contable (apdo. 4) o porque así lo establece expresamente la norma (apdo. 6)
- Ha lugar a la deducción para evitar la doble imposición, cuando quedare probada la tributación de las plusvalías de cartera o rentas positivas obtenidas por las personas o entidades que sucesivamente transmitieron la participación de la que proceden los dividendos.

Pues bien, el régimen establecido en la norma transitoria para este tipo de dividendos, en cuanto procedentes de participaciones adquiridas en 2014 y anteriores, y en los que concurren los requisitos del artículo 21, es el siguiente:

- Los dividendos no *tienen la consideración de renta*, de manera tal que no se integran en la base imponible, y aminoran el *valor fiscal de la participación*. Algunos de estos dividendos se registrarán contablemente como minoración del valor de la cartera, otros no, pero todos ellos, a efectos fiscales, reducen el valor fiscal de adquisición de la participación.
- Ha lugar *una deducción del 100% de la cuota íntegra que hubiera correspondido a dichos dividendos o participaciones*. No obstante, cuando la entidad de la que se adquirió la participación hubiere acogido la renta positiva obtenida a la deducción por reinversión del artículo 42 del TRLIS, *la deducción será del 18% del importe del dividendo o de la participación en beneficios*.

Naturalmente, la aplicación de ese régimen fiscal está supeditada a la prueba de la tributación de las plusvalías o rentas positivas obtenidas por las personas o entidades que sucesivamente transmitieron la participación, en una cantidad equivalente a los dividendos percibidos, sin que mediara, en el caso de las entidades, la deducción para evitar la doble imposición de plusvalías del artículo 30.5 del TRLIS. Por tanto, si hubiere mediado esa deducción, los dividendos distribuidos con cargo a los beneficios acumulados que la propiciaron no darán lugar a la aplicación del régimen transitorio.

También lo está a que se cumplan los requisitos del artículo 21, de manera tal que solo procede en relación con participaciones significativas mantenidas más de un año, en los términos del apartado 1 del mismo.

En fin, este régimen transitorio solo es aplicable respecto de los dividendos y participaciones en beneficios procedentes de entidades residentes en territorio español.

### EJEMPLO 20

Participación: 100 %; precio de adquisición: 100, fecha adquisición: 2014; fondos propios participada: capital 10, prima de emisión 10; dividendos: 10 (2015), 20 (2016), 40 (2017); 18 (2018); transmisión de la participación en 2019, precio 22. La participación fue adquirida a una entidad jurídica que integró en la base imponible la plusvalía obtenida.

- 2015: 10 (no integrado en base imponible, menor valor participación); 2,8 (deducción).
- 2016: 20 (no integrado en base imponible, menor valor participación); 5 (deducción).
- 2017: 40 (no integrado en base imponible, menor valor participación); 10 (deducción).
- 2018: 10 (no integrado en base imponible, menor valor participación); 2,5 (deducción).
- 2018: 8 (exención, no menor valor participación).
- 2019: 2 ( $22 - [100 - (10 + 20 + 40 + 10)]$ ), exenta.

### EJEMPLO 21

Ídem anterior, pero existiendo reservas, 7, en la entidad participada en el momento de adquirir la participación, las cuales fundamentaron la aplicación del artículo 30.5 del TRLIS.

- 2015: 10 (no integrado en base imponible, menor valor participación); 0,84 ( $10 - 7/28$  %).
- Resto, igual.

La norma transitoria nada establece en relación con las rentas negativas derivadas de la transmisión de la participación cuyas rentas están acogidas al régimen transitorio. En consecuencia se aplicarán las normas previstas en el artículo 21. Ahora bien, puesto que los dividendos han minorado el valor de adquisición de la participación no habrá lugar a la restricción prevista en el apartado 7 de dicho artículo.

### EJEMPLO 22

Ídem anterior 20, tomando como valor de transmisión 12.

- 2019:  $-8 (12 - [100 - (10 + 20 + 40 + 10)])$ , computa.

A falta de la prueba de la integración en la base imponible de la persona o entidad de la que se adquirió la participación de la plusvalía o renta positiva derivada de la transmisión de la participación, se aplicará el régimen del artículo 21, en cuanto se cumplan los requisitos previstos en el mismo. Por tanto, los dividendos contabilizados como ingresos financieros podrán disfrutar de exención, pero no darán derecho a la deducción adicional de la cuota.

El régimen transitorio comentado no es aplicable respecto de los dividendos procedentes de valores adquiridos antes de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/1996. En este supuesto, de acuerdo con lo previsto en el apartado 3 de la disposición transitoria, *serán aplicables las restricciones contenidas en el artículo 28 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, en su redacción original, anterior a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/1996.*

## **4. ¿DEBERÍAN EXCLUIRSE DE LA BASE IMPONIBLE LAS RENTAS NEGATIVAS DERIVADAS DE LA TRANSMISIÓN DE LA PARTICIPACIÓN?**

No son pocos los países que eximen las rentas positivas y que no permiten la inclusión en la base imponible de las rentas negativas, derivadas de la transmisión de instrumentos de patrimonio que cumplen determinados requisitos. Países Bajos, Bélgica y Alemania, entre otros, eximen las plusvalías y no computan las pérdidas. Luxemburgo sí las computa, y lo propio hace el Reino Unido, pero solamente permite su compensación con las rentas del capital. Existen algunos argumentos que podrían apoyar el no cómputo de las rentas negativas, cuando se eximen las positivas.

En primer lugar, pudiera pensarse que el no cómputo de las rentas negativas es el reverso de la exención de las rentas positivas. Este argumento es atractivo, pero no es sólido.

La exención de la renta positiva es una medida para eliminar la doble imposición, pues dicha renta positiva refleja las rentas acumuladas por la entidad participada o las rentas que obtendrá en el futuro. El no cómputo de la renta negativa, por el contrario, no puede inscribirse en un mecanismo para evitar la no imposición. En efecto, la renta negativa refleja las pérdidas reales o potenciales de la entidad participada, las cuales, ciertamente, podrán compensarse con beneficios futuros, pero de ahí no se sigue que la entidad que sufrió la renta negativa no haya padecido una pérdida efectiva.

Ciertamente, el cómputo de la renta negativa, en unión a la exención de los dividendos distribuidos con cargo a beneficios que no tributaron debido a la compensación de bases imponibles negativas, genera un déficit de imposición. Ese déficit de imposición no existiría si la renta negativa no se computara, pero la solución correcta para resolver ese problema no es excluir el cómputo de la renta negativa sino negar el derecho a la exención del dividendo distribuido con cargo a esos beneficios.

### EJEMPLO 23

A constituye la entidad B aportando 100; pérdidas de 80; transmisión a C por 20; beneficios posteriores por 80; reparto de dividendo de 80 previa reducción del capital; alternativamente, transmisión de la participación por 100.

- Renta negativa en A:  $-80 (20 - 100)$ .
- Renta imponible en la entidad participada:  $0 (-80 + 80)$ .
- Dividendos en C: 80 (exentos); plusvalía en C:  $80 (100 - 20)$  (exenta).

Se observa que A ha sufrido una pérdida efectiva, y que B obtiene una renta sin que ningún impuesto la haya gravado.

En segundo lugar, podría argumentarse que desalojar de la base imponible el impacto de los dividendos y de las plusvalías y minusvalías de cartera no supondría otra cosa que circunscribir la tributación por el Impuesto sobre Sociedades a las rentas derivadas de las actividades económicas.

Una tributación sobre los beneficios de las entidades jurídicas así concebida implicaría una suerte de regreso a los criterios de la imposición de producto, en demérito de la personalización del impuesto. En el contexto de una economía cerrada ese regreso sería cuestionable, aunque tal vez podría aceptarse en el de una economía global, donde la imposición de producto en el ámbito de las rentas del capital ha ganado terreno en los últimos años, por razones puramente pragmáticas.



En tercer lugar, considerando el conjunto de las entidades que concurren en un mercado de instrumentos de patrimonio, el cómputo de las minusvalías, cuando las plusvalías están exentas, genera, potencialmente, un déficit de imposición. Ese déficit será tanto más acusado cuanto mayor sean las oscilaciones de valor de los instrumentos de patrimonio. Ahora bien, las economías de mercado son cíclicas y también lo son, en mayor medida, los mercados de valores. Este déficit de imposición, que ya existía en nuestro ordenamiento fiscal desde el año 2000 en relación con los valores extranjeros, ahora se agranda.

#### EJEMPLO 24

La evolución de la cotización de un gran banco español arrojó, en términos simplificados, los siguientes datos: 2007, 19; 2008, 12,5; 2007, 8; 2009, 4,5; 2010, 12; 2011, 8; 2012, 6,5; 2013, 7,5; 2014, 9,5.

- Rentas negativas:  $-6,5 (12,5 - 19) - 4,5 (8 - 12,5) - 3,5 (4,5 - 8); -4 (8 - 12) - 1,5 (6,5 - 8) = -20$ .
- Rentas positivas:  $7,5 (12 - 4,5) + 1 (7,5 - 6,5) + 2 (9,5 - 7,5) = 10,5$ .
- Saldo neto de todos los operadores:  $-9,5$ .
- Saldo neto recaudatorio:  $-20$ .

El valor cero del saldo neto recaudatorio indica que se ha corregido totalmente la doble imposición, para el conjunto de las entidades. El valor negativo del saldo neto recaudatorio indica que se ha corregido la doble imposición y, además, que se ha creado un déficit de imposición, para el conjunto de las entidades.

Siempre que un instrumento de patrimonio oscile de valor el saldo neto recaudatorio será negativo. Tan solo en el supuesto improbable de un ascenso continuado de valor, el saldo neto recaudatorio será cero.

Seguramente, este es el argumento más consistente a favor del no cómputo de las rentas negativas, derivadas de la transmisión de instrumentos de patrimonio.

En cuarto lugar, considerando las prácticas de planificación fiscal de algunos grupos multinacionales, el cómputo de las minusvalías de cartera, junto con la exención de plusvalías de cartera y de los dividendos, ofrece una invitación a la ubicación impostada de carteras de valores en sede de sociedades filiales operativas residentes en territorio español, con el resultado posible y previsible de la generación de minusvalías que podrían llegar a frustrar la tributación de las ren-

tas derivadas de las actividades económicas realizadas por aquellas. Algunas sentencias relativamente recientes alertan acerca de estas operaciones.

En realidad, esta invitación existe desde tiempo inmemorial en nuestro Impuesto sobre Sociedades, pues en él siempre se ha admitido el cómputo de las minusvalías de cartera. Sin embargo, los riesgos no han sido iguales en todos los tiempos. Estos no se presentaron con fuerza hasta la plena efectividad de la libertad de movimiento de capitales, y se incrementaron con la exención de plusvalías de cartera de fuente extranjera y la incorporación al grupo de consolidación fiscal de la entidad de tenencia de valores extranjeros la cual, como es sabido, nació, con la Ley 43/1995, fuera de dicho grupo, y no por casualidad sino, precisamente, para evitar que los intereses y las minusvalías de cartera pudieran neutralizar la imposición de las rentas de las entidades operativas. El rechazo del cómputo de las minusvalías de cartera por bastantes países de nuestro entorno podría señalar a la jurisdicción fiscal española como propicia para ubicar carteras de valores con pérdidas potenciales o implícitas.

En quinto lugar, en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, las minusvalías a más de un año se integran en la base imponible del ahorro, por tanto no neutralizan la tributación de las rentas del trabajo y de actividades económicas, aunque sí las del capital, tales como dividendos e intereses, pero solo hasta el 25% de las mismas.

El mensaje que llega del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas es que no conviene mezclar las minusvalías, incluidas las de cartera, con las rentas de otras fuentes, señaladamente, las derivadas de actividades económicas, y que tan solo de manera limitada es oportuno mezclarlas con las rentas del capital. Este enfoque, llevado al Impuesto sobre Sociedades, implicaría computar las minusvalías de cartera de manera tal que solamente se compensaran con los dividendos y las plusvalías de cartera no exentas.

Los argumentos para no computar las rentas negativas, cuando las rentas positivas están exentas, no son baladíes, máxime si se repara que operan en un contexto en el que la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, aunque formalmente ligada al resultado contable, realmente se ha despegado del mismo.

La opción del legislador de la Ley 27/2014 ha sido computar las rentas negativas. Esta opción no está huérfana de apoyos técnicos, incluso tras ella late un principio de equidad.

Sin embargo, ello no hubiera debido ser obstáculo para adoptar dos medidas, igualmente respaldadas por la técnica tributaria, la equidad, y la legítima protección de las bases imponibles:

- La superación de los supuestos de no imposición.
- La imputación de las rentas negativas a la entidad matriz del grupo mercantil, en vez de a la entidad filial a la que le ha sido asignada la cartera de valores determinante de la renta negativa, a los efectos de evitar que los contribuyentes elijan la jurisdicción

fiscal en la que harán valer la renta negativa. Nótese que con esta medida se desalojarían de la jurisdicción fiscal española rentas negativas oportunistas, debiendo recordarse en este punto que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando ha enjuiciado la cuestión de la compensación transfronteriza de pérdidas, siempre ha aceptado la legitimidad de las normas cuyo objeto era impedir que los contribuyentes pudieran elegir la jurisdicción fiscal en la que habría de producirse la compensación.

hasta el valor de mercado existente en el momento de la realización de la operación amparada, y la segunda, desde ese valor hasta el valor de transmisión. La primera parte se integrará en la base imponible, la segunda disfrutará de la exención del artículo 21.3.

### EJEMPLO 1

Aportación de rama de actividad, valor fiscal, 80; valor de mercado, 92; valor de transmisión, 103.

- Renta positiva diferida: 12 (92 – 80). Esta renta se integrará en la base imponible.
- Renta positiva no diferida: 11 (103 – 92). Esta renta estará exenta si cumple con los requisitos previstos en el artículo 21.3.

La regla, en sí misma correcta, encierra la dificultad de la determinación del valor normal de mercado.

Por su finalidad, la regla de división de la renta positiva en dos partes solamente debiera aplicarse cuando alguna de ellas no cumpliera con los requisitos para disfrutar de la exención del artículo 21.3. En efecto, si las dos partes son aptas para disfrutar de la exención, o ninguna de las dos lo es, la división huelga. Inversamente, si una de las dos partes no es apta para disfrutar de la exención del artículo 21, pero la otra lo es, la división debiera operar. Pues bien, tal y como está redactada la regla de división surgen algunas dudas: ¿Se aplica respecto de los instrumentos de patrimonio adquiridos mediante una aportación no dineraria realizada por personas físicas, al amparo del artículo 87? ¿Se aplica respecto de los instrumentos de patrimonio que no reúnen los requisitos del artículo 21 adquiridos mediante entrega de otros instrumentos de patrimonio que sí los reunían?

La primera interrogación contempla el supuesto de hecho en el que una persona física aporta a una entidad instrumentos de patrimonio que otorgan un porcentaje de participación igual o superior al 5%. Este caso no está afectado por la regla de división. En efecto, la misma solo recae sobre los instrumentos de patrimonio adquiridos mediante la entrega de otros *que no cumplan el requisito de la letra a) o, total o parcialmente al menos en algún ejercicio, el requisito a que se refiere la letra b) del apartado 1 del artículo 21 (subregla 1.ª del art. 21.4)*. Sin embargo, este resultado práctico contradice el espíritu y finalidad de la regla de división, por cuanto la transmisión de un instrumento de patrimonio como el contemplado, realizada por una persona física, tributaría plenamente por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Para superar la incongruencia, podría entenderse que la referida subregla 1.ª solamente versa sobre los instrumentos de patrimonio entregados por personas jurídicas, puesto que los requisi-

tos que en la misma se enumeran están establecidos por una norma del Impuesto sobre Sociedades, de manera tal que, por exclusión, los entregados por personas físicas, en todo caso, estarían afectados por la regla de división, esto es, dicha regla se aplicaría a todas las adquisiciones derivadas de entregas realizadas por personas físicas, cualesquiera que fueren las características de los instrumentos de patrimonio entregados, y a las derivadas de entregas realizadas por personas jurídicas, cuando no concurrieren los requisitos que habilitan la exención.

Esta interpretación sana la incongruencia, pero posiblemente levante la objeción de que la regla de división pivota sobre el antecedente de una operación en la que no se produjo integración de renta en la base imponible, ni en la del Impuesto sobre Sociedades ni tampoco en la *del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, de manera tal que la subregla 1.<sup>a</sup> versaría tanto sobre los instrumentos de patrimonio entregados por personas jurídicas como físicas y, consecuentemente, los entregados por estas últimas que reunieren los requisitos para disfrutar de la exención escaparían a la regla de la división.

## EJEMPLO 2

Aportación de instrumentos de patrimonio por persona física (porcentaje de participación superior al 5 %), obteniendo un porcentaje de participación en sede de la beneficiaria superior al 5 %, valor fiscal: 80, valor de mercado: 92. Posterior transmisión por parte de la beneficiaria de los instrumentos de patrimonio por valor de 103.

- Renta positiva diferida: 12 (92 – 80). Esta renta no se integró en la base imponible de la persona física aportante (art. 87).
- Renta positiva derivada de la transmisión de la participación: 23 (103 – 80). Esta renta estará exenta por aplicación del artículo 21.3, excepto si prevalece la interpretación restrictiva de la regla de división, anteriormente formulada.

Ciertamente, cuando la persona física transmita la participación recibida como contraprestación de la aportación, lucirá la renta positiva diferida, pero no es realista pensar que tal transmisión se produzca. La transmisión en cuestión se producirá en sede de la entidad y no del socio, por motivos fiscales.

El supuesto descrito no es sino una manifestación parcial de la distorsión que se produce en un sistema fiscal que trata realidades iguales de manera diferente según que las mismas se concreten en sede de personas físicas o jurídicas. Así, las rentas positivas derivadas de la transmisión de participaciones significativas están exentas en el Impuesto sobre Sociedades, pero tributan en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. La huida del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

es una conducta previsible, como en su día lo fue la conducta inversa por causa de los denominados coeficientes de abatimiento de la Ley 18/1991, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

### EJEMPLO 3

Empresa cuyo titular es una persona física, valor: 80; aportación de rama de actividad a la entidad en la constitución por valor de mercado de 92 (acogida al art. 87); aportación de la participación significativa a la entidad en constitución por valor de mercado de 92 (acogida al art. 87); ulterior transmisión de la participación, transcurrido más de un año, a terceros por 103.

- Caso 1.º Transmite la participación la persona física: 23 (103 – 80), renta positiva que tributa plenamente por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
- Caso 2.º Transmite la participación la entidad: 23 (103 – 80), renta positiva que está exenta por el Impuesto sobre Sociedades.

La exención de las rentas positivas derivadas de la transmisión de participaciones significativas en el Impuesto sobre Sociedades, unida a su plena tributación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, determina que, ante la eventualidad de una transmisión de la empresa o rama de actividad, la posición más idónea desde el punto de vista fiscal sea la ubicación de la misma en sede de una entidad que, a su vez, esté participada por otra entidad, esto es, una estructura típicamente *holding*, a los efectos de residenciar la transmisión, y por ende la renta positiva, en sede de la entidad *holding*, en lugar de hacerlo en sede de la entidad operativa o de la persona física.

La legitimidad de toda estrategia fiscal, y por tanto también de la apuntada, puede ser debatida, pero de lo que no hay duda es de que la examinada se construye con los mimbres que procura la tributación dispar de las rentas positivas derivadas de la transmisión de plusvalías significativas en el Impuesto sobre Sociedades y en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

La segunda interrogación contempla el caso de un descenso del porcentaje de participación como consecuencia de una operación de fusión o de canje amparada en el capítulo VII del título VII. En tal caso, lo apropiado sería aplicar la regla de división respecto de la parte de renta positiva constituida por la diferencia entre el valor de mercado de los instrumentos de patrimonio entregados con ocasión de la operación y su valor fiscal. En efecto, así se preservaría la neutralidad del régimen de fusiones y operaciones asimiladas del capítulo VII del título VII.

No parece, sin embargo, que el criterio precedente, que en su día anidó en el artículo 30.2 del TRLIS, halle acogida en el artículo 21.4 a), ni en ningún otro.

#### EJEMPLO 4

Canje de valores con porcentaje de participación del 6,3 %; valor fiscal: 80; valor de mercado: 92, por otros con porcentaje 3,2 % (acogido al art. 86); posterior transmisión de estos últimos por 103.

- Renta positiva diferida: 12 (92 – 80).
- Renta positiva total: 23 (103 – 80). Esta renta tributa plenamente.

## 1.2. TRANSFERENCIA CONTRACTUAL DE RENTAS

La entidad perceptora del dividendo o la participación en beneficios puede estar obligada contractualmente a entregar su importe a otra persona o entidad. En tal caso, el derecho a aplicar la exención, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, queda residenciado en la segunda entidad, esto es, la beneficiaria efectiva.

El preámbulo de la Ley 27/2014 indica que esta regulación versa sobre el *préstamo de valores* y determinadas operaciones de *venta con pacto de recompra de acciones o equity swap*, siendo el denominador común de todas ellas que el receptor jurídico de los dividendos o participaciones en beneficios tiene que restituirlos a su *titular económico*. En todos estos casos el instrumento de patrimonio es objeto de una transmisión, pero dentro del tiempo pactado deberá realizarse otra transmisión entre las mismas partes sobre el mismo instrumento de patrimonio u otro de la misma especie y calidad, de sentido inverso, y de ahí que se hable, tal vez impropiaemente, pero con gran expresividad, de titularidad económica. Si durante la vida de la operación se produce el pago de un dividendo, será el prestatario, en cuanto titular del instrumento de patrimonio, quien lo perciba, pero deberá compensar al antiguo propietario, lo que implica que el importe de dicho dividendo *deba ser objeto de entrega*.

La disposición adicional segunda.2 de la Ley 62/2003 reguló, por vez primera, el régimen fiscal del préstamo de valores, concediendo la exención o deducción al prestatario. La Ley 27/2014, por el contrario, la concede al prestamista. Del mismo modo, en el caso de una transmisión con pacto de recompra, la concede a la entidad que transmite y que está obligada a efectuar la recompra.

Es requisito de la exención que la entidad prestamista o, en general, la entidad que transmite los valores mediando un pacto de recompra *conservar el registro contable* de los mismos. La expresión legal es ambigua, pues podría entenderse referida tanto a la titularidad de la anotación en cuenta relativa al valor como a la contabilización del mismo como elemento de su activo. Este segundo sentido es el apropiado, pues el primero iría en contra de la naturaleza de la operación.

Simplemente, lo que exige este requisito es que la operación se haya contabilizado atendiendo a su fondo, de acuerdo con las normas contables, de manera tal que el valor luzca en las cuentas del titular económico.

Igualmente, es requisito de la exención que la entidad que pretende aplicarla pruebe que el dividendo haya sido percibido por *la otra entidad contratante*, esto es, la entidad prestataria o, en general, la entidad que adquirió los valores, esto es, la otra parte contratante o, alternatively, por una entidad del mismo grupo, en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, sea de la entidad que adquiere o de la que transmite. El requisito trata de asegurar que la exención se proyecte sobre una renta que, efectivamente, tiene la naturaleza de dividendo, habida cuenta de que el titular económico puede recibir de la otra parte contratante pagos correspondientes a otros conceptos.

Por tanto, cuando la entidad prestataria o, en general, la entidad que adquirió los valores, los transmite a un tercero y este percibe los dividendos, no habrá lugar a la exención en sede de la entidad que inicialmente transmitió los valores y que los volverá a adquirir de acuerdo con las estipulaciones contractuales. Podrá haberla, bajo el cumplimiento de los requisitos, en sede de la entidad perceptora de los dividendos. Mas si esta, a su vez, estuviera ligada por un pacto de entrega de los dividendos, no podrá aplicar la exención, pero sí podrá hacerlo la entidad que, finalmente, sea perceptora de esos dividendos.

En fin, para disfrutar de la exención, deben cumplirse los requisitos generales. Estos requisitos se determinarán tomando en consideración que el prestamista es el titular económico.

### EJEMPLO 5

Préstamo de valores remunerado con una cantidad porcentual sobre el valor nominal, debiendo el prestatario transferir los dividendos. La participación prestada otorga un porcentaje del 3,2 %, y el prestamista tiene otros instrumentos de patrimonio del mismo emisor que otorgan un porcentaje del 2,4 %.

Los dividendos percibidos directamente, más los transferidos por el prestatario dan derecho a la exención.

## 1.3. LA ENTIDAD PATRIMONIAL

La renta positiva derivada de la transmisión de la participación en una *entidad patrimonial*, en el sentido del artículo 5.2, no está exenta en su totalidad, sino solamente en la parte que se



corresponda con *un incremento neto de los beneficios no distribuidos generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación* [art. 21.5 a)].

El artículo 5.2 caracteriza la entidad patrimonial tomando materiales procedentes de la antigua transparencia fiscal interna, que más tarde fueron recogidos por el artículo 4.Ocho.Dos de la Ley 19/1991, en relación con la sociedad patrimonial.

Entidad patrimonial es, en síntesis, la que, por la composición mayoritaria de su activo, no tiene por objeto prioritario la realización de actividades económicas, por cuanto *más de la mitad de su activo esté constituido por valores o no esté afecto... a una actividad económica*.

La definición de la entidad patrimonial, más allá de las bien conocidas dificultades que en su momento suscitó la configuración de la sociedad transparente o de la sociedad patrimonial, es puramente objetiva pues, en efecto, pivota sobre la naturaleza o destino de los elementos que componen su activo. Es una definición, por otra parte, autónoma, en el sentido de que no precisa de ninguna otra norma, si se exceptúa la mención a la *sociedad de valores*. Esta objetividad y autonomía facilitará su aplicación respecto de las entidades no residentes en territorio español.

Una entidad *holding* no será necesariamente una entidad patrimonial, pues no se computan como valores los que otorguen una participación no inferior al 5%, y se mantengan al menos un año, bajo una organización de medios humanos y materiales destinados a dirigir y gestionar la participación que aquellos valores otorguen, siempre que no hubieren sido emitidos por entidades que, a su vez, tengan la consideración de patrimoniales. Por tanto, la tenencia estable y organizada de participaciones significativas sobre entidades dedicadas a la realización de actividades económicas, no perturba la aplicación plena de la exención de dividendos y plusvalías de cartera. Por el contrario, la tenencia de otros activos financieros o de activos no afectos a la realización de actividades económicas calificará a la entidad como patrimonial y la exención de las rentas positivas se aplicará con la restricción mencionada.

#### EJEMPLO 6

Entidad cuyo activo está formado por elementos afectos a una actividad empresarial, valor: 40 millones, y por acciones cotizadas, valor: 60 millones; beneficios acumulados durante el tiempo de tenencia de la participación: 90 millones (54 proceden de la actividad empresarial y 36 de los valores); transmisión de la participación obteniendo una renta positiva de 103 millones.

La sociedad es patrimonial.

- La renta positiva exenta es 90 millones.
- Los dividendos percibidos están exentos.

Esta limitación no afecta a la entidad patrimonial, la cual aplicará la exención de dividendos y plusvalías al modo en como lo hacen las restantes entidades, sino a la plusvalía derivada de la transmisión de la participación sobre la misma. Esta especialidad consiste en que la exención se aplica solamente respecto de aquella parte de la plusvalía que se corresponda con beneficios acumulados durante el tiempo de tenencia de la participación. El importe de la renta exenta podrá ser igual o inferior a dicho beneficio, pero no superior. Así, la porción de plusvalía imputable a un precio de adquisición por debajo del valor según libros o a un precio de transmisión por encima de dicho valor no disfrutará de exención.

### EJEMPLO 7

Valor de adquisición del 100 % de la sociedad patrimonial: 32; valor según libros en la adquisición: 40; valor según libros en la transmisión: 70; valor de transmisión: 103 (no ha habido aportaciones ni devolución de las mismas).

- Renta positiva: 71 (103 – 32).
- Beneficios acumulados durante el tiempo de tenencia de la participación: 30 (70 – 40).
- Renta positiva exenta: 30.

El efecto práctico de esta especialidad limitativa es provocar doble imposición en relación con las plusvalías latentes en los activos de la entidad patrimonial. En efecto, estas plusvalías se gravarán en un momento posterior en sede de la entidad patrimonial pero, al estar descontadas en el precio de adquisición, no contribuirán a determinar una plusvalía en caso de una eventual transmisión de la participación sobre la entidad patrimonial, y no habrá lugar a la exención, de manera tal que la misma plusvalía se grava dos veces, la primera con ocasión de la transmisión de la participación sobre la entidad patrimonial, y la segunda en el momento de la transmisión del activo en sede de la entidad patrimonial, sin que exista ningún mecanismo de compensación.

Esta limitación incitará a la realización de las plusvalías latentes antes de la transmisión de la participación sobre la entidad patrimonial, al objeto de determinar *beneficios no distribuidos generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación*.

También incitará a desalojar de la entidad patrimonial a las organizaciones empresariales que pudiera albergar, lo que podría llevarse a efecto por distintas vías, tales como la aportación de rama de actividad o la escisión total, al efecto de evitar la limitación.

### EJEMPLO 8

Entidad cuyo activo está formado por elementos afectos a una actividad empresarial, valor: 40 millones, y por acciones cotizadas, valor: 60 millones; aportación de la rama de actividad (acogida al capítulo VII del título VII); transmisión de la participación sobre la entidad operativa generando una plusvalía igual al fondo de comercio latente en la organización empresarial; transmisión de la participación sobre la entidad patrimonial generando una plusvalía igual a los beneficios acumulados durante el tiempo de la participación.

- La renta positiva derivada de la transmisión de la participación sobre la entidad operativa está exenta.
- La renta positiva derivada de la transmisión de la participación sobre la entidad patrimonial está exenta por coincidir con los beneficios acumulados.

Si no se hubiera procedido a separar, mediante la aportación, los activos empresariales de los puramente patrimoniales, el valor del fondo de comercio hubiera tenido reflejo en la renta positiva derivada de la transmisión de la participación sobre la entidad previa a la aportación, sin disfrutar de exención. ¿Podría tacharse a esa separación de no estar impulsada por motivos económicos válidos, sino, antes bien, de perseguir la obtención de una ventaja fiscal? ¿Es una ventaja fiscal configurar la tenencia de activos bajo formas jurídicas apropiadas en orden a no padecer la limitación del artículo 21.5 a)?

Queden ahí las interrogantes.

#### 1.4. LA ENTIDAD AFECTADA POR LA TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL

La exención no se aplica respecto de las plusvalías derivadas de *la transmisión de la participación, directa o indirecta, en una entidad que cumpla los requisitos establecidos en el artículo 100 de esta ley, siempre que, al menos, el 15% de sus rentas queden sometidas al régimen de transparencia fiscal internacional.*

La norma admite dos interpretaciones. Por la primera, la limitación se aplica cuando existe una obligación de tributar por el régimen de transparencia fiscal internacional. Por la segunda, la limitación se aplica cuando las rentas de la entidad concernida sean de aquellas que están tipificadas como susceptibles de imputación en régimen de transparencia fiscal, aun cuando no exista obligación de tributar por dicho régimen. En los dos casos, claro está, teniendo en cuenta el umbral del 15%.

La literalidad de la norma lleva a la primera interpretación. La expresión *queden sometidas al régimen de transparencia fiscal* es bien significativa. Las rentas han de estar *sometidas*, no simplemente ser susceptibles de imputación. La interpretación puramente histórica basada en la literatura del antiguo artículo 21 del TRLIS, apunta hacia la segunda.

La primera interpretación tiene el inconveniente de producir resultados distintos ante la misma realidad económica de la entidad concernida, según cuál sea la residencia de sus socios. Así, si los socios no residentes controlan más de 85 %, no operará, por cuanto no habrá rentas sometidas al régimen de transparencia fiscal internacional en, al menos, un 15 %, y sí lo hará, inversamente y por la misma razón, cuando el control de los **socios** no residentes sea inferior. La segunda supera este inconveniente. En efecto, en ella lo que decide es la realidad económica de la entidad concernida, configurada a través de la naturaleza de las rentas que obtiene, con independencia de la residencia de sus socios. Sin embargo, la limitación por razón de la realidad económica de la entidad participada ya está cubierta por la apelación a la entidad patrimonial.

Por tanto, parece más adecuada la primera interpretación. Ya en su ámbito, cabe inquirir si la limitación afecta a todos los socios de la entidad transparente o solo a aquel o aquellos que ostentan una participación igual o superior al 15 %. La literalidad de la norma apunta a todos los socios.

La inaplicación de la exención no impide la aplicación de las normas del régimen de transparencia fiscal internacional que asignan el denominado valor de titularidad, esto es, que aumentan el valor de la participación transmitida en el importe de los beneficios sociales imputados no distribuidos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 100.12.

En la práctica la inaplicación de la exención supondrá la tributación de las plusvalías latentes en sede de los activos de la entidad sujeta a transparencia fiscal internacional. En consecuencia, la transparencia fiscal internacional no supone ya, tan solo, el gravamen de los beneficios obtenidos por la entidad en cabeza de los socios, sino la doble imposición potencial de los mismos, primero bajo la forma de plusvalías y más tarde bajo la forma de beneficios realizados imputados.

### EJEMPLO 9

Beneficios no distribuidos de la entidad transparente: 80; valor adquisición de la participación: 20; valor de transmisión: 117; valor de la participación según libros: 100 (20 capital + 80 reservas); plusvalía latente en activos: 17 (117 – 100), la cual se realiza en un ejercicio posterior.

- Renta positiva en la transmisión: 97 (117 – 20).
- Valor de titularidad: 80.

.../...

.../...

- Renta positiva gravable: 17 (97 – 80).
- Renta positiva exenta: no.
- Renta imputada en ejercicio posterior: 17.

Puesto que la transparencia fiscal internacional se predica exclusivamente de las entidades no residentes en territorio español, la inaplicación de la exención solo puede versar respecto de las plusvalías derivadas de la transmisión de la participación en una entidad residente en el extranjero, lo cual podría suscitar alguna dificultad en relación con el Derecho de la Unión Europea. En efecto, la transmisión de una participación significativa en una entidad residente en territorio español podrá disfrutar de exención, y la de una entidad residente en el extranjero podrá no disfrutarla, aun cuando objetivamente las dos entidades sean iguales. No obstante, debe tomarse en consideración que la transparencia fiscal internacional no se aplica respecto de las entidades residentes en algunos Estados miembros de la Unión Europea, en los términos previstos en el artículo 100.16.

La **limitación** se refiere solo a las plusvalías, no a los dividendos, los cuales podrán estar exentos, bajo el cumplimiento de los requisitos generales. No obstante, los dividendos correspondientes a rentas imputadas en régimen de transparencia fiscal internacional no se integrarán en la base imponible, de acuerdo con lo previsto en el artículo 100.10. Se trata de una exención técnica que tiene por objeto evitar que la misma renta se grave dos veces.

Esta limitación estimulará la distribución de los beneficios acumulados antes de la transmisión de la participación, puesto que los mismos, bajo el cumplimiento de los requisitos generales, estarán exentos, en tanto que si se acumulan los beneficios se reflejarán en la renta derivada de la transmisión, la cual no estará exenta.

En fin, ya que las rentas afectas a la transparencia fiscal internacional tienen, básicamente, carácter pasivo, esto es, que no proceden de la realización de actividades económicas, esta limitación podría solaparse con la concerniente a las entidades patrimoniales. En efecto, en no pocos casos, la entidad cuyas rentas tributan en régimen de transparencia fiscal internacional podrá ser calificada como entidad patrimonial en el sentido del artículo 5.2 de la ley. En tal caso, por aplicación del principio de especialidad, se aplicará la restricción concerniente a la transparencia fiscal internacional.

## 2. RENTAS NEGATIVAS DERIVADAS DE LA TRANSMISIÓN DE LA PARTICIPACIÓN

Las rentas negativas derivadas de la transmisión de la participación se integran, con carácter general, en la base imponible. Esta es una de las principales características del método de exen-

ción de dividendos y plusvalías de cartera establecido por el artículo 21. Por excepción, en determinados supuestos no se computan las rentas negativas:

- Rentas negativas en transmisiones internas, esto es, entre entidades del mismo grupo mercantil (art. 11.10).
- Rentas negativas en transmisiones a terceros precedidas de rentas positivas internas (art. 21.6).
- Rentas negativas precedidas de dividendos o participaciones en beneficios (art. 21.7).
- Rentas negativas en las transmisiones de valores homogéneos [arts. 21.4 b) y 21.7].

## 2.1. RENTAS ENTRE ENTIDADES DEL MISMO GRUPO MERCANTIL

Es conveniente distinguir, de entrada, la función de los artículos 11.10 y 21.6, en relación con las rentas negativas derivadas de la transmisión de instrumentos de patrimonio.

El artículo 11.10 impide el cómputo de las pérdidas intragrupo y las lleva al momento de la transmisión a terceros, minoradas en el importe de la renta positiva habida en dicha transmisión, excepto si aquella renta tributa efectivamente a un tipo de gravamen de, al menos, un 10%.

El artículo 21.6 aminora la pérdida derivada de la venta a terceros de un instrumento de patrimonio en el importe de las rentas positivas previas exentas habidas en operaciones intragrupo relativas a ese instrumento de patrimonio.

### 2.1.1. Rentas negativas entre entidades del mismo grupo mercantil seguidas de rentas positivas en las transmisiones a terceros

De acuerdo con lo establecido en el artículo 11.10, las rentas negativas, derivadas de la transmisión de cualesquiera valores representativos de la participación en fondos propios de entidades, realizada entre entidades del mismo grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, se imputarán *en el periodo impositivo en que dichos elementos patrimoniales sean transmitidos a terceros ajenos al referido grupo de sociedades, o bien cuando la entidad transmitente o la adquirente dejen de formar parte del mismo.*

Por tanto, las rentas negativas se computan, pero no en el periodo impositivo en el que se realizó la transmisión interna, sino en aquel otro en el que los instrumentos de patrimonio son transmitidos a terceros, o bien en aquel en el que alguna de las entidades que han sido parte en la operación, o las dos, abandonan el grupo mercantil.

La renta negativa así diferida se computará en sede de la entidad que la padeció y no en la que transmite a terceros el instrumento de patrimonio.

La regla se aplica a todos los instrumentos de patrimonio. En consecuencia tanto a los que constituyen una participación significativa en el sentido del artículo 21, como a aquellos otros que no tienen esa consideración.

Esta regla es complementaria y auxiliar de la prevista en el artículo 13.2 b), la cual rechaza la deducción del deterioro de los valores representativos de la participación en el capital o en los fondos propios de entidades pues, en rigor, menguada diferencia existe, en términos económicos, entre el deterioro y la renta negativa intragrupo, cuando se contempla la situación desde la perspectiva del grupo mercantil.

Cuestión distinta es que pueda sostenerse que un impuesto que predica como sujeto pasivo a la persona jurídica y al resultado contable como elemento nuclear de la base imponible, no hubiera debido, ante un deterioro o una renta negativa de indudable efectividad, adoptar esta regla de diferimiento del quebranto, para llevarlo hasta el momento en el que se transmite la participación a terceros o se produzca un abandono del grupo mercantil por alguna de las dos entidades que intervinieron en la transmisión. Si la pérdida es efectiva, y así se reconoce contablemente, hay motivos para discrepar de la regla de diferimiento.

Ahora bien, las transmisiones entre entidades que forman parte del mismo grupo mercantil son delicadas, básicamente porque la comprobación de la adecuación del precio convenido al valor de mercado es una tarea extremadamente compleja y sujeta a severas incertidumbres.

Esta regla fue introducida en el TRLIS por la Ley 16/2013, de manera tal que puede decirse que forma parte del impulso reformador que ha culminado en la Ley 27/2014, pero esta última ha dado una vuelta de tuerca adicional, al establecer que las rentas negativas se computan *minoradas en el importe de las rentas positivas obtenidas en dicha transmisión a terceros*, excepto si el contribuyente prueba que dichas *rentas han tributado efectivamente a un tipo de gravamen de, al menos, un 10%*.

Por tanto, las rentas negativas diferidas no se computan, llegado el momento de la transmisión a terceros, en su integridad, sino que lo hacen minoradas en las rentas positivas obtenidas en dicha transmisión, en la medida en que concurra una tributación inferior al 10%, de manera tal que la renta negativa de la sociedad que realizó la transmisión interna debe ser recalculada a los efectos de su integración en la base imponible.

La renta negativa que se recalcula, a efectos de su integración en la base imponible, es la obtenida por la entidad que transmitió el instrumento de patrimonio en la operación interna. La renta que obtiene la entidad que realiza la transmisión frente a terceros no se recalcula, por más que, si es positiva, sirva para efectuar el recálculo de la renta negativa. Esa renta positiva podrá, o no, estar exenta, y si es obtenida por una entidad no residente en territorio español se regirá, a efectos fiscales, por las leyes del país en el que resida.

Puesto que las rentas positivas derivadas de la transmisión de la participación están exentas, bajo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 21, esa tributación del 10% solamente se presentará en caso de no concurrir tales requisitos o de aplicación de una legislación extranjera. En efecto, la tributación del 10% se predica respecto de la renta positiva derivada de la

transmisión del instrumento de patrimonio a terceros, pero sin hacer mención a que esa tributación ha de ser por el Impuesto sobre Sociedades, ni tan siquiera por un impuesto idéntico o análogo. Basta una tributación sobre la renta positiva en la transmisión a terceros de, al menos, un 10%.

La minoración de la renta negativa diferida en el importe de la renta positiva frente a terceros implica establecer la tributación sobre la renta negativa padecida por el grupo mercantil, por más que la liquidación pertinente se sitúe en sede de la entidad que sufrió la renta negativa en la transmisión interna. Se diría que el legislador ha extendido la lógica de la consolidación fiscal al supuesto que nos ocupa. Ahora bien, esta lógica es abandonada cuando la renta positiva frente a terceros sufre una tributación que se considera suficiente.

¿Es correcto seguir la lógica de la consolidación?

La consolidación representa de manera más idónea la verdadera realidad de las operaciones. En cuanto tal, parece que el legislador ha hecho una opción correcta.

¿Es correcto abandonar la lógica de la consolidación ante la tributación igual o superior al 10%? Para responder a esta pregunta ha de distinguirse si la renta positiva tributa por el Impuesto sobre Sociedades o lo hace por un impuesto extranjero a un tipo de gravamen no inferior al 10%.

Si tributa por el Impuesto sobre Sociedades, el efecto del abandono de la lógica de la consolidación es reconocer en cada una de las entidades intervinientes la renta, negativa y positiva, realmente obtenida por cada una de ellas, y gravarla por el Impuesto sobre Sociedades, de manera tal que el efecto recaudatorio es neutral. Si tributa por un impuesto extranjero, el efecto práctico es el mismo, aun cuando la renta positiva se grave por un impuesto extranjero, de manera tal que el efecto recaudatorio es también neutral, si bien tomando en consideración, conjuntamente, el Impuesto sobre Sociedades y el impuesto extranjero sobre el beneficio.

Por tanto, sí parece correcto abandonar la lógica de la consolidación, cuando existe una tributación significativa sobre la renta positiva.

Puesto que el tipo general de gravamen del Impuesto sobre Sociedades es del 25%, pudiera pensarse que existe un arbitraje fiscal del 15% ( $25\% - 10\%$ ), de manera tal que sería ventajoso situar la renta negativa en sede de una entidad residente en territorio español y la renta positiva en sede de una entidad no residente en territorio español. Ahora bien, cuando para consumir la ventaja fiscal sea preciso falsear el precio de la transacción interna, el arbitraje estará teñido de simulación en el precio.

#### EJEMPLO 10

El grupo mercantil desea vender a terceros una participación en poder de la entidad A, residente en territorio español, valor de adquisición: 80, valor de transmisión: 92; A trans-

.../...



.../...

mite por 70 a B, entidad del grupo residente en el extranjero, quien transmite a un tercero, tributando al 10 %.

- Tributación planeada:  $-0,3 [-2,5 (70 - 80) \times 25 \% + 2,2 (92 - 70) \times 10 \%]$ .
- Tributación correcta:  $3 [5,5 (92 - 70) \times 25 \% - 2,5 (70 - 80) \times 25 \%]$  (si no hay exención del art. 21); 0 (si hay exención del art. 21).

La tributación correcta se alcanza mediante la aplicación del valor de mercado a la transacción interna.

Corresponde la prueba de la tributación de la renta habida en la transmisión a terceros a la entidad que reclama la no procedencia del recálculo de la renta negativa, siendo su objeto la tributación efectiva, no bastando con que la entidad que transmitió a terceros y obtuvo la renta positiva se halle sujeta a un impuesto sobre los beneficios o las plusvalías cuyo tipo de gravamen nominal sea igual o superior al 10 %. Nótese la diferencia del precepto que se comenta con el contenido en el artículo 21.1 b), donde se convoca al tipo *nominal* y se advierte de la irrelevancia de *algún tipo de exención, bonificación, reducción o deducción*.

Cuestión distinta es el alcance que haya de darse al término *efectivamente*. Así, el más exigente es que haya debido abonarse una deuda tributaria por causa de la renta positiva, y el menos que tal renta se haya integrado en la base imponible del impuesto de que se trate sin especialidad alguna.

Puede apreciarse que, mediando una transmisión a terceros realizada por una entidad del grupo mercantil residente en el extranjero, la tributación de la renta negativa diferida sufrida por una entidad residente en territorio español depende del régimen fiscal que a la renta positiva obtenida frente a terceros asigne la legislación extranjera.

### EJEMPLO 11

La entidad A adquiere una participación, valor de adquisición: 80; transmisión interna a B residente en Alemania por 72, posterior transmisión a terceros por 80, tributando al 30 %; alternativamente, esa transmisión está exenta.

- Renta negativa diferida:  $-8 (72 - 80)$ .
- Renta positiva en la transmisión a terceros:  $8 (80 - 72)$ .

.../...

.../...

- Renta positiva en la transmisión a terceros que minora la renta diferida negativa: 0 (alternativa 1.<sup>a</sup>); 8 (alternativa 2.<sup>a</sup>)
- Renta negativa diferida recalculada:  $-8$  (alternativa 1.<sup>a</sup>);  $0 (-8 + 8)$  (alternativa 2.<sup>a</sup>)
- Por tanto se integrará en la base imponible de A una renta negativa de  $-8$  (alternativa 1.<sup>a</sup>);  $0$  (alternativa 2.<sup>a</sup>).

Cuando los instrumentos de patrimonio se hubiesen transmitido a dos o más entidades del grupo mercantil, el recálculo de la renta negativa diferida deberá hacerse operación por operación, por cuanto cada transmisión de los mismos a terceros podrá estar sujeta a regímenes fiscales diferentes.

### EJEMPLO 12

La entidad A adquiere una participación, valor de adquisición: 80; transmisión interna a B residente en Alemania del 40 % por 28, a C residente en Polonia del 30 % por 21, y D residente en España del 20 % por 12. B transmite a terceros por 30 y tributa al 30 %; C transmite a terceros por 22 y tributa al 5 %, y D transmite a terceros por 17.

- Renta negativa diferida:  $-4 (28 - 32)$  B Alemania;  $-3 (21 - 24)$  C Polonia;  $-4 (12 - 16)$  D España.
- Renta positiva en la transmisión a terceros:  $2 (30 - 28)$  B Alemania;  $1 (22 - 21)$  C Polonia;  $5 (17 - 12)$  D España.
- Renta positiva en la transmisión a terceros que minora la renta diferida negativa: 0 B Alemania; 1 C Polonia; 4 D España (limitada a la pérdida de 4).
- Renta negativa diferida recalculada:  $-4 (-4 + 0)$  B Alemania;  $-2 (-3 + 1)$  C Polonia;  $0 (-4 + 4)$  D España.
- La renta negativa diferida recalculada es la que se integrará en la base imponible de la entidad A, en el periodo o periodos impositivos en los que se produzcan las transmisiones a terceros.

La renta positiva que minora el importe de la renta negativa diferida a efectos de su integración en la base imponible es la obtenida en la *transmisión a terceros*. Por tanto, las rentas positivas obtenidas en las sucesivas transmisiones internas no la minorarán.

### EJEMPLO 13

La entidad A adquiere una participación significativa, valor de adquisición: 80; transmisión interna a B por 72; transmisión interna a C por 76; transmisión interna a D por 73; transmisión interna a E por 79; transmisión a terceros por 80.

- Renta negativa interna diferida:  $-8 (72 - 80)$  A;  $-3 (73 - 76)$  C.
- Renta positiva interna exenta:  $4 (76 - 72)$  B;  $6 (79 - 73)$  D;  $1 (80 - 79)$  E.
- Renta negativa recalculada:  $-7 (-8 + 1)$  A;  $-3$  C.

Aun cuando la renta del grupo haya sido nula, el mandato del artículo 11.10 solamente permite neutralizar las rentas negativas diferidas en el importe de la renta positiva habida en la transmisión a terceros. Sin embargo, como más adelante se comentará, el artículo 21.6 permite neutralizar el resto de la renta negativa diferida. Basta para apoyar este criterio con asimilar la renta negativa diferida a la renta negativa obtenida en las transmisiones a terceros (véase ejemplo n.º 16).

#### **2.1.2. Rentas negativas en las transmisiones a terceros precedidas de rentas positivas en las transmisiones entre entidades del mismo grupo mercantil**

Las rentas positivas obtenidas en las transmisiones entre sociedades del mismo grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio se computan en el periodo impositivo en el que se realizan, a diferencia de lo que ocurre con las rentas negativas, y disfrutarán de exención si se cumplen los requisitos previstos en el artículo 21.

Las rentas negativas que, en su caso, pudieran concurrir en la ulterior transmisión de la participación se minorarán *en el importe de la renta positiva obtenida en la transmisión precedente y a la que hubiera sido aplicado un régimen de exención*.

El artículo indeterminado del texto precedente no es baladí. En efecto, *un régimen de exención* no es, tan solo, el régimen de exención del artículo 21 sino también cualesquiera otros regulados por las legislaciones fiscales foráneas aplicables por razón de la residencia de la entidad que transmitió la participación.

El texto en cuestión tiene su precedente en el artículo 21.4 del TRLIS, el cual ordenaba aminorar la renta negativa *en el importe de la renta positiva obtenida en la transmisión precedente y a la que hubiera sido aplicado la exención*. Este precepto, sin embargo, apuntaba, exclusivamente, a la exención del artículo 21 del TRLIS, pero no a cualquier otro régimen de exención foráneo.

La diferencia entre ambos textos, tal vez sutil, es palmaria. El artículo indeterminado, acompañado del sustantivo *régimen*, abre el espectro de las rentas positivas que deberán ser tomadas en consideración a los efectos de aminorar las rentas negativas, en la forma expuesta. En consecuencia, minorarán las rentas negativas:

- Las rentas positivas afectas a la exención del artículo 21.
- Las rentas positivas afectas a un régimen de exención de cualquier otro país, con independencia de que exista, o no, con el mismo un convenio para evitar la doble imposición.

Y no minorarán las rentas negativas:

- Las rentas positivas no afectas a la exención del artículo 21, cualquiera que hubiere sido el tipo de gravamen al que hubieren estado sujetas.
- Las rentas positivas no afectas a un régimen de exención de cualquier otro país, con independencia de que exista, o no, con el mismo un convenio para evitar la doble imposición, cualquiera que hubiere sido el tipo de gravamen al que hubieren estado sujetas.

Se notará también que la técnica para identificar la renta positiva interna que deberá aminorar la renta negativa no pasa por una tributación nominal o efectiva, sino por el disfrute, o no, de un régimen de exención, a diferencia de lo que acontece en el supuesto de la renta positiva posterior a la renta negativa interna, donde, como se ha expuesto, manda la tributación efectiva igual o superior al 10%.

#### EJEMPLO 14

Transmisión a terceros con renta negativa de 20, en las siguientes alternativas: renta positiva interna exenta por el artículo 21, 14; exenta de acuerdo con la legislación francesa, 9; tributando al 1 % según legislación extranjera, 4.

- Renta negativa después de la minoración: 6 (20 - 14); 11 (20 - 9); 20 (no hay minoración).

La renta positiva que se aplica a neutralizar la renta negativa es la habida en *la transmisión precedente*. La norma apunta, exclusivamente, a la renta positiva generada en la transmisión inmediatamente anterior a la realizada frente a terceros determinante de la renta negativa. Sin em-

bargo, casaría mejor con la finalidad de la norma tomar en consideración todas las rentas positivas habidas en las sucesivas transmisiones internas.

### EJEMPLO 15

Las entidades A, B, C y D forman parte del mismo grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio. A adquiere una participación por 71 y transmite por 72 a B, la cual transmite a C por 77, la cual transmite a D por 84, y esta a terceros por 70. Todas las rentas positivas han disfrutado de un régimen de exención.

- Renta negativa:  $-14 (70 - 84)$ .
- Renta negativa después de la minoración:  $-7 [(70 - 84) + (84 - 77)]$  (solo renta positiva en transmisión precedente).
- Renta negativa después de la minoración:  $-1 [(70 - 84) + (72 - 71) + (77 - 72) + (84 - 77)]$  (todas las rentas positivas internas).

¿Se puede entender esta norma como una concesión al criterio de que, mediando exención de plusvalías de cartera no se deben computar las minusvalías? Tal vez sí. En todo caso, lo que sí permite es desgranar, tomando en consideración el artículo 11.10 anteriormente examinado, una reflexión, a saber, que mientras el instrumento de patrimonio circule en el interior de un grupo, las rentas, positivas o negativas, que se produzcan no determinan efecto fiscal alguno. El efecto se produce cuando el instrumento de patrimonio se transmite a terceros.

### EJEMPLO 16

La entidad A adquiere una participación significativa, valor de adquisición: 80; transmisión interna a B por 72; transmisión interna a C por 76; transmisión interna a D por 73; transmisión interna a E por 79; transmisión a terceros por 80. Las rentas positivas disfrutaron de un régimen de exención.

- Renta negativa interna diferida:  $-8 (72 - 80)$  A;  $-3 (73 - 76)$  C.
- Renta positiva interna exenta:  $4 (76 - 72)$  B;  $6 (79 - 73)$  D;  $1 (80 - 79)$  E.
- Renta negativa recalculada:  $-7 (-8 + 1)$  A;  $-3$  C (art. 11.10).
- Renta negativa minorada:  $0 [(-7 - 3) + 4 + 6]$  (art. 21.6).

## 2.2. RENTAS NEGATIVAS POSTERIORES A DIVIDENDOS O PARTICIPACIONES EN BENEFICIOS

Los dividendos y participaciones en beneficios que *no hayan minorado el valor de adquisición* de la participación y *que hayan tenido derecho a la aplicación de la exención* minoran las rentas negativas derivadas de la transmisión de la participación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21.7.

Para comprender el significado de este precepto hay que recordar que el dividendo distribuido por una entidad puede tener para la entidad perceptora la consideración de fruto o de recuperación de la inversión. Del mismo modo, la reducción del capital o de prima de emisión puede tener para la entidad perceptora la consideración de recuperación del capital pero, eventualmente, la de fruto. Un dividendo que tiene la consideración de recuperación de la inversión en sede de la entidad perceptora no debería disfrutar de exención. Sencillamente, porque no genera un ingreso financiero. La percepción de cantidades con cargo a reducción de capital con devolución de aportaciones o de la distribución de la prima de emisión no debería motivar la exención, aun cuando fuere un fruto, por cuanto no se presenta la doble imposición. Del mismo modo, y por la misma razón, no debería dar derecho a la exención la distribución de cantidades con cargo a reservas nutridas mediante la reducción de capital o prima de emisión.

Las conclusiones precedentes pueden ser mantenidas atendiendo al espíritu y finalidad del artículo 21.

Si el contribuyente ha contabilizado como un ingreso lo que, realmente, es una recuperación de valor de la inversión, la futura renta derivada de la transmisión de la participación estará distorsionada. Si esta renta es negativa, la regla transcrita endereza dicha distorsión, y si es positiva la exención se aplica sobre un importe menor. En los dos casos la distorsión, por tanto, queda regularizada, excepto si la renta positiva no tuviere derecho a la exención por no cumplirse los requisitos previstos.

La técnica de aminorar la renta negativa en el importe del dividendo exento, en unión a la exención de las rentas positivas o plusvalías de cartera, permite prescindir de todas las complejas reglas que el antiguo artículo 30.4 del TRLIS dedicaba a la identificación de aquellos dividendos que, en realidad, no eran sino recuperación del valor de inversión, a los efectos de expulsarlos de la deducción para evitar la doble imposición de dividendos

¿Se sigue de lo dicho que aquellos dividendos que, realmente, son recuperación del valor de la inversión pueden disfrutar de la exención? Ya se ha sugerido que no.

En efecto, la exención versa sobre el dividendo o participación en beneficios que constituye un ingreso financiero para su perceptor, pero no sobre el dividendo en sentido objetivo. En el plano de las realidades prácticas, si un dividendo que no es ingreso financiero para su perceptor se contabiliza como tal, y no como menor valor de la inversión en el sentido de las normas contables, ese dividendo podrá disfrutar de la exención pero, finalmente, tal irregularidad será corre-

gida mediante la minoración de la renta negativa o la aplicación de la exención sobre una renta positiva menor. En cierto modo, la norma de minoración de la renta negativa en el importe del dividendo exento implica una suerte de regularización respecto de la aquella porción de la misma que deriva del dividendo contabilizado incorrectamente como ingreso.

### EJEMPLO 17

Distribución de reservas existentes en el momento de la adquisición, importe 70; valor de adquisición: 80; valor de transmisión: 25.

- Alternativa 1.<sup>a</sup> Contabiliza como ingreso.
- Dividendo exento: 70.
- Renta negativa: -55 (25 - 80).
- Renta negativa minorada: 0 (-55 + 55).
- Alternativa 2.<sup>a</sup> Contabiliza como recuperación del valor de la inversión.
- Dividendo exento: 0 (no hay dividendo).
- Renta positiva: 15 (25 - 80 + 70). Esta renta está exenta.

Puede apreciarse que, cualquiera que haya sido la forma en como se contabilizó el dividendo, la solución fiscal es la misma.

¿Puede disfrutar de la exención aquel dividendo o participación en beneficios que se contabiliza como menor valor de la inversión? Ya se ha sugerido que no.

No obstante, podría sostenerse lo contrario con base en el último inciso del artículo 21.2.1.º, que considera dividendos o participaciones en beneficios a los derivados de valores representativos del capital o de los fondos propios, *con independencia de su consideración contable*, de manera tal que, aun cuando contablemente se tratara de una minoración del valor de la inversión, procedería la exención. También podría sostenerse lo contrario con el inciso final del artículo primer párrafo del 21.7, que se refiere a los *dividendos o participaciones en beneficios (que) no hayan minorado el valor de adquisición*, interpretado en sentido inverso y, en fin, en la comparación con la literatura del TRLIS cuyo artículo 30 exigía expresamente que *entre las rentas del sujeto pasivo se computen dividendos o participaciones en beneficios*, siendo así que el artículo 21 no efectúa tal precisión.

Todos estos argumentos no son convincentes. Si el dividendo o la participación en beneficios ha sido contabilizado como minoración del valor de la inversión, no ha influido, a través del

resultado financiero, en el resultado contable y, por tanto, no se ha integrado en la base imponible, y de ahí que la exención sea ilusoria. La renta exenta es, por definición, aquella que, de no mediar la norma de exención, hubiera tributado.

¿Debe aminorarse la renta negativa derivada de la transmisión de la participación solamente cuando haya sido provocada por la distribución del dividendo **exento**?

El artículo 21.7 no establece distinción alguna. Por tanto, la renta negativa debe aminorarse cuando esté precedida de un dividendo exento que no haya aminorado el valor de adquisición de la participación.

Supuesto que la entidad hubiere contabilizado correctamente el dividendo como un ingreso financiero, por cuanto se trata de un fruto y no de la recuperación del valor de la inversión, la renta negativa es debida a la variación del valor de mercado de la participación. En consecuencia, neutralizar la renta negativa en el importe del dividendo exento tendría por efecto anular la exención.

### EJEMPLO 18

Adquisición en bolsa por 25 millones de una participación; dividendo 1 millón; transmisión por 22 millones, tres años después.

- Dividendo exento: 1.
- Renta negativa: 3 (22 - 25).
- Renta negativa minorada: 2 (3 - 1).

La entidad tributa sobre la renta que realmente obtuvo, esto es, una pérdida de 2, pero el dividendo proviene de un beneficio que ha tributado en sede de la entidad que lo distribuyó.

Cuestión distinta es que, de *lege ferenda*, se pueda postular el no cómputo de las rentas negativas, cuando las rentas positivas están exentas.

## 2.3. RENTAS EN TRANSMISIONES SUCESIVAS DE VALORES HOMOGÉNEOS

Cuando una entidad obtenga rentas positivas y negativas derivadas de las operaciones realizadas con valores homogéneos, la exención de las primeras y el cómputo de las segundas están sometidos a restricciones.



Así, las rentas positivas exentas se aminoran en el importe de las rentas negativas previamente computadas [art. 21.4 b)], y las rentas negativas se computan aminoradas en el importe de las rentas positivas que previamente disfrutaron de exención (art. 21.7, segundo párrafo).

### EJEMPLO 19

Se realizan las siguientes operaciones sobre instrumentos de patrimonio homogéneos: renta negativa 30, renta negativa 40, renta positiva 22, renta positiva 55, renta positiva 14, renta negativa 23.

- Renta negativa 30, se computa; renta negativa 40, se computa; renta positiva 22, no está exenta; renta positiva 55, está exenta hasta 7 [(55 - (30 + 40 - 22))]; renta positiva 14, está exenta; renta negativa 23, se computa hasta 2 (23 - 7 - 14).

Puede observarse que el efecto práctico de los preceptos aludidos es computar en la base imponible la renta negativa neta, esto es, el saldo de las rentas positivas y negativas, o declarar exenta la renta positiva neta.

¿Se puede entender esta norma como una concesión al criterio de que no deben computarse las rentas negativas cuando las positivas están exentas? En parte sí, porque su efecto práctico es que las rentas negativas no se computan si hay rentas positivas exentas, y estas no quedan exentas si hay rentas negativas.

La norma solamente se aplica respecto de las rentas procedentes de las transmisiones de *valores homogéneos*. El artículo 8 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas considera valores homogéneos a los *procedentes de un mismo emisor... que formen parte de una misma operación financiera o respondan a una unidad de propósito, incluida la obtención sistemática de financiación, sean de igual naturaleza y régimen de transmisión, y atribuyan a sus titulares un contenido sustancialmente similar de derechos y obligaciones*. Dos rasgos caracterizan, fundamentalmente, a los valores homogéneos, a saber, que proceden del mismo emisor y que incorporan derechos similares.

El régimen de las rentas, positivas y negativas, de los valores homogéneos supone una notable excepción al régimen general, pero de reducidísimo campo de aplicación por cuanto solo versa sobre las rentas derivadas de operaciones realizadas con valores del mismo emisor. Se trata, además, de un régimen del que los grupos mercantiles pueden escapar fácilmente, mediante la disgregación de las operaciones sobre un mismo valor entre las distintas entidades que lo forman.

La restricción, tanto de la exención como del cómputo de la renta negativa, hubiera tenido un impacto más amplio si se hubiera proyectado sobre todo tipo de valores o, al menos, sobre los cotizados en mercados regulados y, al tiempo, se hubiera referido a los grupos mercantiles.

### 3. EL RÉGIMEN TRANSITORIO

La disposición transitoria vigésima tercera de la Ley 27/2014 regula el *régimen transitorio en el Impuesto sobre Sociedades de las deducciones para evitar la doble imposición*. Aunque no es la única norma transitoria que trae su causa de la nueva regulación de los dividendos y plusvalías de cartera establecida en el artículo 21, sí es la de mayor proyección.

La norma transitoria consta de cinco apartados. El relevante en relación con el régimen de dividendos y plusvalías previsto en el artículo 21 es el primero.

El mandato que establece la norma transitoria versa sobre los dividendos y plusvalías imputables a participaciones adquiridas *en periodos impositivos iniciados, en el transmitente, con anterioridad a 1 de enero de 2015*. Tratándose de periodos impositivos coincidentes con el año natural, la norma transitoria versa sobre las adquisiciones efectuadas en 2014 y anteriores.

Es claro que los dividendos y plusvalías de cartera imputables a estas participaciones podrán disfrutar de la exención prevista en el artículo 21, en cuanto rentas devengadas en periodos impositivos en los que el mismo tiene vigencia. En este sentido, el primer párrafo del apartado 1 de la norma transitoria establece que los dividendos procedentes de *entidades residentes en territorio español* disfrutarán del régimen de exención del artículo 21 siempre que, claro está, concurren los requisitos previstos en el mismo.

Sería desafortunada una lectura que, por exclusión, postulara negar la aplicación del artículo 21 a los dividendos procedentes de entidades no residentes en territorio español, o a las plusvalías imputables a valores de entidades residentes o no en territorio español, correspondientes a participaciones adquiridas en 2014 y anteriores. Estos dividendos, y esas plusvalías también tendrán derecho al régimen de exención previsto en el artículo 21, bajo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el mismo.

La enjundia de la normativa transitoria descansa en el segundo párrafo del apartado 1, relativa a dividendos en los que concurren los requisitos del artículo 21, procedan de participaciones adquiridas en 2014 y anteriores, y revistan una especialidad consistente en hallarse implícitos en el precio de adquisición de la participación.

En síntesis, y como se justificará debidamente, puede afirmarse que la norma transitoria prolonga en el tiempo el régimen establecido por el TRLIS respecto de *la distribución de dividendos o participaciones en beneficios que se corresponda con una diferencia positiva entre el precio de adquisición de la participación y el valor de las aportaciones de los socios*. ¿Qué dividendos son estos? Desde luego, todos aquellos que no deben contabilizarse como ingresos, de acuerdo con lo previsto en el Plan General de Contabilidad, porque son superiores a los beneficios generados a partir de la adquisición de la participación y, por tanto, *proceden inequívocamente de resultados generados con anterioridad a la fecha de adquisición*, pero también los repartidos con cargo a beneficios generados después de la adquisición de la participación y que se hallaban implícitos en el precio pagado.

La *diferencia positiva* aludida cubre a los dos tipos de dividendos mencionados. En efecto, esa diferencia comprende las reservas existentes en el momento de la adquisición de la participación más los beneficios que se generen con posterioridad, hasta el momento en que sumados con las aportaciones de los socios existentes en el momento de la adquisición de la participación alcanzan al precio de adquisición.

Por tanto, la norma transitoria se aplicará cuando el precio de adquisición de la participación exceda del importe de las aportaciones realizadas por los socios existentes en el momento de adquisición de la participación, y se proyectará sobre todos los dividendos que se vayan percibiendo hasta que la suma de sus importes alcance el de la *diferencia positiva*.

El TRLIS regulaba la deducción para evitar la doble imposición de este tipo de dividendos en los apartados 4 y 6 del artículo 30, según redacción de la Ley 16/2013. El apartado 4 se refería a los dividendos que no tenían la consideración contable de ingresos, por cuanto se habían repartido con cargo a beneficios existentes en el momento de la adquisición de la participación, y el apartado 6 a aquellos otros que, contabilizados como ingresos por así establecerlo las reglas contables, realmente no eran tales ingresos, por estar implícitos en el precio de adquisición de la participación, siendo el mandato idéntico en ambos casos:

- El dividendo no se integra en la base imponible, sea porque no se contabiliza como ingreso (apdo. 4) o porque así lo establece expresamente la norma (apdo. 6) y, consecuentemente, aminora el valor de la participación, sea por efecto del registro contable (apdo. 4) o porque así lo establece expresamente la norma (apdo. 6)
- Ha lugar a la deducción para evitar la doble imposición, cuando quedare probada la tributación de las plusvalías de cartera o rentas positivas obtenidas por las personas o entidades que sucesivamente transmitieron la participación de la que proceden los dividendos.

Pues bien, el régimen establecido en la norma transitoria para este tipo de dividendos, en cuanto procedentes de participaciones adquiridas en 2014 y anteriores, y en los que concurren los requisitos del artículo 21, es el siguiente:

- Los dividendos no *tienen la consideración de renta*, de manera tal que no se integran en la base imponible, y aminoran el *valor fiscal de la participación*. Algunos de estos dividendos se registrarán contablemente como minoración del valor de la cartera, otros no, pero todos ellos, a efectos fiscales, reducen el valor fiscal de adquisición de la participación.
- Ha lugar *una deducción del 100% de la cuota íntegra que hubiera correspondido a dichos dividendos o participaciones*. No obstante, cuando la entidad de la que se adquirió la participación hubiere acogido la renta positiva obtenida a la deducción por reinversión del artículo 42 del TRLIS, *la deducción será del 18% del importe del dividendo o de la participación en beneficios*.

Naturalmente, la aplicación de ese régimen fiscal está supeditada a la prueba de la tributación de las plusvalías o rentas positivas obtenidas por las personas o entidades que sucesivamente transmitieron la participación, en una cantidad equivalente a los dividendos percibidos, sin que mediara, en el caso de las entidades, la deducción para evitar la doble imposición de plusvalías del artículo 30.5 del TRLIS. Por tanto, si hubiere mediado esa deducción, los dividendos distribuidos con cargo a los beneficios acumulados que la propiciaron no darán lugar a la aplicación del régimen transitorio.

También lo está a que se cumplan los requisitos del artículo 21, de manera tal que solo procede en relación con participaciones significativas mantenidas más de un año, en los términos del apartado 1 del mismo.

En fin, este régimen transitorio solo es aplicable respecto de los dividendos y participaciones en beneficios procedentes de entidades residentes en territorio español.

### EJEMPLO 20

Participación: 100 %; precio de adquisición: 100, fecha adquisición: 2014; fondos propios participada: capital 10, prima de emisión 10; dividendos: 10 (2015), 20 (2016), 40 (2017); 18 (2018); transmisión de la participación en 2019, precio 22. La participación fue adquirida a una entidad jurídica que integró en la base imponible la plusvalía obtenida.

- 2015: 10 (no integrado en base imponible, menor valor participación); 2,8 (deducción).
- 2016: 20 (no integrado en base imponible, menor valor participación); 5 (deducción).
- 2017: 40 (no integrado en base imponible, menor valor participación); 10 (deducción).
- 2018: 10 (no integrado en base imponible, menor valor participación); 2,5 (deducción).
- 2018: 8 (exención, no menor valor participación).
- 2019: 2 ( $22 - [100 - (10 + 20 + 40 + 10)]$ ), exenta.

### EJEMPLO 21

Ídem anterior, pero existiendo reservas, 7, en la entidad participada en el momento de adquirir la participación, las cuales fundamentaron la aplicación del artículo 30.5 del TRLIS.

- 2015: 10 (no integrado en base imponible, menor valor participación); 0,84 ( $10 - 7/28$  %).
- Resto, igual.

La norma transitoria nada establece en relación con las rentas negativas derivadas de la transmisión de la participación cuyas rentas están acogidas al régimen transitorio. En consecuencia se aplicarán las normas previstas en el artículo 21. Ahora bien, puesto que los dividendos han minorado el valor de adquisición de la participación no habrá lugar a la restricción prevista en el apartado 7 de dicho artículo.

### EJEMPLO 22

Ídem anterior 20, tomando como valor de transmisión 12.

- 2019:  $-8 (12 - [100 - (10 + 20 + 40 + 10)])$ , computa.

A falta de la prueba de la integración en la base imponible de la persona o entidad de la que se adquirió la participación de la plusvalía o renta positiva derivada de la transmisión de la participación, se aplicará el régimen del artículo 21, en cuanto se cumplan los requisitos previstos en el mismo. Por tanto, los dividendos contabilizados como ingresos financieros podrán disfrutar de exención, pero no darán derecho a la deducción adicional de la cuota.

El régimen transitorio comentado no es aplicable respecto de los dividendos procedentes de valores adquiridos antes de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/1996. En este supuesto, de acuerdo con lo previsto en el apartado 3 de la disposición transitoria, *serán aplicables las restricciones contenidas en el artículo 28 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, en su redacción original, anterior a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/1996.*

## **4. ¿DEBERÍAN EXCLUIRSE DE LA BASE IMPONIBLE LAS RENTAS NEGATIVAS DERIVADAS DE LA TRANSMISIÓN DE LA PARTICIPACIÓN?**

No son pocos los países que eximen las rentas positivas y que no permiten la inclusión en la base imponible de las rentas negativas, derivadas de la transmisión de instrumentos de patrimonio que cumplen determinados requisitos. Países Bajos, Bélgica y Alemania, entre otros, eximen las plusvalías y no computan las pérdidas. Luxemburgo sí las computa, y lo propio hace el Reino Unido, pero solamente permite su compensación con las rentas del capital. Existen algunos argumentos que podrían apoyar el no cómputo de las rentas negativas, cuando se eximen las positivas.

En primer lugar, pudiera pensarse que el no cómputo de las rentas negativas es el reverso de la exención de las rentas positivas. Este argumento es atractivo, pero no es sólido.

La exención de la renta positiva es una medida para eliminar la doble imposición, pues dicha renta positiva refleja las rentas acumuladas por la entidad participada o las rentas que obtendrá en el futuro. El no cómputo de la renta negativa, por el contrario, no puede inscribirse en un mecanismo para evitar la no imposición. En efecto, la renta negativa refleja las pérdidas reales o potenciales de la entidad participada, las cuales, ciertamente, podrán compensarse con beneficios futuros, pero de ahí no se sigue que la entidad que sufrió la renta negativa no haya padecido una pérdida efectiva.

Ciertamente, el cómputo de la renta negativa, en unión a la exención de los dividendos distribuidos con cargo a beneficios que no tributaron debido a la compensación de bases imponibles negativas, genera un déficit de imposición. Ese déficit de imposición no existiría si la renta negativa no se computara, pero la solución correcta para resolver ese problema no es excluir el cómputo de la renta negativa sino negar el derecho a la exención del dividendo distribuido con cargo a esos beneficios.

### EJEMPLO 23

A constituye la entidad B aportando 100; pérdidas de 80; transmisión a C por 20; beneficios posteriores por 80; reparto de dividendo de 80 previa reducción del capital; alternativamente, transmisión de la participación por 100.

- Renta negativa en A:  $-80 (20 - 100)$ .
- Renta imponible en la entidad participada:  $0 (-80 + 80)$ .
- Dividendos en C: 80 (exentos); plusvalía en C:  $80 (100 - 20)$  (exenta).

Se observa que A ha sufrido una pérdida efectiva, y que B obtiene una renta sin que ningún impuesto la haya gravado.

En segundo lugar, podría argumentarse que desalojar de la base imponible el impacto de los dividendos y de las plusvalías y minusvalías de cartera no supondría otra cosa que circunscribir la tributación por el Impuesto sobre Sociedades a las rentas derivadas de las actividades económicas.

Una tributación sobre los beneficios de las entidades jurídicas así concebida implicaría una suerte de regreso a los criterios de la imposición de producto, en demérito de la personalización del impuesto. En el contexto de una economía cerrada ese regreso sería cuestionable, aunque tal vez podría aceptarse en el de una economía global, donde la imposición de producto en el ámbito de las rentas del capital ha ganado terreno en los últimos años, por razones puramente pragmáticas.

En tercer lugar, considerando el conjunto de las entidades que concurren en un mercado de instrumentos de patrimonio, el cómputo de las minusvalías, cuando las plusvalías están exentas, genera, potencialmente, un déficit de imposición. Ese déficit será tanto más acusado cuanto mayor sean las oscilaciones de valor de los instrumentos de patrimonio. Ahora bien, las economías de mercado son cíclicas y también lo son, en mayor medida, los mercados de valores. Este déficit de imposición, que ya existía en nuestro ordenamiento fiscal desde el año 2000 en relación con los valores extranjeros, ahora se agranda.

#### EJEMPLO 24

La evolución de la cotización de un gran banco español arrojó, en términos simplificados, los siguientes datos: 2007, 19; 2008, 12,5; 2007, 8; 2009, 4,5; 2010, 12; 2011, 8; 2012, 6,5; 2013, 7,5; 2014, 9,5.

- Rentas negativas:  $-6,5 (12,5 - 19) - 4,5 (8 - 12,5) - 3,5 (4,5 - 8); -4 (8 - 12) - 1,5 (6,5 - 8) = -20$ .
- Rentas positivas:  $7,5 (12 - 4,5) + 1 (7,5 - 6,5) + 2 (9,5 - 7,5) = 10,5$ .
- Saldo neto de todos los operadores:  $-9,5$ .
- Saldo neto recaudatorio:  $-20$ .

El valor cero del saldo neto recaudatorio indica que se ha corregido totalmente la doble imposición, para el conjunto de las entidades. El valor negativo del saldo neto recaudatorio indica que se ha corregido la doble imposición y, además, que se ha creado un déficit de imposición, para el conjunto de las entidades.

Siempre que un instrumento de patrimonio oscile de valor el saldo neto recaudatorio será negativo. Tan solo en el supuesto improbable de un ascenso continuado de valor, el saldo neto recaudatorio será cero.

Seguramente, este es el argumento más consistente a favor del no cómputo de las rentas negativas, derivadas de la transmisión de instrumentos de patrimonio.

En cuarto lugar, considerando las prácticas de planificación fiscal de algunos grupos multinacionales, el cómputo de las minusvalías de cartera, junto con la exención de plusvalías de cartera y de los dividendos, ofrece una invitación a la ubicación impostada de carteras de valores en sede de sociedades filiales operativas residentes en territorio español, con el resultado posible y previsible de la generación de minusvalías que podrían llegar a frustrar la tributación de las ren-

tas derivadas de las actividades económicas realizadas por aquellas. Algunas sentencias relativamente recientes alertan acerca de estas operaciones.

En realidad, esta invitación existe desde tiempo inmemorial en nuestro Impuesto sobre Sociedades, pues en él siempre se ha admitido el cómputo de las minusvalías de cartera. Sin embargo, los riesgos no han sido iguales en todos los tiempos. Estos no se presentaron con fuerza hasta la plena efectividad de la libertad de movimiento de capitales, y se incrementaron con la exención de plusvalías de cartera de fuente extranjera y la incorporación al grupo de consolidación fiscal de la entidad de tenencia de valores extranjeros la cual, como es sabido, nació, con la Ley 43/1995, fuera de dicho grupo, y no por casualidad sino, precisamente, para evitar que los intereses y las minusvalías de cartera pudieran neutralizar la imposición de las rentas de las entidades operativas. El rechazo del cómputo de las minusvalías de cartera por bastantes países de nuestro entorno podría señalar a la jurisdicción fiscal española como propicia para ubicar carteras de valores con pérdidas potenciales o implícitas.

En quinto lugar, en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, las minusvalías a más de un año se integran en la base imponible del ahorro, por tanto no neutralizan la tributación de las rentas del trabajo y de actividades económicas, aunque sí las del capital, tales como dividendos e intereses, pero solo hasta el 25% de las mismas.

El mensaje que llega del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas es que no conviene mezclar las minusvalías, incluidas las de cartera, con las rentas de otras fuentes, señaladamente, las derivadas de actividades económicas, y que tan solo de manera limitada es oportuno mezclarlas con las rentas del capital. Este enfoque, llevado al Impuesto sobre Sociedades, implicaría computar las minusvalías de cartera de manera tal que solamente se compensaran con los dividendos y las plusvalías de cartera no exentas.

Los argumentos para no computar las rentas negativas, cuando las rentas positivas están exentas, no son baladíes, máxime si se repara que operan en un contexto en el que la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, aunque formalmente ligada al resultado contable, realmente se ha despegado del mismo.

La opción del legislador de la Ley 27/2014 ha sido computar las rentas negativas. Esta opción no está huérfana de apoyos técnicos, incluso tras ella late un principio de equidad.

Sin embargo, ello no hubiera debido ser obstáculo para adoptar dos medidas, igualmente respaldadas por la técnica tributaria, la equidad, y la legítima protección de las bases imponibles:

- La superación de los supuestos de no imposición.
- La imputación de las rentas negativas a la entidad matriz del grupo mercantil, en vez de a la entidad filial a la que le ha sido asignada la cartera de valores determinante de la renta negativa, a los efectos de evitar que los contribuyentes elijan la jurisdicción



fiscal en la que harán valer la renta negativa. Nótese que con esta medida se desalojarían de la jurisdicción fiscal española rentas negativas oportunistas, debiendo recordarse en este punto que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando ha enjuiciado la cuestión de la compensación transfronteriza de pérdidas, siempre ha aceptado la legitimidad de las normas cuyo objeto era impedir que los contribuyentes pudieran elegir la jurisdicción fiscal en la que habría de producirse la compensación.