

Las pérdidas debidas a donaciones

Análisis de la **RTEAC de 31 de mayo de 2021, RG 3746/2020**

Nuria Puebla Agramunt

Doctora en Derecho por la UCM y abogada del ICAM

Profesora contratada doctora de la UDIMA

Extracto

A continuación comentamos la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 31 de mayo de 2021, RG 3746/2020, en la que el tribunal estima el recurso interpuesto por el director del Departamento de Gestión Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y fija criterio, en contra de la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de la Comunidad Valenciana con sede en Valencia, de fecha 30 de septiembre de 2019, que había interpretado el artículo 33.5 c) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en el sentido de que las transmisiones a título lucrativo realizadas por actos *inter vivos* pueden dar lugar a pérdidas patrimoniales, a integrar en la base imponible del impuesto del donante o transmitente.

1. Supuesto de hecho

El Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) dicta el 31 de mayo de 2021 resolución (RG 3746/2020 –NFJ082359–) en respuesta al recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio, que había sido interpuesto por el director del Departamento de Gestión Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR) de la Comunidad Valenciana, de 30 de septiembre de 2019, recaída en la reclamación 46/12.196/2016, interpuesta frente a la liquidación provisional dictada por una Dependencia gestora de la AEAT atinente al impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) del ejercicio 2014.

2. Doctrina del tribunal

El TEAC, en el recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio, interpuesto por el director del Departamento de Gestión Tributaria de la AEAT, acuerda estimarlo, fijando el criterio siguiente:

de acuerdo con la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, las pérdidas patrimoniales derivadas de transmisiones lucrativas *inter vivos* no se computan fiscalmente, ni por el importe total del valor de adquisición, ni por la diferencia entre el valor de adquisición y el de transmisión.

3. Comentario crítico

Lo primero sobre lo que quisiera llamar la atención en este breve comentario es sobre el hecho de que los directores de departamento de la AEAT puedan recurrir las decisiones de los TEAR. Si bien es cierto que, en los recursos extraordinarios de alzada para la unificación de criterio, interpuestos al amparo del artículo 242 de la Ley 58/2003, General Tributaria (LGT), los directores no tienen ni voz ni voto (ya que solo intervienen en las Salas Especiales para la Unificación de Doctrina, es decir, en aquellos recursos extraordinarios para unificación de doctrina, del artículo 243 de la misma LGT), sí que pueden promover y promueven recursos de alzada, y de hecho lo hacen, para corregir decisiones de los tribunales regionales.

No parece que sea acorde con la idea de imparcialidad que debe presidir la actuación de cualquier tribunal, sea de la naturaleza que sea, que la Administración pueda intervenir para, sin afectar lógicamente a la situación jurídica individualizada sobre la que ya se ha dictado resolución, reprender a los tribunales que no adopten decisiones del gusto de la AEAT, recurriendo sus resoluciones en alzada extraordinaria al TEAC, donde normalmente sin resistencia ni contraste, podrán hacer prevalecer su postura.

Esto es lo que ocurre en este caso, en el que la destinataria de la resolución del TEAR de la Comunidad Valenciana no presentó alegaciones. Y el recurso de alzada del director de Gestión ha sido examinado por el TEAC sin oposición alguna, ya que tampoco el TEAR que dictó la resolución de marras es llamado al proceso para defender su tesis.

Dicho esto, y entrando de lleno en la decisión del TEAC, se observa como este transcribe la resolución del TEAR de la Comunidad Valenciana¹, y también el recurso del director del Departamento de Gestión Tributaria. Este último señala que el criterio que debe prevalecer es el de la Dirección General de Tributos (DGT) manifestado en varias de sus consultas, entre ellas la V1870/2018, de 25 de junio (NFC069640); y añade, a mi juicio de forma desafortunada, que toda la hermenéutica que había utilizado el TEAR valenciano era errónea.

El TEAR de la Comunidad Valenciana había dicho en su Resolución de 30 de septiembre de 2019 que

en caso de transmisión de un bien a título lucrativo, la salida del bien del patrimonio de la entidad no constituye una pérdida por su valor actual de mercado, pero puede generar tanto una ganancia como una pérdida por la diferencia entre ese valor y el de adquisición.

Y tras una extensa e impecable argumentación, había estimado la reclamación y anulado el acto de regularización impugnado, en virtud del cual la AEAT había suprimido las pérdidas declaradas por un matrimonio que había donado ciertos inmuebles a sus hijos.

El TEAC, sin embargo, apelando únicamente a la máxima latina *ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus*, es decir, donde la ley no distingue, no debe distinguir el intérprete, sostiene en su Resolución objeto de este análisis, de 31 de mayo de 2021, RG 3746/2020 (NFJ082359) (fundamento jurídico cuarto) que

si el texto de la norma es claro, preciso e inequívoco, no existiendo desajuste entre sus términos y su significado final, el intérprete debe limitarse a su mera constatación y aplicación. Pues siendo la norma clara y unívoca, no admite más que una interpretación, careciendo de sentido que se intentaran realizar otras interpretaciones

¹ Lo cual es de agradecer, pues la resolución misma no se encuentra publicada en la base de datos del portal del Ministerio de Hacienda y Función Pública.

distintas, pues las mismas únicamente llevarían a oscurecer lo que es claro, a distorsionar su significado y, en definitiva, a tergiversar la clara voluntad del legislador.

Ciertamente, el único razonamiento que han podido usar, tanto la AEAT como el TEAC, es el de la interpretación literal. Pero resulta que esta interpretación puramente literal es contraria a la verdadera significación del precepto a lo largo de su historia y en la actualidad, así como a su finalidad.

Lo anterior es importante, porque no ha de perderse de vista que el Código Civil (CC) establece cómo deben interpretarse las normas jurídicas, dando los parámetros de la hermenéutica; y que nuestra LGT establece también que las normas tributarias se interpretarán con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 del CC, resultando que este corpus da prevalencia, de todos los criterios, al que atiende a lo que se llama el «espíritu y finalidad» de las normas². Por eso, a mi entender, jurídicamente era mucho más correcto lo que había expresado el TEAR de Valencia, que había afirmado que

solo desde una interpretación meramente literalista, efectuada totalmente al margen de la verdadera significación del precepto a lo largo de su historia y en la actualidad, de su finalidad, de su interpretación sistemática, y de los más elementales postulados de la lógica y de la equidad, puede llegarse a la conclusión sostenida por la Administración.

Y es que el TEAR de la Comunidad Valenciana, tras hacer un repaso de los criterios que presiden la interpretación de las normas tributarias (el gramatical o literal, el sistemático, el teleológico, el histórico, el sociológico y el lógico) y tras recorrer la historia de los incrementos y disminuciones de patrimonio (hoy ganancias y pérdidas patrimoniales) en el IRPF, había explicado que el precepto ha existido siempre y que desde su origen tiene una razón de ser muy concreta, a saber: que, la que podríamos llamar «pérdida económica», inherente a toda transmisión lucrativa, no es una disminución patrimonial o pérdida a efectos del IRPF, esto es, no es una «pérdida fiscal».

La problemática la explicaba gráficamente el TEAR con un ejemplo, exponiendo que si del patrimonio del sujeto pasivo, cuyo valor es 1.000, se dona un inmueble que vale 100, automáticamente hay una disminución del valor del patrimonio, que se reduce a 900, denominando a ello «pérdida económica», cuyo importe sería de 100. Pero, como bien razona el tribunal, eso no significa que, a efectos del IRPF, exista una disminución patrimonial de 100. Esto y no otra cosa es lo que quiere decir el precepto en cuestión, sostenía el TEAR, explicando que

² Literalmente el artículo 3.1 del CC prevé:

Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

ello no tiene nada que ver con que la salida de ese bien (por valor de 100) pueda haber generado un incremento de patrimonio de 60, si su valor de adquisición fue de 40, o una disminución de patrimonio de 15, si el bien se hubiese adquirido por el obligado tributario por 115.

La cuestión es: aunque desde un punto de vista económico, toda transmisión lucrativa implica una pérdida patrimonial (en el sentido de que el valor del patrimonio disminuye), fiscalmente la operación puede dar lugar a una ganancia o a una pérdida patrimonial, y ello según que el valor de adquisición sea menor o mayor, respectivamente, que el determinado en la transmisión lucrativa a efectos del impuesto sobre sucesiones y donaciones.

Además de esta explicación, tan elemental como cierta, el TEAR de la Comunidad Valenciana había razonado que no tenía sentido un resultado tan gravoso, como el que pretendía la AEAT (excluir del cómputo de la pérdida patrimonial, por diferencia entre el valor de adquisición y el de donación, al padre que dona un determinado bien a su hijo), cuando si el padre hubiese vendido el bien en primer lugar y hubiese donado seguidamente el importe a su hijo, nadie cuestionaría la pérdida patrimonial.

Adicionalmente, poniendo el precepto interpretado en el contexto más amplio de la imposición sobre la renta en nuestro sistema tributario, y tras examinar el supuesto en cuestión en el ámbito del impuesto sobre sociedades, se observa, añadía el TEAR, que, también en la ley de dicho impuesto, se admite que la transmisión a título lucrativo de un bien pueda generar tanto beneficio como pérdida. De modo que la interpretación sistemática del artículo 33.5 c) de la Ley 35/2006 reafirmaba la conclusión valenciana.

Se han alzado voces en la doctrina que afirman que

resulta digno de una Administración como la española que un Tribunal Económico-Administrativo Regional, como en este caso el de Valencia, haga un análisis jurídico tan preciso y bien armado en contra de los postulados de la DGT y en favor de la capacidad económica y la equidad (Blázquez Lidoy, 2021).

Comparto esta valoración, pues la resolución del TEAR nos muestra que podemos encontrar en estos tribunales pertenecientes al Ministerio de Hacienda, una preocupación por encontrar el verdadero sentido de las normas, por aplicar los principios esenciales del ordenamiento jurídico tributario y, en definitiva, por hacer que prevalezcan la justicia y la racionalidad en la aplicación de las normas tributarias.

Como sostenía con acierto la resolución del TEAR, desde que la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, creó el IRPF, el concepto de las ganancias y disminuciones patrimoniales ha sido, en esencia, el mismo: las variaciones en el valor del patrimonio del sujeto pasivo que se pongan de manifiesto con ocasión de *cualquier alteración en la composición de aquel*, es decir, tanto si la alteración –adquisición o enajenación– se producía a título oneroso como lucrativo, como si tenía lugar por un acto ajeno a la voluntad del obligado tributario.

Esta estructura de los incrementos y disminuciones patrimoniales (hoy, ganancias y pérdidas patrimoniales) es la que, en su esencia, ha llegado hasta la actualidad; y el significado del artículo 33.5 c) de la Ley 35/2006 es exactamente el mismo del que se contenía en la Ley 44/1978. Y como sostenía el TEAR, no supuso variación alguna la nueva redacción del artículo 20 de la Ley del IRPF por la Ley 48/1985, de 27 de diciembre.

La Ley 40/1998, al sustituir el término «donativos», utilizado por las Leyes 44/1978 y 18/1991 por el de «transmisiones lucrativas *inter vivos*», no pretendió modificar el concepto fiscal de pérdida, ni desde luego impedir el cómputo de las mismas a la hora de integrar la base imponible del IRPF; y como sostenía el TEAR de la Comunidad Valenciana:

lo que se excluye del concepto de pérdidas patrimoniales en la Ley 44/1978 son *las debidas a liberalidades del sujeto pasivo* y en la Ley 18/1991 son *las debidas a donativos y liberalidades*; y de ahí se pasa a la actual redacción (Leyes 40/1998 y 35/2006), en las que lo que se excluye son *las debidas a transmisiones lucrativas por actos «inter vivos» o a liberalidades*. En nuestra opinión, aparte de las posibles redundancias existentes en las distintas redacciones, el contenido de la exclusión que nos ocupa no ha experimentado variación alguna y ello, tanto desde un punto de vista literal o gramatical, como desde un punto de vista técnico jurídico (la cursiva es mía).

A mi juicio, lo que está excluyendo el artículo 33.5 c) de la Ley 35/2006 del IRPF –y todas las leyes anteriores del IRPF– es únicamente la pérdida patrimonial económica, no excluyéndose la pérdida patrimonial fiscal, generada por la diferencia entre el valor de adquisición y el de donación del bien. Además de que comparto las razones expresadas por el TEAR de la Comunidad Valenciana, me conduce a esta misma conclusión la interpretación sistemática del precepto, ya que, de no ser así interpretado, carecerían por completo de sentido los artículos 34, 35 y 36 de la propia Ley 35/2006. Puestos estos preceptos en relación con el que nos ocupa, e interpretando los unos con los otros, en ningún caso podemos concluir que el artículo 33.5 c) de la Ley del IRPF pueda estar excluyendo del concepto de pérdidas patrimoniales las pérdidas fiscales que se generen, en su caso, en las transmisiones a título lucrativo por actos *inter vivos*.

Sin embargo, el TEAC se ciñe al sentido literal de las palabras y prescinde del sentido jurídico de la norma, del principio de capacidad económica (que obliga a buscar la riqueza allá donde esta se encuentre y a no gravar situaciones de pérdida fiscal real, como las que se gravan con la interpretación del TEAC); del principio de justicia, de igualdad, de equidad y hasta de la lógica (ya que situaciones idénticas, van a recibir, sin justificación razonable alguna, un tratamiento distinto, como hemos expuesto antes, con el caso del padre que primero vende y luego dona; y sostiene que el texto de la ley es claro y que el legislador está excluyendo expresamente de la integración en la base imponible del transmitente las pérdidas patrimoniales que se producen por la diferencia entre el valor a efectos del impuesto sobre sucesiones y donaciones y el valor de adquisición del bien transmitido.

Insiste el TEAC varias veces en que la letra de la norma es clara y es fruto de la decisión del legislador. A su entender, frente a la admisión del cómputo en base imponible de estas pérdidas fiscales en la Ley 44/1978, es el legislador quien ha decidido posteriormente su exclusión.

Pero creo, y digo esto con todo respeto, que la implícita apelación al aforismo latino *in claris non fit interpretatio* no procede, porque, en mi opinión, sí que era preciso distinguir entre «pérdida fiscal» y «pérdida económica»; porque, si tan clara fuera la disposición normativa, no habría generado tanta confusión entre los contribuyentes; y porque, desde luego, no habría provocado una resolución tan fundamentada como la del TEAR de la Comunidad Valenciana de 30 de septiembre de 2019, de la que ya he dicho que es una joya que invita a la reflexión (Puebla Agramunt, 2019), que ha sido calificada de razonable y justa (Paniagua, 2019), y de la que se ha dicho que contiene una interpretación cuya aplicación evitaría situaciones de injusticia social (Cuesta Cuesta y Álvarez Barbeito, 2020).

Además, erróneamente –siempre a mi entender–, el TEAC considera que estamos ante una norma antifraude, cuando afirma que

la exclusión legal del cómputo de pérdidas generadas en transmisiones a título gratuito presenta una finalidad clara: la evitación de situaciones de riesgo fiscal por lo que no cabe desde el punto de vista teleológico, la búsqueda de interpretaciones diferentes a la que la literalidad de la norma ofrece.

Y quiere atajar, con su decisión de 31 de mayo de 2021, que establece criterio, la posibilidad de que los contribuyentes puedan incorporar «pérdidas voluntarias», con ocasión de donaciones, que «bien pueden esconder intenciones nada altruistas ni generosas como la planificación de mecanismos de elusión fiscal», entendiendo que, en todo caso, estamos ante conductas patológicas de los administrados.

El hecho de que haya contribuyentes que, como dice el director de Gestión recurrente y opina igualmente el TEAC, puedan incorporar a sus declaraciones, pérdidas voluntarias, con esas intenciones, no puede ser jamás motivo para la proscripción con carácter generalizado del cómputo de las pérdidas reales, sufridas con ocasión de las donaciones, pues ello va abiertamente en contra del principio de que todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica y con un sistema tributario justo; es decir, va contra la esencia de nuestro sistema, plasmada en el artículo 31 de la Constitución.

También quisiera llamar la atención sobre un pequeño párrafo que, al final del fundamento jurídico cuarto de su resolución, contiene la resolución del TEAC objeto de análisis. Dice así:

En todo caso nos encontramos ante una norma vigente que no ha sido declarada ilegal ni contraria a la Constitución y que por ello ha de ser aplicada por la Administración Tributaria.

Examinada la resolución del TEAR, no encuentro un solo párrafo de la misma en que se haya dudado de la constitucionalidad de la norma en cuestión. ¿Por qué nos dice esto el TEAC?

Lo que dijo literalmente el TEAR (fundamento jurídico séptimo) es lo siguiente:

Con todo, las más importantes consideraciones son las que derivan de la interpretación teleológica, que en este caso hemos de encontrarla en la concordancia con los principios constitucionales y, muy especialmente, en el principio de capacidad contributiva, así como en la equidad, que en todo caso es guía esencial en la labor interpretativa.

No se trata de que la norma sea inconstitucional, ni el TEAR ha expresado nada parecido. Es otra cosa. A mi juicio, lo que se ha querido decir, y si fuera así lo comparto, es más bien que la interpretación de esta norma ha de hacerse *con arreglo* a los principios generales del derecho y a los principios constitucionales. Porque estos cumplen una doble función: informan el ordenamiento jurídico, sí, pero no solo esto; además, se aplican, inspiran al intérprete y aplicador del derecho y, por supuesto, pueden siempre invocarse como elemento hermenéutico³.

Aun así, yendo más allá, puede quizás verse en la frase del TEAC una invitación a que, quienes deseen seguir recurriendo, lo hagan, invocando que esta norma, interpretada tal y como obliga ahora el TEAC a hacerlo, genera situaciones contrarias a principios constitucionales, como el de igualdad o el de capacidad económica, sin que esta vulneración tenga una justificación razonable. Pues si bien la Administración tributaria debe aplicar este criterio del TEAC, no tienen por qué hacerlo los ciudadanos ni, desde luego, los tribunales de justicia, que deciden con base en principios como el de equidad y justicia, y que, si consideran que la norma, de cuya validez depende el fallo, puede ser inconstitucional, deben plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Ello aparte de que, teniendo en cuenta que esta norma jurídica, así interpretada y aplicada, socava el concepto de renta, al eliminar del mismo determinadas pérdidas patrimoniales; y permite que se trate de forma radicalmente diferente a quien dona respecto de quien, en lugar de donar, vende el bien y dona el producto de la venta; me conduce a llevar este asunto a tribunales ordinarios de justicia, que sí puedan juzgar la inadecuación a los principios rectores de nuestro ordenamiento y a los más elementales principios constitucionales, de una norma cuya interpretación, por parte de la Administración tributaria, provoca o puede provocar, sin una justificación razonable, situaciones de gran injusticia y desigualdad; y que, sin embargo, interpretada como lo hace el TEAR valenciano, es ajustada al sentido histórico de la norma y respetuosa con el principio de capacidad económica.

³ El artículo 1.4 del CC establece literalmente que «Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico».

Por eso, en todo caso, a mi juicio, no hace falta declarar la norma inconstitucional, ni el TEAR de la Comunidad Valenciana había mencionado siquiera esa posibilidad. Basta con interpretar la norma con arreglo a los principios inspiradores del ordenamiento jurídico, para que esta sea acorde con la Constitución.

Por último y antes de finalizar, quisiera expresar que entiendo que aquellos destinatarios de acuerdos de imposición de sanción, en casos de regularizaciones de este precepto de la LGT, tienen motivos más que suficientes para su impugnación, invocando el artículo 179.2 d) de la LGT como causa de exoneración de la responsabilidad; ya que difícilmente se puede sostener que quien ha autoliquidado imputando estas pérdidas, no ha realizado una interpretación razonable de la norma.

Y es que, si una Administración ha considerado que, quien se ha imputado estas pérdidas debidas a donaciones, ha cometido infracción y merece ser sancionado por esta conducta, tiene difícil, a mi juicio, motivar el elemento subjetivo, ya que no hace falta recordar que todo acuerdo sancionador exige la motivación y prueba de la culpabilidad, y, en este caso, esta debe descartarse: una cosa es no compartir el criterio de la resolución del TEAR de la Comunidad Valenciana y otra muy distinta llegar a considerar culpable la conducta de quien haya actuado con arreglo a él o con un criterio propio que ha venido a ser respaldado por el TEAR valenciano.

Motivar esta sanción con la usual argumentación de que el obligado tributario no se ampara en una interpretación razonable, no es de recibo, porque supone, *de facto*, tachar de irrazonable el criterio, sin justificación alguna, de un tribunal perteneciente al propio Ministerio de Hacienda.

Referencias bibliográficas

- Blázquez Lidoy, A. (2021). El valor de referencia y la reforma encubierta del mecenazgo de bienes inmuebles. *Nueva Fiscalidad*. (Prensa) (cedido por cortesía del autor).
- Cuesta Cuesta, L. y Álvarez Barbeito, P. (2020). La integración de las pérdidas patrimoniales derivadas de donaciones: interpretación del TEAR valenciano. *GA_P*. <<https://www.ga-p.com/publicaciones/la-integracion-de-las-perdidas-patrimoniales-derivadas-de-donaciones-interpretacion-del-tear-valenciano/>>.
- Paniagua, Á. (2019). Las donaciones pueden dar lugar a pérdidas patrimoniales en el IRPF. *Uría Menéndez*. <<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/7079/documento/Tribuna-Empresa-Familiar.pdf?id=11895>>.
- Puebla Agramunt, N. (2019). IRPF y pérdidas debidas a donaciones. *Nuria Puebla Agramunt. Estudio Jurídico*. <<https://www.nuriapuebla.com/blog/irpf-y-perdidas-debidas-a-donaciones/>>.