



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**LA TRIBUTACIÓN EN IRPF DE LAS PÉRDIDAS
PATRIMONIALES EN TRANSMISIONES
LUCRATIVAS**

Autor: Elena Beñarán Oficialdegui

5º E-3 A

Derecho Tributario

Tutor: Antonio Palou Bretones

Madrid

Abril 2021

Resumen:

El artículo 33.5.c) de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas prevé que no se podrán computar las pérdidas patrimoniales debidas a transmisiones lucrativas. De este modo, la AEAT y la Dirección General de Tributos han venido determinado, en virtud de una interpretación literal de este artículo, que no se puede computar pérdida alguna a efectos del IRPF cuando exista una pérdida patrimonial por la donación de un bien.

Sin embargo, se produce un giro inesperado con la Resolución del TEAR de Valencia de 30 de septiembre de 2019 en la que cambia su propio criterio anterior. Con una excelente argumentación, abre la puerta a que las pérdidas patrimoniales fiscales que se generen en las donaciones, por la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión del elemento donado, se integren en la base imponible del impuesto. Por tanto, como se verá a lo largo del trabajo, la cuestión consiste en discernir si la Ley busca excluir del IRPF la pérdida patrimonial económica o también la pérdida patrimonial fiscal.

Palabras clave: *artículo 33.5.c), transmisiones lucrativas, pérdidas patrimoniales, IRPF, donaciones, cambio de criterio, pérdida patrimonial fiscal, pérdida patrimonial económica.*

Abstract:

Article 33.5.c) of the Personal Income Tax Law provides that capital losses due to lucrative transfers cannot be computed. In this regard, the AEAT and the Directorate General for Taxation have determined, by virtue of a literal interpretation of this article, that no loss can be computed for personal income tax purposes when there is a capital loss due to the donation of an asset.

However, there is an unexpected twist with the Resolution of the TEAR of Valencia of 30 September 2019 in which it changes its own previous criteria. With an excellent argumentation, it opens the door to tax losses generated in donations, due to the difference between the acquisition and transfer values of the donated item, being included in the tax base. Therefore, as will be seen throughout this paper, the question is to discern whether the Law seeks to exclude from personal income tax the economic capital loss or also the tax capital loss.

Key Words: *article 33.5.c), lucrative transfers, capital losses, personal income tax, donations, change of criterion, tax loss, economic loss.*

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	7
1.1. OBJETO	7
1.2. MOTIVO Y JUSTIFICACIÓN.....	8
1.3. METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA	9
2. EL ARTÍCULO 33.5. C) DE LA LIRPF. INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA	11
2.1. GANANCIAS Y PÉRDIDAS PATRIMONIALES. EL ARTÍCULO 33 DE LA LIRPF	11
3. GANANCIAS Y PÉRDIDAS PATRIMONIALES DEBIDAS A TRANSMISIONES LUCRATIVAS	16
3.1. TRANSMISIONES LUCRATIVAS. EL TÍTULO LUCRATIVO	16
3.2. VALOR DE ADQUISICIÓN (ARTÍCULO 35 Y 36 LIRPF).....	18
3.3. VALOR DE TRANSMISIÓN.....	19
3.4. EJEMPLO PRÁCTICO.....	19
4. LA TRIBUTACIÓN DE LAS PÉRDIDAS PATRIMONIALES DEBIDAS A TRANSMISIONES LUCRATIVAS (ART. 35. C) LIRPF).....	22
4.1. INTERPRETACIÓN DE LA AEAT Y DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS DEL ARTÍCULO 33.5.C) DE LA LIRPF.....	22
4.2. REFLEXIONES CONTRARIAS.....	24
4.3. PROBLEMÁTICA EN TORNO A SU INTEGRACIÓN EN LA BASE IMPONIBLE DEL AHORRO Y COMPENSACIÓN DE RENTAS	25
4.4. EJEMPLO PRÁCTICO.....	27
5. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO REGIONAL DE VALENCIA, DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2019.....	29
5.1. HECHOS Y RECLAMACIÓN	29
5.2. CAMBIO DE CRITERIO Y ARGUMENTACIÓN	30
5.2.1. <i>Pérdida patrimonial económica y pérdida patrimonial fiscal</i>	30
5.2.2. <i>Interpretación histórica</i>	31
5.2.3. <i>Interpretación literal o gramatical</i>	33

5.2.4.	<i>Interpretación sistemática</i>	34
5.2.5.	<i>Interpretación lógica</i>	35
5.2.6.	<i>Interpretación teleológica</i>	35
6.	PRINCIPIO DE CAPACIDAD ECONÓMICA COMO LÍMITE DEL DEBER DE CONTRIBUIR	36
6.1.	EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD ECONÓMICA Y EL IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DE VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA (IIVTNU).....	37
6.2.	RELACIÓN CON EL SUPUESTO DEL ARTÍCULO 33.5. C) DE LA LIRPF.....	39
7.	EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO DE LA AEAT	42
7.1.	LA FIGURA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN EL DERECHO CIVIL.....	42
7.2.	LA FIGURA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO.....	43
7.2.1.	<i>El enriquecimiento injusto de la Administración Tributaria en el ámbito de las retenciones del IRPF</i>	44
8.	SANCIÓN TRIBUTARIA APLICABLE	47
9.	CONCLUSIONES	48
10.	BIBLIOGRAFÍA	50

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1:	Renta del Ahorro.....	26
Figura 2:	Interpretación de la AEAT y DGT del art. 33.5.c) LIRPF	40
Figura 3:	Realidad de la donación (Interpretación del TEAR de Valencia)	41

LISTADO DE ABREVIATURAS

AEAT:	Agencia Estatal de la Administración Tributaria
art.:	artículo
arts.:	artículos
CE:	Constitución Española
DGT:	Dirección General de Tributos
IBI:	Impuesto sobre Bienes Inmuebles
IRPF:	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
ISD:	Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
IIVTNU:	Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana
LGT:	Ley General Tributaria
LIRPF:	Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
LIS:	Ley del Impuesto sobre Sociedades
LISD:	Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
LRHL:	Ley Reguladora de las Haciendas Locales
núm.:	número
ss.:	siguientes
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC:	Tribunal Constitucional
TEAC:	Tribunal Económico-Administrativo
TEAR:	Tribunal Económico-Administrativo Regional
TS:	Tribunal Supremo

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Objeto

El presente trabajo tiene por objeto reflejar la problemática que existe en torno al cómputo en la base imponible del ahorro del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de las pérdidas patrimoniales producidas a causa de las transmisiones a título lucrativo.

En concreto, el **artículo 33.5.c)** de la Ley del IRPF (LIRPF) establece que *“No se computarán como pérdidas patrimoniales las siguientes: ...c) Las debidas a transmisiones lucrativas por actos inter vivos o a liberalidades”*.

De esta manera, no cabe duda de que las pérdidas debidas a transmisiones lucrativas por actos *inter vivos* y liberalidades no suponen una pérdida patrimonial por el valor del bien donado, en tanto que constituyen un acto voluntario del contribuyente cuyas consecuencias no pueden trascender a la base imponible del impuesto, sin perjuicio de la repercusión que tengan, en su caso, a efectos de deducciones (Núñez Zubillaga et al., 2007).

Cuestión distinta es discernir si este precepto también abarca la pérdida patrimonial que, en su caso, se pueda poner de manifiesto en dicha donación, por la diferencia entre el coste de adquisición del elemento donado y su valor de transmisión a efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD). Es decir, la cuestión está en determinar si el legislador está excluyendo la **“pérdida patrimonial económica”** que experimenta el patrimonio del transmitente o también la **“pérdida patrimonial fiscal”** generada por la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión del elemento donado.

Sin embargo, a partir este artículo, la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) viene tradicionalmente entendiendo que no se puede computar pérdida alguna a efectos de IRPF cuando se produce una pérdida patrimonial a causa a una transmisión lucrativa. De manera contraria, si a causa de una donación se produce una ganancia patrimonial, determinada por la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión del elemento donado, el donante se encuentra obligado a tributar en el IRPF por la misma.

Este criterio, a juicio de muchos fiscalmente injusto, ha sido también el criterio que han mantenido hasta la fecha la Dirección General de Tributos (DGT), en las consultas publicadas al respecto, y los Tribunales económico-administrativos. No obstante, en septiembre de 2019 se produce un giro inesperado. El Tribunal Económico-Administrativo Regional (en adelante TEAR) de Valencia en su **Resolución de 30 de septiembre de 2019** modifica su posición y abre la puerta a que se las transmisiones lucrativas puedan generar pérdidas patrimoniales a efectos del IRPF.

El TEAR de Valencia reconoce que, hasta el momento de la Resolución, había seguido el criterio de la AEAT y DGT y dedica varias páginas a justificar, explicar y motivar su cambio de posición. Es una resolución muy interesante ya que termina estimando la reclamación y, por ende, estableciendo que la donación de un paquete de acciones del reclamante puede generar una pérdida a integrar en la base imponible del ahorro del IRPF por la diferencia entre su valor de adquisición y transmisión. A juicio del Tribunal, solamente desde una interpretación meramente “*literalista*” de la norma puede llegarse a la conclusión seguida hasta la fecha por la Administración Tributaria.

En definitiva, con este trabajo se busca exponer esta situación que a juicio de muchos autores es injusta e incoherente con el principio de capacidad económica. Además, como se verá, puede incluso provocar un enriquecimiento injusto de la Administración Tributaria. Por tanto, no es mi intención realizar un estudio sobre la tributación de las ganancias y pérdidas patrimoniales en IRPF. El propósito principal del trabajo consiste en analizar de manera específica un supuesto muy concreto en el ámbito del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: *“las pérdidas patrimoniales debidas a transmisiones lucrativas por actos inter vivos o a liberalidades”* (art. 33.5. c) de la LIRPF).

1.2. Motivo y Justificación

El punto de partida de este trabajo es sin lugar a duda la Resolución de 30 de septiembre de 2019 del TEAR de Valencia. Desde mi punto de vista, el razonamiento manifestado y argumentado por el Tribunal es muy razonable y fiscalmente justo. De esta forma, captó mi atención y me empujó a abordar este supuesto tan específico dentro del ámbito del IRPF.

Antes de la publicación de la Resolución, la gran mayoría de los contribuyentes y asesores fiscales habían interpretado la norma sin ir más allá de la mera literalidad. Prueba de ello es la poca doctrina administrativa y jurisprudencial que existe sobre este tema. Sin embargo, este trabajo tiene la motivación de mostrar cómo la interpretación de la DGT puede llegar a ser inapropiada desde el principio de capacidad económica e incluso provocar un enriquecimiento injusto de la Administración Tributaria.

La conclusión a la que llega TEAR de Valencia me parece difícilmente rebatible y es acorde con la opinión de diversos autores que expongo a lo largo del trabajo. Sin embargo, es importante señalar que habrá que esperar a la interpretación que realicen al respecto el Tribunal Económico-Administrativo Central (en adelante TEAC) y, en su caso, los tribunales de justicia contencioso-administrativo correspondientes.

1.3. Metodología y Estructura

En cuanto a la metodología empleada para la elaboración de este trabajo, el punto de partida ha sido la Resolución del TEAR de Valencia de 30 de septiembre de 2019. De esta forma, primero se ha llevado a cabo un profundo análisis de la Resolución para comprender la impecable argumentación realizada por el Tribunal. Posteriormente, se ha ido recabando información de diversas publicaciones académicas, manuales de Derecho Tributario, legislación nacional, jurisprudencia y doctrina administrativa con el objetivo de entender bien la dinámica de las ganancias y pérdidas patrimoniales y, de manera más concreta, el supuesto contemplado en el artículo 33.5.c) de la LIRPF.

En cuanto a la estructura del trabajo, en primer lugar, se comienza introduciendo el concepto de ganancias y pérdidas patrimoniales, examinando su delimitación positiva y negativa, hasta llegar al supuesto que realmente interesa: el no cómputo en el IRPF de las pérdidas patrimoniales debidas a transmisiones lucrativas.

En segundo lugar, se hace hincapié en las transmisiones lucrativas, explicando qué se entiende por “título lucrativo” y cómo se determina el importe de las mismas (arts. 35 y 36 LIRPF). Esto se ilustra con un ejemplo práctico que termina enlazando con el objeto principal del trabajo, es decir, con el supuesto recogido en el art. 33.5.c) de la LIRPF.

A continuación, por un lado, se refleja la interpretación que han hecho hasta el momento la AEAT y la DGT sobre el mismo y, por el otro, se muestran también las opiniones y reflexiones contrarias de distintos autores. Posteriormente, se hace un exhaustivo análisis de la Resolución del TEAR de Valencia de 30 de septiembre de 2019 y se reflejan de manera muy detallada todos los argumentos expuestos por el Tribunal.

Después de este análisis, se muestra que esta situación es inapropiada desde la perspectiva del principio de capacidad económica y cómo puede llegar a producir un enriquecimiento injusto por parte de la Administración Tributaria. Con el fin de explicar esto de una forma clara y debido a la escasa doctrina existente en torno a la problemática del art. 33.5.c) LIRPF, se recurre a la jurisprudencia y doctrina de otros supuestos muy conocidos. En concreto, se analiza la problemática en torno al IIVNTU y el principio de capacidad económica y, seguidamente, se expone el enriquecimiento injusto de la Administración Tributaria en el ámbito de las retenciones del IRPF.

Finalmente, antes de concluir, se dedica un apartado a explicar la posible sanción tributaria que la AEAT pretende imponer a los sujetos que intentan integrar en la base imponible del IRPF las pérdidas debidas a transmisiones lucrativas. Como se verá, la interpretación que ha realizado el TEAR puede servir de causa de exclusión de responsabilidad.

2. EL ARTÍCULO 33.5. C) DE LA LIRPF. INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA

2.1. Ganancias y pérdidas patrimoniales. El artículo 33 de la LIRPF

Como cierre de las rentas que componen la base imponible del IRPF se encuentran las ganancias y pérdidas patrimoniales. Bajo esta denominación, no excesivamente correcta a juicio de muchos autores, se incluyen las plusvalías y minusvalías, es decir, las ganancias y pérdidas de capital (Queralt et al., 2016).

El concepto de ganancias y pérdidas patrimoniales se encuentra recogido en la LIRPF en su sección 4ª. En concreto, en el artículo 33, que se divide en 5 apartados.

De acuerdo con el artículo 33.1 de la LIRPF, tienen la consideración de ganancias y pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél, salvo que por la propia LIRPF se califiquen como rendimientos. Por tanto, para que se produzca una ganancia o pérdida patrimonial deben cumplirse los siguientes requisitos (Calvo Vérguez, 2012):

- Existencia de una alteración en la composición del patrimonio del contribuyente, es decir, un ingreso en el patrimonio y/o salida de este de cualquier clase de bienes o derechos.
- Que a causa de dicha alteración se produzca una variación en el valor del patrimonio del contribuyente. En este sentido, es necesario que se produzca una variación positiva o negativa en el valor del elemento afectado, es decir, un incremento o una disminución.
- Que no exista una norma legal que expresamente exceptúe de gravamen la correspondiente ganancia o la haga tributar como rendimiento. Este requisito se debe relacionar con el carácter residual de las ganancias y pérdidas patrimoniales.

Las alteraciones patrimoniales pueden adoptar manifestaciones variadas. Cabe resaltar que García Berro (2018a) señala que el concepto de ganancia o pérdida patrimonial es omnicompreensivo.

En otras palabras, se incluyen en el concepto cualquier enriquecimiento o empobrecimiento, siempre que el mismo se evidencie como consecuencia de cambios en la composición del patrimonio. Por esta razón, se excluyen de modo expreso en el artículo 33.1 del concepto de ganancia patrimonial todos los supuestos que se califiquen en la LIRPF como rendimientos.

Los apartados 2, 3, 4 y 5 del art. 33 de la LIRPF configuran una serie de supuestos que contribuyen a delimitar negativamente el concepto de ganancia y pérdida patrimonial. De esta manera, se recogen diferentes supuestos en los que, o bien no se produce una ganancia o pérdida patrimonial, o bien ésta se encuentra exenta de tributación en el IRPF.

En primer lugar, el apartado 2 del artículo precisa diversos supuestos en los que no existe alteración patrimonial. Las situaciones recogidas coinciden con lo que la jurisprudencia ha denominado “especificación de derechos” en el derecho civil (García Berro, 2018a). Por citar algunas de las situaciones recogidas en el precepto, destacan los casos de división de la cosa común o la disolución de la sociedad de gananciales en los que lo que realmente se produce es una especificación de los derechos que ya formaban parte del patrimonio del contribuyente. Dicho de otro modo, no se pueden calificar como ganancias o pérdidas patrimoniales.

El siguiente apartado del artículo 33 recoge otros supuestos excluidos también de la consideración de ganancia o pérdida patrimonial de naturaleza bastante heterogénea y, el art. 34.4 LIRPF incluye cuatro supuestos de exención.

Por último, el apartado 5 es el que realmente interesa a efectos de este trabajo. En concreto, cierra la delimitación negativa del concepto y dispone que determinadas pérdidas patrimoniales no se computarán como tales. Pueden distinguirse dos grupos.

El primer grupo, que comprende los cuatro primeros apartados (letras a), b), c) y d)), está compuesto por pérdidas que se encuentran excluidas a efectos del IRPF en razón a la propia concepción global de la renta como objeto del IRPF (García Berro, 2018a).

En particular, se incluyen las siguientes pérdidas:

- Pérdidas no justificadas.
- Pérdidas debidas al consumo.
- **Pérdidas debidas a transmisiones lucrativas inter vivos o a liberalidades.**
- Pérdidas en el juego obtenidas durante el período impositivo que excedan de las ganancias en el juego durante el mismo período.

El primer supuesto, el de las pérdidas no justificadas, no ofrece problema ni duda alguna ya que, como señala García Berro (2018a), la razón de la exclusión es obvia. En tal sentido, el art. 105.1 de la Ley General Tributaria dispone que quien haga valer un derecho en los procedimientos de aplicación de los tributos, deberá probar los hechos constitutivos del mismo.

Las siguientes pérdidas no computables, las debidas al consumo, aluden a las pérdidas de valor que se producen por la normal utilización de bienes perecederos o de consumo duradero. Dicho de otro modo, la renta consumida representa una mera aplicación de renta no computable. A modo de ejemplo, supongamos que se adquiere un coche por 12.000 euros y que a los tres años el mismo se enajena por un precio de 10.000, coincidente con su valor de mercado. En realidad, en este caso no se produciría ninguna pérdida patrimonial a efectos fiscales porque la diferencia de 2.000 euros de valor está causada por la depreciación por el normal uso o utilización del vehículo.

Por tanto, se puede afirmar que la utilidad de la noción de renta, como índice de capacidad económica de los sujetos, quedaría desvirtuada si se otorgase relevancia en ella al empobrecimiento causado por el consumo. Como establece García Berro (2018a), el impuesto se convertiría en un impuesto sobre el ahorro y solamente la renta ahorrada sería susceptible gravamen. Así, con el fin de evitar esto, el art. 33.5.b) declara irrelevantes a efectos de IRPF las pérdidas debidas al consumo.

Ahora bien, Calvo Verguez (2012) matiza que pueden llegar a haber aplicaciones de renta que finalmente sí que resulten computables en el IRPF porque se consideren necesarias para la obtención de la renta gravada.

En tercer lugar, el **supuesto de la letra c) del artículo 33.5** es el que verdaderamente nos concierne a efectos de este trabajo ya que constituye su objeto. Es la referencia a las pérdidas debidas a transmisiones lucrativas “inter vivos” o a liberalidades. A modo de recordatorio, el artículo 33.5.c) de la LIRPF establece lo siguiente:

*“No se computarán como pérdidas patrimoniales las siguientes: ...c) **Las debidas a transmisiones lucrativas por actos ínter vivos o a liberalidades**”*

Se trata de un supuesto de carácter muy discutible. En resumidas cuentas, este precepto alude a las pérdidas puntuales que ocasionan en el patrimonio del contribuyente la disposición de bienes a favor de terceros sin contraprestación alguna de carácter económico.

El supuesto implica un empobrecimiento del contribuyente ya que su patrimonio se ve disminuido por la salida de bienes o derechos. García Berro (2018a) señala que el fundamento de que no se permita el cómputo de la pérdida es el mismo que justifica la exclusión de las pérdidas debidas al consumo. En otras palabras, “el volumen de la renta no puede hacerse depender de una mayor o menor inclinación del contribuyente a la prodigalidad, en este caso mediante actos de liberalidad a favor de terceros” (García Berro, 2018a, p.222).

No obstante, como se ha afirmado antes, resulta mucho más discutible la interpretación que viene haciendo la Administración Tributaria del propio art. 33.5.c) y que a lo largo de este trabajo se expone. Conforme al referido **criterio administrativo**, tampoco es computable la pérdida patrimonial correspondiente a la disminución de valor acumulada en los bienes o derechos que son transmitidos por el contribuyente a título lucrativo (García Berro, 2018a). Por ejemplo, la donación de unos títulos cotizados en los que existan minusvalías latentes.

En cuarto lugar, en lo que respecta a las pérdidas debidas al juego, la letra d) del artículo establece que no se computarán como pérdidas patrimoniales “*las debidas a pérdidas en el juego obtenidas en el período impositivo que excedan de las ganancias obtenidas en el*

juego en el mismo período”. De cualquier manera, no constituyen un supuesto relevante a efectos de este trabajo.

El segundo grupo de pérdidas patrimoniales no computables se introducen con la reforma de la LIPRF de 1998 con el anhelo de evitar la realización interesada de pérdidas para minorar artificiosamente la base imponible del impuesto en el periodo impositivo que más convenga al sujeto pasivo (García Berro, 2018a). De este modo, se aplaza el cómputo de la pérdida a un momento posterior. Son los supuestos recogido letras e), f) y g) del artículo 33.5. y tampoco son importantes a efectos de este trabajo.

3. GANANCIAS Y PÉRDIDAS PATRIMONIALES DEBIDAS A TRANSMISIONES LUCRATIVAS

3.1. Transmisiones lucrativas. El título lucrativo

Es bien sabido que las transmisiones se pueden realizar tanto de forma onerosa como de forma lucrativa. Suele decirse que un acto es oneroso cuando impone sacrificio a ambas partes y, por lo tanto, ambas partes obtienen una ventaja del mismo. De manera contraria, un acto es gratuito cuando conlleva un sacrificio para uno y una ventaja para el otro (Arranz de Andrés, 2019).

Se pueden definir las transmisiones lucrativas como aquellas salidas de bienes y derechos del contribuyente producidas sin contraprestación pero que, sin embargo, suponen una alteración en la composición del patrimonio a través de la cual acaba poniéndose de manifiesto una variación en el valor de los bienes del transmitente (Calvo Vérguez, 2012).

Cabe señalar que el negocio gratuito típico es la donación. Según establece el Código Civil en su artículo 618, la donación es *“un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta”*. Dicho de otro modo, la donación constituye un negocio de disposición que implica directa e inmediatamente un desplazamiento patrimonial (Arranz de Andrés, 2019).

El ordenamiento tributario no se mantiene indiferente ante las operaciones a título lucrativo. El sujeto que adquiere a título gratuito aumenta su capacidad económica. En consecuencia, el legislador se encarga de generar la correspondiente obligación tributaria en quien se beneficia de tal liberalidad (Arranz de Andrés, 2019). Es por esto por lo que las adquisiciones gratuitas se ubican en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones y poca es su relación con el IRPF.

Centrándonos ahora en la perspectiva del sujeto que trasmite, a siempre vista podría resultar sorprendente que una transmisión lucrativa pueda generar una ganancia o una pérdida patrimonial en el patrimonio de este. Esto podría sorprender ya que lo que sucede es la salida de un bien sin que exista una contraprestación, produciéndose siempre una disminución del valor del patrimonio.

No obstante, el hecho de que en una transmisión a título lucrativo el transmitente no reciba contraprestación alguna no impide que el abandono de su patrimonio del elemento donado ponga de manifiesto el aumento de valor que se hubiese acumulado en él desde el momento de la adquisición (García Berro, 2018a). Por tanto, este aumento de valor es lo que posteriormente es objeto de gravamen como renta del donante en el IRPF.

Como muy bien explica el TEAR de Valencia en la Resolución de 30 de Septiembre de 2019 que posteriormente se expone, el aumento o disminución de valor de los elementos que constituyen el patrimonio del contribuyente implican una renta percibida o, al menos, una “renta potencial” que “pone de manifiesto, según sea positiva o negativa, un aumento o disminución, respectivamente, de la capacidad contributiva de la persona física”.

Lo que sucede es que si bien esa renta (positiva o negativa) se va generando de forma paulatina, no se puede incluir en la base imponible del IRPF año a año porque hasta que no se produce la transmisión del elemento en cuestión no se conoce la cuantía exacta, ni se ha materializado de manera efectiva. De esta forma, el legislador pospone el cómputo de esa renta positiva o negativa hasta que el elemento patrimonial abandona el patrimonio del contribuyente, normalmente por una transmisión onerosa o lucrativa.

Por esta razón, desde el punto de vista fiscal, **una transmisión lucrativa puede dar lugar tanto a una ganancia como a una pérdida patrimonial**. En tal sentido, resulta esencial conocer los valores de adquisición y transmisión de las transmisiones a título lucrativo y para ello hay que acudir al artículo 36 de la LIRPF.

El artículo 36 de la LIRPF, dedicado a las transmisiones a título lucrativo, dispone lo siguiente:

"Cuando la adquisición o la transmisión hubiera sido a título lucrativo se aplicarán las reglas del artículo anterior, tomando por importe real de los valores respectivos aquéllos que resulten de la aplicación de las normas del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, sin que puedan exceder del valor de mercado." En otras palabras, para entender la dinámica de las transmisiones a título lucrativo, resulta necesario poner el artículo 36 en relación con el artículo 35 el cual regula las transmisiones a título oneroso.

3.2. Valor de adquisición (artículo 35 y 36 LIRPF)

En primer lugar, en las transmisiones lucrativas *inter vivos*, el elemento patrimonial que se transmite pudo haberse adquirido tanto de manera onerosa como lucrativa. Si se adquirió a título oneroso, se aplican las reglas previstas en el artículo 35 de la LIRPF para las transmisiones a título oneroso. De acuerdo con este precepto, el valor de adquisición se obtiene de la suma de los siguientes conceptos:

- El importe real por que la adquisición se hubiere efectuado
- El coste de las inversiones y mejoras efectuadas en los bienes adquiridos y los gastos y tributos inherentes a la adquisición, excluidos los intereses que hubieran sido satisfechos por el adquirente.
- Siguiendo las condiciones reglamentariamente establecidas, el valor obtenido por la suma correspondiente se minorará en el importe de las amortizaciones practicadas.

Ahora bien, si el elemento patrimonial se adquirió lucrativamente, según lo establecido en el artículo 36, se toma por importe real el valor de adquisición a efectos del ISD. Es importante señalar que este valor tendrá el límite del valor de mercado. Esta matización responde a la inquietud del legislador de que se puedan generar pérdidas irreales (Núñez Zubillaga et al., 2007)

Por tanto, como se puede comprobar, cuando la adquisición o la transmisión hubiera sido realizada a título lucrativo, se aplicarán las reglas de determinación de los valores de adquisición de las realizadas a título oneroso, pero tomando por importe real de los valores respectivos los que resulten de la aplicación de las reglas recogidas en la LISD (Ley 29/1987, de 19 de diciembre).

A este respecto, el art. 9 de la LISD se refiere al valor neto de la adquisición. Como valor neto se entiende el valor real de los bienes, minorado por las cargas y deudas deducibles. Ahora bien, el valor real no viene definido en la normativa del impuesto, es un concepto jurídico indeterminado (Arranz de Andrés, 2019).

Entonces, ¿qué se entiende por “valor real”? Mayoritariamente se ha identificado como valor real el valor normal de mercado entre partes independientes. Así lo ha dispuesto el TEAC en numerosas ocasiones.

A modo de ejemplo, en el fundamento jurídico tercero de la resolución núm. 3961/2016, de 2 de febrero de 2017 establece que *“este valor real, no definido en la LISD, se identifica según la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, con el valor de mercado de los bienes o derechos”*. Asimismo, los contribuyentes pueden acreditar este valor real mediante cualquier medio de prueba admisible en Derecho.

3.3. Valor de transmisión

De acuerdo con el apartado 2 del artículo 35, el valor de transmisión en las transmisiones onerosas será el importe real por el que la enajenación se hubiese efectuado. Por importe real del valor de enajenación se toma el efectivamente satisfecho por las partes, siempre que no sea inferior al valor normal de mercado y, en caso de que este valor resulte inferior al de mercado, prevalecerá éste. De este valor se deducen los gastos y tributos inherentes a la transmisión que hubiesen sido satisfechos por el transmitente.

En cuanto a las transmisiones a título lucrativo, de acuerdo con el artículo 36, se tomará por importe real el que resulte de la aplicación de las normas del ISD. En este sentido, la Consulta de la DGT nº V1275/2012, de 13 Junio 2012, establece lo siguiente: *“Al tratarse de una transmisión a título lucrativo, el valor de transmisión será el que resulte de la aplicación de las normas del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, del que se podrán deducir los gastos y tributos inherentes a la transmisión que hubieran sido satisfechos por el transmitente.”*

3.4. Ejemplo práctico

El siguiente ejemplo práctico tiene el propósito de reflejar lo expuesto en los párrafos anteriores, así como introducir la problemática objeto de este trabajo en torno al cómputo en el IRPF de las pérdidas patrimoniales debidas a transmisiones lucrativas.

Supongamos que un donante adquirió un bien inmueble por herencia valorado en 2016 por el equivalente a 320.000 euros. Es el valor que consta en la escritura de herencia.

El donante lo transmite en 2019 (transmisión lucrativa vía donación) a su hijo (donatario), señalando en la escritura de donación un valor de mercado por valor de 250.000 euros. Es un valor que el donante estima que es el de mercado.

Por último, el hijo (donatario) lo ha transmitido en diciembre de 2020 por transmisión onerosa (compraventa) por importe de 240.000 euros.

En primer lugar, en cuanto a la primera operación, nos encontramos ante una transmisión a título lucrativo (donación). De esta forma, tenemos que analizar el valor de adquisición y transmisión según lo dispuesto en el artículo 36 de la LIPRF, que nos remite al artículo 35.

En cuanto al valor de adquisición, debemos tener en cuenta el valor de adquisición a efectos del ISD ya que nos encontramos ante un bien que fue adquirido de forma lucrativa (herencia). Por tanto, a efectos de determinar la ganancia o pérdida patrimonial, consideramos que la cantidad de 320.000 euros constituye el valor de adquisición del inmueble, ya que es el valor que consta en la escritura de herencia.

En cuanto al valor de transmisión, al ser una transmisión lucrativa, también se tiene en cuenta el valor determinado a efectos de ISD. Por tanto, tenemos que acudir al valor real del inmueble, el cual, según la doctrina¹, se identifica con el valor de mercado. Por tanto, tenemos en cuenta el valor de 250.000, señalado como valor de mercado en la escritura de donación.

Como se puede comprobar esta operación da lugar a una pérdida patrimonial de 70.000 euros, valor obtenido por la diferencia entre los valores de transmisión y adquisición (250.000 €– 320.000 €). De acuerdo con la interpretación seguida por la AEAT y la DGT del art. 33.5.c) de la LIRPF, al ser una pérdida patrimonial debida a una transmisión lucrativa, no se podría integrar en la base imponible del ahorro del IRPF.

Por último, en cuanto a la última operación, constituye una compraventa. Por tanto, se trata de una transmisión de naturaleza onerosa (art. 35 LIRPF). Como el bien se ha adquirido a título lucrativo, tomamos como valor de adquisición el importe de 250.000 euros que es el valor señalado en la escritura de donación (valor a efectos de ISD) y que además, coincide con el valor de mercado.

¹ Resolución del TEAC núm. 3961/2016, de 2 de febrero de 2017

En cuanto al valor de transmisión, de acuerdo con el artículo 35 de la LIPRF, tenemos en cuenta el importe real por el que la enajenación se haya efectuado, es decir, 240.000 euros. De esta manera, si calculamos la diferencia entre los valores de transmisión y adquisición, la compraventa da lugar a una pérdida patrimonial de 10.000 euros.

A diferencia de la pérdida resultante de la primera transmisión lucrativa de 70.000 euros, esta pérdida derivada de una transmisión onerosa no ofrece dudas en relación a su cómputo en el IRPF. Por consiguiente, al liquidar el impuesto, a diferencia de la primera transmisión, la segunda pérdida patrimonial de 10.000 euros se integraría sin problema alguno en la renta del ahorro del impuesto. Como se expone a lo largo del trabajo, esto puede resultar fiscalmente injusto.

4. LA TRIBUTACIÓN DE LAS PÉRDIDAS PATRIMONIALES DEBIDAS A TRANSMISIONES LUCRATIVAS (art. 35. c) LIRPF).

4.1. Interpretación de la AEAT y de la Dirección General de Tributos del artículo 33.5.c) de la LIRPF

Tal y como se viene indicando, el artículo 33.5. c) de la LIPRF establece que no se computarán como pérdidas patrimoniales las debidas a transmisiones lucrativas inter vivos o a liberalidades.

Calvo Vérguez (2012) señala que de este supuesto se plantean dos posibilidades claramente diferenciadas:

- Por un lado, se puede estimar que las donaciones en ningún caso pueden dar lugar a una pérdida patrimonial que se pueda computar a efectos del IRPF. Así, se excluirían del cómputo tanto la pérdida económica derivada de la salida de bienes o dinero del patrimonio del donante como aquella otra pérdida patrimonial fiscal que pudiera llegar a ponerse de manifiesto con motivo de transmisiones lucrativas inter vivos de elementos patrimoniales por la diferencia entre el valor de adquisición y el valor de transmisión a efectos del ISD.
- Por otro lado, se puede considerar que lo que no resulta computable es la pérdida económica, si bien sí que lo sería la derivada de la diferencia resultante entre los valores de adquisición y transmisión.

La primera de las interpretaciones arriba expuesta responde a la propia literalidad de la norma y constituye el criterio adoptado la Administración. En por ello que la DGT, y de su mano, la Agencia Estatal Tributaria del Estado, han venido determinando que no se puede computar pérdida alguna a efectos del IRPF cuando exista una pérdida patrimonial por la donación de un bien.

De esta manera, la consulta de la DGT número V2240/2010, de 15 de noviembre de 2010, establece lo siguiente: *“En caso de que por aplicación de las reglas anteriores resultara una pérdida patrimonial, ésta no se computará en la renta de la consultante, en aplicación de lo establecido en el artículo 33.5.c) de la Ley del Impuesto, que dispone que no se computarán como pérdidas patrimoniales "Las debidas a transmisiones lucrativas por actos ínter vivos o a liberalidades"”.*

También, la consulta de la DGT número V1083/2014, de 14 de abril de 2014, rechazó la posibilidad de compensar con las ganancias derivadas de la donación de una vivienda, la pérdida ocasionada con motivo de la donación de otra vivienda:

“Al tratarse de una donación hay que acudir al apartado 5 del artículo 33 de la LIRPF que, en su letra c), establece que no se computarán como pérdidas patrimoniales las debidas a transmisiones lucrativas por actos inter vivos o a liberalidades.

Por lo tanto, la pérdida patrimonial que pudiera generarse por la donación de una de las viviendas no podrá computarse como tal pérdida, por lo que no cabe compensación alguna con la ganancia patrimonial que pudiera generarse por la donación de otra vivienda”.

En la misma línea, otra consulta de la DGT, la núm. V1970/2018, de 2 de julio de 2018, dispuso que *“La donación del inmueble generará en el donante una ganancia o pérdida patrimonial, a tenor de lo dispuesto en el artículo 33.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE de 29 de noviembre), en adelante LIRPF. El importe de esta ganancia o pérdida patrimonial vendrá determinado, según el artículo 34, por la diferencia entre los respectivos valores de adquisición y de transmisión, calculados en la forma establecida en los artículos 35 y 36 de la citada Ley, para las transmisiones onerosas y lucrativas respectivamente. Si se generase una pérdida patrimonial no se computará como tal por aplicación del apartado 5 del artículo 33”.*

Por último, una consulta muy próxima a la Resolución del TEAR de Valencia, la núm. V2912/2019, de 22 de octubre, refleja también muy bien la situación injusta que se produce al no poder integrar las pérdidas producidas en las donaciones, pero sí las ganancias. Afirma que *“si se generase una pérdida patrimonial no se computaría por aplicación de lo dispuesto en la letra c) del apartado 5 del artículo 33 de la Ley del Impuesto, según el cual no se computarán como pérdidas patrimoniales, entre otras, las debidas a transmisiones lucrativas por actos íter vivos o a liberalidades. En caso contrario, la ganancia patrimonial se integraría en la base imponible del ahorro, en la forma prevista en el artículo 49 de la Ley del Impuesto”.*

También destaca en este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León núm. 20/2019, de 1 de febrero al establecer que *“la renuncia al usufructo ya aceptado no puede constituir una pérdida patrimonial, al amparo del artículo 33.5, en su letra c) de la Ley 35/2006”*.

La postura de la Administración se fundamenta, como se ha venido diciendo, en una interpretación puramente literal del artículo 33.5. c) de la LIRPF. Conviene señalar que su texto no ha experimentado modificación alguna desde su redacción original del 1 de enero de 2007, pese a las diferentes modificaciones que se han introducido en otros puntos del mismo artículo 33 (Calvo Verguez, 2012).

4.2. Reflexiones contrarias

La interpretación que realiza la Administración Tributaria del artículo 33.5 c) de la LIRPF, en opinión de García Berro (2018a), es muy discutible. Conforme a dicha interpretación, la expresión “pérdida debida a la transmisión” está incluyendo también cualquier pérdida “puesta de manifiesto” por la transmisión. Asimismo, afirma que la interpretación que viene sosteniendo la Administración desemboca en un resultado “inapropiado desde la perspectiva del principio de capacidad económica e incoherente con la noción fundamental de renta como objeto del tributo” (García Berro, 2018a, p.222).

De la misma manera, a juicio de Núñez Zubillaga et al., (2007), la redacción de la Ley del IRPF, al aludir a las pérdidas “debidas a” en lugar a la originada “con ocasión de”, debería posibilitar la validez de dicha pérdida patrimonial. Como se verá, este argumento lo utiliza también el TEAR de Valencia en su Resolución.

Arranz de Andrés (2019) expone que probablemente late en el fondo de la postura de la DGT la pretensión de evitar que se generen pérdidas de manera intencionada con el propósito de compensar ganancias. Esto es lo que se conoce como planificación fiscal.

En un sentido similar, la DGT en la consulta núm. V1127/2011, de 5 de mayo de 2011, afirmó que el artículo 33.5.c) LIRPF *“tiene su fundamento en que la pérdida no ha sido involuntaria, sino que se ha producido por la exclusiva voluntad del consultante al decidir realizar una transmisión lucrativa a favor de su hijo”*.

No obstante, Arranz de Andrés (2019) opina que los mismos argumentos que posibilitan la deducción de pérdidas generadas en transmisiones onerosas deberían resultar aplicables en los casos de disposiciones lucrativas de bienes por un valor inferior al de adquisición.

4.3. Problemática en torno a su integración en la base imponible del ahorro y compensación de rentas

A efectos de calcular la cuota del IRPF, las rentas del contribuyente se clasifican, según proceda, como renta general o como renta del ahorro (art. 44 LIRPF). De acuerdo con el art. 46 de la LIRPF, integran la renta del ahorro:

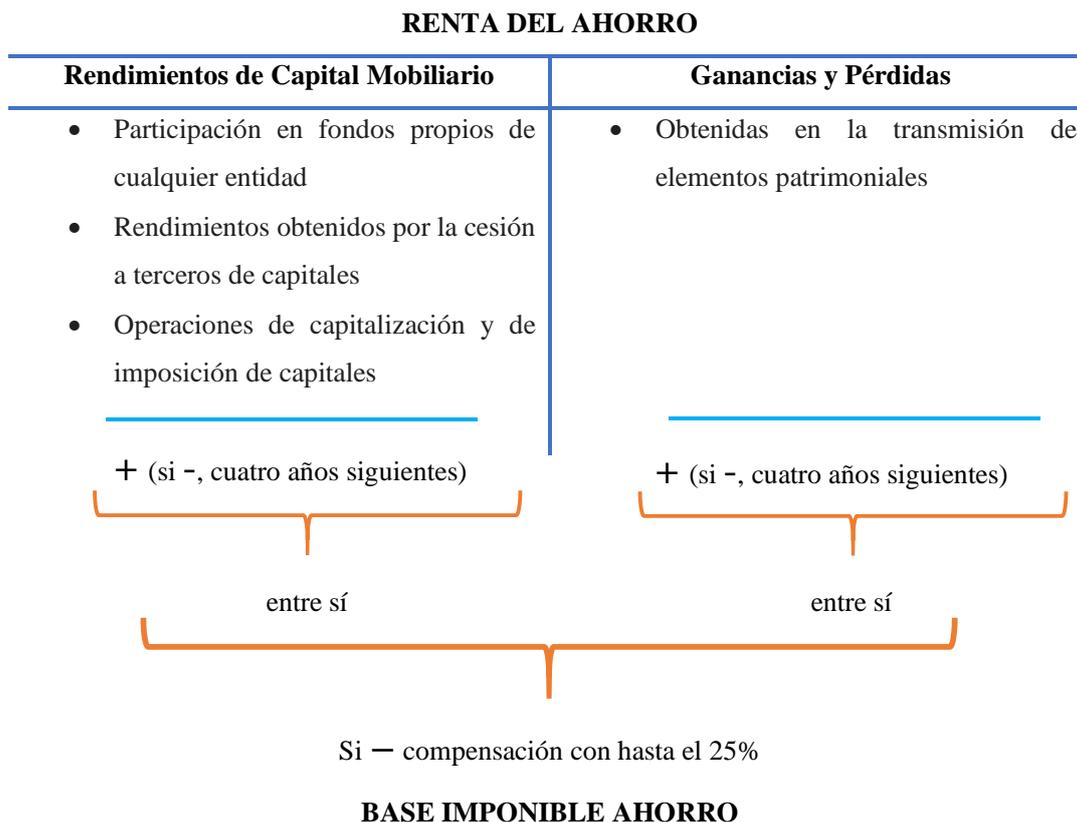
- Los rendimientos del ahorro. Son los rendimientos de capital mobiliario regulados en el art. 25, apartados 1,2 y 3. Es decir, los derivados de la participación en fondos propios de entidades, de la cesión a terceros de capitales y de operaciones de capitalización, seguros de vida y rentas temporales y vitalicias (García Berro, 2018b).
- Las ganancias y pérdidas patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de transmisiones de elementos patrimoniales.

En este sentido, a efectos de determinar la base imponible del ahorro, deben integrarse y compensarse entre sí, con el signo que les corresponda, todas las ganancias y pérdidas patrimoniales derivadas de la transmisión de bienes y derechos (art. 49.1.b) LIRPF). Los efectos, además, son diferentes según el resultado sea un saldo positivo o negativo (García Berro, 2018b):

- Si el resultado es positivo, el importe se incorpora de forma directa en la base imponible del ahorro.
- Si el saldo es negativo, se compensará con el saldo positivo de los rendimientos del ahorro, es decir, con los rendimientos de capital mobiliario correspondientes, con el límite del 25 por 100 de dicho saldo positivo.

A continuación, con el siguiente esquema gráfico se pretende reflejar de una forma más clara esta dinámica de compensación.

Figura 1: Renta del Ahorro



Por tanto, como el art. 33.5 c) de la LIRPF establece que no computarán como pérdidas patrimoniales a efectos de IRPF las debidas a transmisiones lucrativas, es decir, la realización de las mismas solamente tendrá incidencia en los casos en los que el saldo sea positivo. Esto es, en los casos en los que los valores de transmisión a efectos del Impuesto de Sucesiones y Donaciones sean superiores a los de adquisición.

Esto significa que, si el saldo resultante de una transmisión a título lucrativo es negativo, el mismo no se podrá utilizar para compensar otras posibles ganancias obtenidas por el mismo contribuyente, ni en ese ni en los siguientes períodos impositivos.

Como explica Arranz de Andrés (2019), hay numerosos motivos que pueden explicar la realización de donaciones que den lugar a pérdidas, lo que debería justificar de manera sobrada la compensación de las mismas. A modo de ejemplo, la donación en favor de un ser querido con el fin de asistirle en una situación necesidad económica perentoria, para ayudarle a iniciar un negocio, por causa de enfermedad o por cualquier otra circunstancia personal como puede ser el nacimiento de un hijo.

Para evitar este tipo de situaciones injustas, algunos autores consideran que se debería permitir la compensación de estas pérdidas, al menos, con las ganancias puestas de manifiesto igualmente con ocasión a transmisiones lucrativas (Arranz de Andrés, 2019).

Es importante señalar que en nuestro ordenamiento tributario ya existió una previsión en este sentido. El artículo veintisiete.séptimo de la Ley 48/1985, de 27 de diciembre, de modificación de la Ley 44/1978 del IRPF, estableció que los incrementos y disminuciones de patrimonio producidos por transmisiones lucrativas se integrarían y compensarían entre sí, gravándose al tipo más bajo de la escala, en caso de arrojar saldo positivo, y compensándose con los obtenidos en los cinco ejercicios siguientes si el resultado hubiera sido negativo.

De la misma manera, se ha señalado también que si las ganancias tienen la consideración de rentas ordinarias no habría ningún argumento que justificase la imposibilidad de compensar las pérdidas de capital con el resto de los rendimientos ordinarios. Además, si no se permite compensar las pérdidas se produce una pérdida de equidad ya que se gravan mejoras inexistentes de capacidad económica (de León Cabetas, 2006).

Por otra parte, las ganancias patrimoniales derivadas de transmisiones lucrativas sí que sirven para compensar las pérdidas que se hayan podido generar en el mismo periodo impositivo procedentes de transmisiones onerosas. Consecuentemente, esto constituye una circunstancia susceptible de ser considerada por el contribuyente como una posible vía para mitigar el gravamen de las ganancias obtenidas (Arranz de Andrés, 2019).

Por ejemplo, si un sujeto obtiene una ganancia patrimonial al donar unas acciones, puede decidir enajenar otras a un precio inferior al de adquisición y así obtener una pérdida patrimonial derivada de una transmisión onerosa con la que poder compensar la anterior ganancia patrimonial derivada de la primera donación.

4.4. Ejemplo práctico

Con el objetivo de ilustrar de una forma más clara la problemática expuesta, procedo a resolver un caso práctico. En primer lugar, suponemos que un señor es titular de un paquete de acciones cuyo precio de adquisición en bolsa fue de 40.000 € en 2016. Imaginemos ahora que el mismo paquete de acciones actualmente cotiza en bolsa por un valor de 31.000 €.

Por tanto, en el hipotético caso de que un señor decida donar ahora las acciones a sus hijos saldría de su patrimonio un activo valorado en 31.000 €. Resulta evidente para todo el mundo que dicha pérdida carecería de relevancia a efectos del IRPF.

No obstante, distinta sería la pérdida de valor de 9.000 € que se obtiene de la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión del paquete de acciones (40.000 – 31.000). Estos 9.000 € representan la pérdida fiscal acumulada en el paquete de acciones desde su adquisición (minusvalías latentes).

Por tanto, constituyen una pérdida patrimonial que no responde al acto de donación, sino que se pone de manifiesto a resultas de la misma. Por esta razón, autores como García Berro (2018) consideran que nada debería impedir su cómputo en el IRPF. Lo mismo argumenta el TEAR de Valencia en su Resolución de 30 de septiembre de 2019.

5. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO REGIONAL DE VALENCIA, DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2019

5.1. Hechos y reclamación

El reclamante y su cónyuge efectuaron cuatro donaciones de bienes inmuebles a sus tres hijos. Las donaciones dieron lugar tanto a pérdidas como a ganancias patrimoniales y ambas fueron integradas en la declaración del IRPF, compensándose unas con otras. En concreto, la parte reclamante declaró en la base imponible del ahorro unas pérdidas patrimoniales de 46.092,25 euros y unas ganancias de 7.655,96 euros. Al compensarlas, hizo constar un saldo neto negativo de ganancias y pérdidas patrimoniales de 38.436,29 euros, a integrar en la base imponible del ahorro.

Posteriormente, la Administración practica una regularización y suprime, en base al explicado art. 33.5. c) de la LIRPF, las pérdidas patrimoniales declaradas por el contribuyente. Por tanto, obliga a incluir en la base del ahorro únicamente las ganancias patrimoniales generadas en las donaciones.

El TEAR de Valencia en su Resolución de 30 de septiembre de 2019 reconoce que hasta el momento había seguido el criterio de la DGT², el cual había sustentado la regularización que había practicado la Administración. No obstante, en esta resolución de 30 de septiembre de 2019 se aparta completamente de la doctrina de la DGT. En tal sentido, estima la reclamación y anula el acto de regularización impugnado. A su juicio, solamente desde una interpretación meramente “*literalista*” de la norma puede llegarse a la conclusión seguida hasta la fecha por la Administración Tributaria.

El artículo 242.1 de la Ley General Tributaria (LGT) establece que cuando los tribunales económico-administrativos regionales o locales dicten resoluciones adoptando un criterio distinto al seguido con anterioridad, deberán hacerlo constar expresamente en las resoluciones. De esta forma, el TEAR de Valencia, con el fin de justificar su posición, realiza un importante esfuerzo hermenéutico y desarrolla una extensa e impecable argumentación. Analiza la cuestión a través de los distintos criterios interpretativos utilizados por la doctrina y que se encuentran recogidos en el artículo 3.1 del Código Civil.

² Entre otras, consultas V2240/2010, V1083/2014, V2240/2015, V1970/18 y V2912/2019.

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

5.2. Cambio de criterio y argumentación

5.2.1. Pérdida patrimonial económica y pérdida patrimonial fiscal

Para entender la interpretación que realiza el TEAR de Valencia del art. 33.5.c) de la LIRPF resulta esencial comprender la distinción que realiza entre pérdida patrimonial económica y pérdida patrimonial fiscal.

A partir de esta distinción, el TEAR, en su resolución, considera que lo único que la LIRPF prohíbe es que los contribuyentes integren en su declaración del IRPF las pérdidas económicas, y no las pérdidas fiscales.

Como ya explicado, desde un punto de vista económico, toda transmisión lucrativa o gratuita implica una pérdida patrimonial, puesto que, como consecuencia de la salida de bienes del patrimonio, el valor de este obviamente se reduce. No obstante, el TEAR argumenta que la operación fiscalmente sí que puede resultar en una ganancia o en una pérdida patrimonial, dependiendo de si el valor de adquisición es menor o mayor, respectivamente, que el valor determinado en la transmisión lucrativa a efectos del ISD. Esta pérdida patrimonial fiscal, a juicio del TEAR, sí que se debería poder computar en la declaración de IPRF del contribuyente donante.

El TEAR de Valencia, para explicar esto, de un modo práctico expone un ejemplo práctico muy sencillo. Explica como si en el patrimonio del sujeto pasivo, cuyo valor es 1000, se dona un inmueble de valor 100, de manera automática el valor del patrimonio disminuye a 900. Es decir, se produce una pérdida económica de 100. Sin embargo, como explica el TEAR, ello no significa que, a efectos del IRPF exista una disminución patrimonial de 100. Resulta evidente que a efectos de IRPF no hay una pérdida de 100 pero ello no tiene nada que ver con que la salida del bien del patrimonio del sujeto pasivo pueda producir una pérdida o una ganancia patrimonial por la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión.

5.2.2. Interpretación histórica

El Tribunal analiza el significado y configuración jurídica tanto del concepto en general de ganancias y pérdidas patrimoniales como del actual artículo 33.5. c) de la LIPRF.

Desde una perspectiva histórica, el TEAR de Valencia considera que desde la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, que creó el impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el concepto de las ganancias y pérdidas patrimoniales (inicialmente denominadas incrementos y disminuciones de patrimonio), en esencia no ha variado.

De esta manera, el artículo 20 de la Ley 44/1978 ya requería la alteración en la composición del patrimonio y una disminución en el valor de aquél como requisitos esenciales para que tuviesen tal consideración. En tal sentido, se integraban en la base imponible del IPRF, los “incrementos o disminuciones patrimoniales” generados en transmisiones onerosas y lucrativas tanto en actos *inter vivos* como *mortis causa*. Estas últimas se solían denominar la “plusvalía del muerto” la cual, tras ir reduciendo progresivamente su hecho imponible, terminó por desaparecer.

Con la Ley 40/1998 cambia la denominación “incrementos y disminuciones” a “ganancias y pérdidas” patrimoniales. No obstante, el TEAR expone que el concepto amplio ha sido idéntico en todas las leyes del IRPF³ y se ha estructurado de una manera muy similar. De esta forma, en todas las leyes el concepto se ha depurado negativamente excluyendo siempre en los apartados siguientes al concepto distintos supuestos.

En segundo término, a partir de la ya expuesta diferenciación entre pérdida económica y pérdida fiscal, el TEAR de Valencia examina y analiza los diferentes preceptos que han desembocado en la actual exclusión del art. 33.5.c) de la LIPRF.

En ese sentido, el artículo 20.2 de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, disponía que “*No son disminuciones patrimoniales las debidas [...] a liberalidades del sujeto pasivo*”. A juicio del tribunal, el precepto hacía referencia únicamente a las pérdidas patrimoniales económicas, y no a las pérdidas fiscales.

³ Ley 44/1978 (igualmente tras reforma por Leyes 48/1985 y 20/1989), Ley 18/1991, Ley 40/1998, TR aprobado por RD 3/2004 y Ley 35/2006 (actualmente vigente).

Expone que lo que único a lo que hacía referencia el artículo era la disminución del valor del patrimonio al no producirse ninguna contraprestación. En consecuencia, esa bajada de valor del patrimonio es la que no es computable en IRPF.

Asimismo, el tribunal hace hincapié en el hecho de que el precepto hablase sólo de “disminuciones patrimoniales”, a diferencia del resto de apartados del artículo 20, los cuales se referían tanto a “incrementos” como a “disminuciones”. El TEAR argumenta que esta limitación se explica porque, conceptualmente, los supuestos que recogía única y exclusivamente podían dar lugar a disminuciones del valor del patrimonio. Es el caso por ejemplo de las pérdidas debidas al consumo.

Con la Ley 18/1991, de 6 de junio, se introducen modificaciones significativas en la tributación de los incrementos y disminuciones de patrimonio. No obstante, como señala el TEAR de Valencia, el concepto de incrementos y disminuciones de patrimonio se sigue formulando en los mismos términos y la estructura de su configuración normativa sigue igual.

De esta manera, el art. 44.3.b) de la Ley 18/1991 disponía, de manera muy parecida al art. 20.2 de la Ley 44/1978, que *“no tendrán la consideración de disminuciones patrimoniales, ... las debidas: ...b) A donativos o liberalidades...”*.

La siguiente Ley reguladora del IRPF es la Ley 40/1997, de 9 de diciembre, y en ella se mantiene la misma delimitación negativa del concepto. En concreto, el art. 31.5 c) disponía que *“no se computarán como pérdidas patrimoniales las siguientes: ...c) Las debidas a transmisiones lucrativas por actos “inter vivos” o a liberalidades”*.

Por último, como sabemos, en la vigente Ley 35/2006 del IRPF la exclusión del artículo 33.5.c) es exactamente la misma a la anterior.

Resumiendo lo planteado, a partir de esta exposición histórica expuesta por el TEAR, se puede afirmar que desde la primera Ley del IPRF hasta la vigente Ley 35/2006 el concepto amplio de ganancia y pérdida patrimonial prácticamente no ha cambiado y que la exclusión objeto de este trabajo es exactamente la misma.

El Tribunal menciona también que existen opiniones doctrinales que afirman que el hecho de sustituir el término *“donativos”* de las anteriores leyes de IRPF por el término *“transmisiones lucrativas inter vivos”* justifica la interpretación de la DGT.

Ahora bien, el TEAR no comparte esta opinión debido a varias razones. Por un lado, como bien demuestra con el análisis histórico que realiza, con el cambio de redacción el alcance de la delimitación negativa del concepto de disminuciones patrimoniales realmente no cambia. Por otro lado, las interpretaciones literal sistemática, lógica y teleológica del precepto que a continuación se exponen corroboran aún más el criterio del Tribunal.

5.2.3. Interpretación literal o gramatical

El TEAR de Valencia analiza la literalidad y redacción de los supuestos recogidos en letras b), c) y d) del artículo 33.5. de la LIRPF. En estas letras se establece que no se computarán como pérdidas patrimoniales *“las debidas al consumo”*, *“las debidas a transmisiones lucrativas por actos ínter vivos o a liberalidades”* y, *“las debidas a pérdidas en el juego”*.

A juicio del TEAR, la utilización de la palabra “debidas” no es una casualidad. Al revés, constituye un hecho muy significativo. Argumenta que se utiliza exclusivamente en estos tres casos porque, a diferencia del resto de exclusiones, tienen algo en común: en ellos necesariamente y de forma inmediata se produce una disminución del valor del patrimonio del sujeto pasivo del impuesto.

También, el Tribunal hace referencia a que en los demás casos recogidos en el artículo 33.5⁴ de la LIRPF se utilizan otras expresiones como *“las derivadas de...”* y *“con ocasión de...”* porque son supuestos en los que puede existir o no una pérdida. Además, el Tribunal subraya, con relación a las pérdidas patrimoniales debidas al consumo, que la DGT ha admitido de forma reiterada que la enajenación de bienes de consumo duradero sí que puede provocar una disminución patrimonial.

Por tanto, como explica el TEAR, si los mencionados supuestos de los apartados b), c) y d) se están refiriendo exclusivamente a supuestos en los que de forma necesaria e inevitable se produce una disminución patrimonial, lo que realmente excluye el artículo 33.5. c) LIRPF es la pérdida patrimonial económica.

⁴ Recordar que el apartado 5 del art. 33 de la LIRPF recoge los supuestos que no se computarán como pérdidas patrimoniales.

La pérdida patrimonial económica es la que de forma necesaria se produce en los tres supuestos, puesto que en todos ellos sale un bien sin entrar otro como contraprestación. No se excluye, de esta forma, la explicada pérdida patrimonial fiscal, generada por la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión.

5.2.4. Interpretación sistemática

A juicio del Tribunal, la interpretación que viene haciendo la Administración del artículo 33.5.c) de la LIPRF elimina el sentido o la finalidad los artículos 34, 35 y 36 de la propia LIPRF. Como explicado en párrafos anteriores, estos artículos están destinados a determinar el importe de las ganancias y pérdidas patrimoniales generado tanto en transmisiones onerosas como lucrativas.

En último lugar, el Tribunal refuerza la interpretación sistemática del precepto trasladándolo al terreno del Impuesto sobre Sociedades.

El Tribunal señala que, aunque con la Ley 43/1995, del Impuesto sobre Sociedades, desapareció el concepto específico de *“incrementos y disminuciones de patrimonio”*, el Impuesto sobre Sociedades, actualmente regulado en la vigente Ley 27/2014, de 27 de noviembre, sigue admitiendo que las transmisiones a título lucrativo de un bien puedan dar lugar tanto a beneficios como a pérdidas. La única particularidad sería que, en este caso, se atiende al valor de mercado, y no al valor a efectos del ISD. Así lo dispone el artículo 17 de la LIS.

Así el TEAR explica cómo *“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”*. Como se puede comprobar, es la misma conclusión a la que llegaba el TEAR de Valencia en el ámbito del IRPF.

5.2.5. Interpretación lógica

Para llevar a cabo la interpretación lógica, el Tribunal recurre a un ejemplo práctico. En concreto, plantea qué sentido tiene que un padre que dona un bien a su hijo no pueda computar una pérdida patrimonial en IRPF y, en cambio, en caso de vender ese bien por un valor menor al de adquisición y, seguidamente, donar el importe obtenido por la venta a su hijo, no se pondría en cuestión tal pérdida.

En este sentido, el Tribunal argumenta que el resultado es prácticamente el mismo, no siéndolo el tratamiento fiscal a efectos de IRPF. Además, añade que, incluso, dependiendo de la fungibilidad del bien donado, el resultado podría ser idéntico.

A modo de ejemplo, supongamos que un padre vende unas acciones cotizadas en bolsa, lo que le genera una pérdida. Consecuentemente, computa la pérdida patrimonial resultante en la base imponible del ahorro del IRPF.

Posteriormente, le dona el dinero obtenido con la venta a su hijo y éste, seguidamente, compra el mismo paquete de acciones. Supone un hecho innegable que en este caso el resultado sería exactamente el mismo.

A la misma conclusión llegan Núñez Zubillaga et al. (2007) con un ejemplo muy similar. Sostienen que solamente por este argumento tendrían que poder computarse las pérdidas patrimoniales que se pongan de manifiesto por la diferencia entre el coste de adquisición del activo donado y su valor de transmisión.

5.2.6. Interpretación teleológica

Analizando el espíritu y finalidad de norma, el TEAR de Valencia firmemente concluye que el hecho de hacer tributar a los contribuyentes por las ganancias derivadas de las transmisiones lucrativas y no por las pérdidas es contrario a los principios de equidad y capacidad económica o contributiva.

6. PRINCIPIO DE CAPACIDAD ECONÓMICA COMO LÍMITE DEL DEBER DE CONTRIBUIR

Tanto el TEAR de Valencia en su resolución como diversos autores como García Berro (2018a) y Arranz de Andrés (2019) aluden al principio de capacidad económica para mostrar su disconformidad con la interpretación que viene haciendo la Administración Tributaria del artículo 33.5.c) de la LIRPF.

En este sentido, el artículo 31.1 de la Constitución Española (CE) dispone que todos los ciudadanos *“contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo, inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”*.

De esta forma, este artículo, a la vez que obliga a los contribuyentes a contribuir al sostenimiento de los gastos públicos mediante la satisfacción de impuestos, ciñe esta obligación en unas fronteras (Huelín Martínez de Velasco, 2018). Estas fronteras son la capacidad económica y el establecimiento de un sistema tributario justo, que se debe inspirar en los principios de igualdad y progresividad.

En definitiva, se puede afirmar que el principio de capacidad económica juega un papel esencial en la configuración del sistema tributario español.

Como establece la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 27/1981, de 20 de julio, en su fundamento jurídico 4º, en la CE, a diferencia de en otras, se alude de manera expresa al principio de capacidad contributiva sin agotar en ella, además, el principio de justicia en materia contributiva. Además, el TC en la misma sentencia afirmó que el principio tiene la exigencia lógica de *“buscar riqueza allí donde la riqueza se encuentra”*.

En la misma línea que la CE, en el ámbito de la legislación ordinaria tributaria, el artículo 3.1 de la LGT también prevé lo mismo al establecer que *“La ordenación del sistema tributario se basa en la capacidad económica de las personas obligadas a satisfacer los tributos y en los principios de justicia, generalidad, igualdad, progresividad, equitativa distribución de la carga tributaria y no confiscatoriedad”*.

Por tanto, es muy importante que el legislador tributario, en el momento de configurar jurídicamente cada tributo, respete los límites que derivan del principio constitucional de capacidad económica.

Además, la STC 194/2000, de 19 de julio, expresa que este principio quiebra en los supuestos en los que la capacidad económica que grava el tributo resulta no ya potencial sino ficticia o inexistente (Huelín Martínez de Velasco, 2018). De esta manera, las riquezas ficticias o inexistentes son inexpresivas de capacidad económica.

Como comentado, a juicio del TEAR de Valencia y de diversos autores como García Berro (2018a), el supuesto contemplado en el art. 33.5.c) puede dar lugar a la vulneración del principio de capacidad económica.

6.1. El principio de capacidad económica y el Impuesto sobre el incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU)

Con el fin de reflejar de una forma clara la importancia que el principio de capacidad económica juega en nuestro ordenamiento jurídico tributario se expone a continuación la controversia existente en torno al hecho imponible del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (en adelante IIVTNU).

El IIVTNU se encuentra regulado en la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (LRHL). Aunque a lo largo de los años se ha regulado de formas distintas, es un recurso clásico de la Hacienda municipal que existe desde 1924 (Pérez Royo, 2018).

Concretamente, el artículo 104.1 de la LRHL establece que se trata de un tributo directo que grava el incremento de valor que experimentan los terrenos de naturaleza urbana. Este incremento de valor se pone de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de estos. En ese momento es cuando se saca a la luz la plusvalía gravada por el impuesto (Pérez Royo, 2018).

Se trata de un impuesto de carácter potestativo y su razón de ser se encuentra en el artículo 47 de la CE al disponer que *“la comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”*. De este modo, se considera que la revalorización de los bienes inmuebles, puesta de manifiesto en el momento de su transmisión, se debe fundamentalmente a la actividad urbanística desarrollada por ayuntamientos a lo largo del tiempo (Juanpere, 2018).

De acuerdo con lo establecido en el artículo 107 de la LRHL, la base imponible imponible del impuesto se constituye por el incremento de valor de los terrenos, puesto de manifiesto en el momento de devengo y experimentado a lo largo de un período máximo de 20 años.

El valor de los terrenos es el que tengan determinado a efectos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) en el momento de la transmisión, es decir, el valor catastral. Como se muestra a continuación, aquí reside el primer problema que ha dado lugar a diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

Hasta la crisis financiera e inmobiliaria de 2008, el incremento de valor de los valores catastrales de los terrenos a efectos del IBI solía coincidir con la revalorización de los inmuebles en el mercado inmobiliario. De esta forma, se puede afirmar que la liquidación del impuesto era bastante pacífica y no daba lugar a problemas (Juanpere, 2018).

Sin embargo, con la crisis del 2008, como explica Juanpere (2018), se produjo una caída enorme de los precios reales que no se vio reflejada en la evolución de los valores catastrales de los terrenos. Esto generó numerosas situaciones en las que un ayuntamiento practicaba la liquidación del IIVTNU aunque el obligado tributario no hubiese obtenido beneficio alguno en la operación de transmisión del inmueble.

A causa de esta situación, se presentaron diferentes reclamaciones y recursos. Los Ayuntamientos casi siempre han desestimado los recursos, en base a que ellos simplemente habían estado aplicando la LRHL, la cual, como explicado, tiene en cuenta la evolución de los valores catastrales de los inmuebles transmitidos y no el valor real.

Sin embargo, en 2017 el Tribunal Constitucional dictó cuatro sentencias declarando la inconstitucionalidad parcial del impuesto, únicamente en la medida que sometían a tributación situaciones de inexistencia de incremento de valor. Tres de las sentencias afectaron a los territorios forales de Guipúzcoa, Álava y Navarra respectivamente: (i) STC 26/2017, de 16 de febrero; (ii) STC 27/2017, de 1 de marzo; y, (iii) STC 72/2017, de 5 de junio. La cuarta, la STC 59/2017, de 11 de mayo, afectó al territorio común de la LRHL.

En estos pronunciamientos se cuestiona que el IIVTNU pueda exigirse en aquellos casos en los que no se haya producido un incremento del valor del terreno objeto de la operación por la que se devenga el impuesto. Pérez Royo (2018) explica que en estos casos se estaría sometiendo a tributación una renta ficticia y, por tanto, una situación inexpresiva de capacidad económica alguna.

A juicio Pagès i Galtés (2019), las cuatro sentencias, aunque presentan ligeros matices de redacción, establecen idéntica doctrina constitucional. En este sentido, el Tribunal Constitucional, considera que gravar la “riqueza real o potencial” es constitucional, mientras que califica de inconstitucional gravar una “riqueza inexistente, virtual o ficticia”. El Tribunal Constitucional considera que gravar incrementos irreales o ficticios atenta contra el principio constitucional de capacidad económica.

6.2. Relación con el supuesto del artículo 33.5. c) de la LIRPF

Una vez expuesto el papel que juega el principio constitucional de capacidad económica en nuestro ordenamiento tributario, procedo a argumentar e ilustrar porque considero, al igual que el TEAR de Valencia y diversos autores⁵ mencionados a lo largo de este trabajo, que el supuesto recogido en el art. 33.5.c). de la LIRPF vulnera el mismo.

Supongamos que un sujeto dona dos inmuebles. El primero, lo compró por 350.000 € y lo dona por un valor de 300.000 € (valor reflejado en la escritura de donación). El segundo inmueble lo adquirió por un valor de 200.000 € y ahora lo dona por 220.000 €.

Como se puede fácilmente comprobar, mientras que en la primera operación se produce una pérdida patrimonial de 50.000 €, en la segunda se produce una ganancia patrimonial de 20.000 €. Por tanto, en total, compensando ambos saldos, se estaría produciendo una pérdida de 30.000 euros.

Ahora bien, como sabemos, en virtud del art. 33. 5.c) y de la interpretación que viene haciendo del mismo la Administración Tributaria, las pérdidas patrimoniales debidas a transmisiones lucrativas no tienen la consideración de pérdidas a efectos de IRPF.

Por ende, no se pueden integrar en la base imponible del ahorro y tampoco pueden compensar las ganancias patrimoniales que se hayan producido por la transmisión de bienes o derechos, incluso aunque las mismas se hayan producido también a título lucrativo. De esta manera, siguiendo la interpretación de la DGT, en este supuesto, el contribuyente debe integrar en la base imponible del ahorro únicamente la ganancia patrimonial de 20.000 € de la segunda donación y, por tanto, tributar por ella.

⁵ de León Cabetas (2006), García Berro (2018a), Arranz de Andrés (2019) y Núñez Zubillaga et al. (2007).

No obstante, si atendemos ahora a lo que se ha producido en la realidad de la operación, resulta claro que el donante ha tenido una pérdida patrimonial fiscal de 30.000 euros por las donaciones de los inmuebles. Por esta razón, no cabe duda de que lo que se grava en este caso es una renta ficticia o inexistente ya que, como explicado, el contribuyente tendrá que tributar en IRPF por una ganancia patrimonial de 20.000 euros.

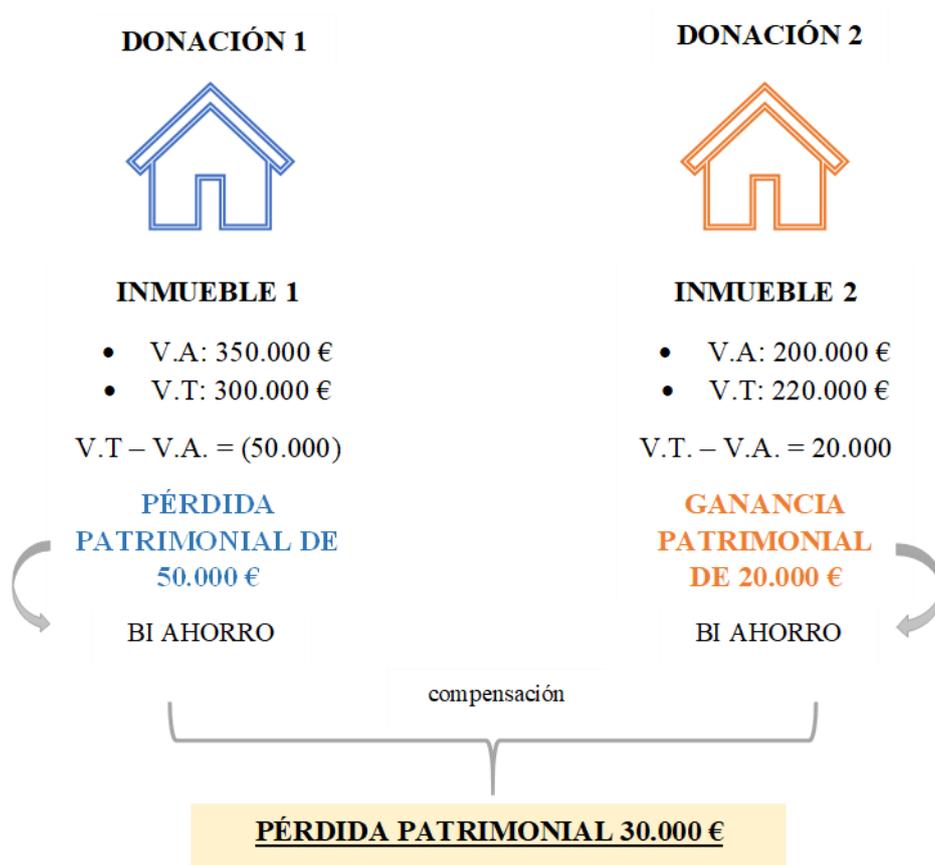
Por tanto, se puede afirmar firmemente que, en este caso, al igual que en la controversia existente en torno al hecho imponible del IIVTNU, se estaría sometiendo a tributación una renta ficticia e inexistente de capacidad económica. Por ende, se debería poder afirmar con rotundidad que el art. 33.5.c) de la LIRPF resulta inapropiado desde la perspectiva del principio constitucional de capacidad económica e incoherente con la noción de renta como objeto del IRPF.

Las siguientes figuras reflejan de manera gráfica ambas posturas y los distintos efectos fiscales que tienen.

Figura 2: Interpretación de la AEAT y DGT del art. 33.5.c) LIRPF



Figura 3: Realidad de la donación (Interpretación del TEAR de Valencia)



7. EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO DE LA AEAT

7.1. La figura del enriquecimiento injusto en el Derecho Civil

Como establece Da Silva Santos (2012), el axioma según el cual nadie puede enriquecerse injustamente en detrimento de otros es un *supraconcepto* que deriva en un principio general de Derecho. Este principio, con fuerte raíces en la conciencia social, opera como parámetro de comportamiento. Su finalidad es reajustar los desequilibrios patrimoniales injustificados los cuales generalmente se resuelven mediante la atribución de un derecho de devolución a favor del *solvens indebiti* (Da Silva Santos, 2012).

La figura del enriquecimiento injusto, a diferencia de en otros ordenamientos como el alemán, no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico de forma expresa. En nuestro sistema, es la jurisprudencia del Tribunal Supremo la que trata de regular esta figura, en lo que respecta a su construcción, requisitos y consecuencias. En este sentido, la jurisprudencia del TS español ha considerado de forma generalizada la prohibición del enriquecimiento injusto como un principio general del Derecho.

A modo de ejemplo, el TS (Sala de lo Civil), en su Sentencia núm. 732/2000, de 12 de julio, estableció lo siguiente: *A falta de un regulación general de la figura del enriquecimiento sin causa en nuestro ordenamiento jurídico, la jurisprudencia la sustenta en el principio general del Derecho de que nadie puede enriquecerse injustificadamente – torticeramente como decían Las Partidas, o injustamente, o sin justicia o sin razón – a costa de otro creándose, en caso de haber llegado a producirse así aquel beneficio, la obligación de restituir o reparar el patrimonio empobrecido por quien, a costa de él ha enriquecido el suyo*". Lo mismo estableció el TS (Sala de lo Civil), en su Sentencia núm. 1016/2006 de 6 de octubre.

Por otro lado, entre otras, la Sentencia del TS (Sala de lo Civil), de 15 de noviembre de 1990 sienta los requisitos necesarios para la apreciación de esta figura, señalando que se precisa:

1. Que la persona demandada haya tenido un aumento de su patrimonio, es decir, se haya enriquecido.

2. Que la persona demandante correlativamente se haya empobrecido. En otras palabras, que su patrimonio haya sufrido una pérdida a raíz de su relación con la persona demandada.
3. Que no exista ninguna causa jurídica que justifique las dos primeras situaciones. Por tanto, que no exista ningún contrato entre las partes que permita o tolere que se produzca esta situación de enriquecimiento injusto.

Además, como ha establecido el TS en numerosas ocasiones, no es necesario que medie mala fe. En particular, la Sala de lo Civil en la Sentencia núm. 1129/1994, de 14 de diciembre, dispuso que *“para la aplicación de la institución del enriquecimiento injusto no es necesario que exista negligencia, mala fe o un acto ilícito por parte del demandado como supuestamente enriquecido, sino que es suficiente el hecho de haber obtenido una ganancia indebida, lo que es compatible con la buena fe”*.

Por tanto, como bien estableció, la STS (Sala de lo Civil) núm. 110/2006, de 6 de febrero, una vez probado el lucro injusto, se hace necesario su resarcimiento: *“Los hechos, no ilícitos, que provoquen un enriquecimiento sin causa de una persona y el empobrecimiento de otra, dan lugar a la obligación de reparar el perjuicio; la esencia es pues, la atribución patrimonial sin causa, por la que el enriquecido sin causa debe restituir al empobrecido aquello en que se enriqueció”*. Así lo expresaron también numerosas sentencias anteriores (23 de marzo de 1992, 8 de junio de 1995, 7 de febrero de 1997, 31 de octubre de 2001 y 8 de julio de 2003, entre otras).

7.2. La figura del enriquecimiento injusto en el ámbito tributario

Supone un hecho innegable que la Administración tributaria y el obligado tributario se encuentran en posiciones contrapuestas de poder público y subordinado (Da Silva Santos, 2012). Además, como enuncia Pascual González (2014), es pacífico reconocer que el derecho común es de aplicación supletoria en el ámbito tributario. En concreto, la LGT lo reconoce su artículo 7.2⁶.

⁶ Art. 7.2. de la LGT: *“Tendrán carácter supletorio las disposiciones generales del derecho administrativo y los preceptos del derecho común”*.

Por tanto, la doctrina del enriquecimiento injusto también es fácilmente trasladable al ámbito del Derecho público y, consiguientemente, al ámbito tributario. Como establece Esteve González (1996), resulta especialmente aplicable en aquellos sectores que afectan a la recaudación, gestión o gasto del ahorro. Es decir, la doctrina del enriquecimiento injusto es trasladable a la actividad financiera y tributaria del Estado. Esto se debe al carácter patrimonial de esta figura y, a su contenido general el cual obliga a la restitución de lo adquirido de forma indebida.

En principio, para que nazca la obligación de restitución del enriquecimiento injusto de la Administración, deben cumplirse los mismos requisitos que exige la doctrina del Derecho Civil (Rebollo Puig, 2006).

Con el fin de exponer de una forma más clara y práctica la figura del enriquecimiento injusto en el ámbito tributario, a continuación se desarrolla la problemática que ha habido en los últimos años en torno a las retenciones del IRPF.

7.2.1. El enriquecimiento injusto de la Administración Tributaria en el ámbito de las retenciones del IRPF

En los últimos años, dentro del ámbito del IRPF, la figura del enriquecimiento injusto ha adquirido mucha importancia en relación con las retenciones. La acción de enriquecimiento injusto o sin causa ha actuado como un justo límite a la autonomía de la obligación de retener.

Los efectos perjudiciales que se producen a raíz de las obligaciones tributarias conexas se manifiestan dentro del ámbito del IRPF. En tal sentido, la interrelación existente entre la obligación de pago de la deuda que tiene el contribuyente y la obligación de retener que recae sobre retenedor puede generar un enriquecimiento injusto de la Administración Tributaria (Ribes, Ribes, 2009).

El TS, hasta 2007 mantuvo una interpretación muy estricta de esta cuestión. No obstante, se aprecia un claro cambio de criterio con sus Sentencias de 27 de febrero de 2007 y de 5 de marzo de 2008.

Con la primera de ellas, la STS de 27 de febrero de 2007, se estima un recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2002.

En el caso contemplado, por un lado, el retenedor no retuvo ninguna cantidad porque creía que no debía hacerlo. Por otro lado, el contribuyente, al entender al igual que el retenedor que su actividad no estaba sujeta a retención, tampoco la tuvo en cuenta en el momento de calcular su cuota diferencial. Por tanto, su cuota líquida no fue reducida en ninguna cantidad porque se entendía que no había tal derecho por no existir ninguna retención practicada (Pascual González, 2014).

La dificultad surge a los cuatro años. Estando ya liquidada la obligación tributaria principal, la Administración Tributaria manifiesta su disconformidad y declara que la mencionada retención sí que debía haberse practicado. Consecuentemente, pretende exigírsela al retenedor. Esto además fue respaldado tanto por el TEAC en su Resolución de 27 de abril de 2001 así como por la Audiencia Nacional en la mencionada sentencia recurrida de 24 de enero de 2002.

Ambas resoluciones invocaban la naturaleza autónoma que tiene la obligación de retener respecto de la obligación del contribuyente. Según este argumento, si el retenedor no retiene o lo hace de manera insuficiente, tiene la obligación de ingresar el ingreso correspondiente, independientemente de lo que haya realizado el contribuyente (Ribes Ribes, 2009). Como señala Pascual González (2014), surge aquí la duda de si tal naturaleza autónoma entre ambas obligaciones debe entenderse como una autonomía absoluta o como una autonomía relativa.

Como explica Ribes Ribes (2009), la parte recurrente alegaba un enriquecimiento injusto de la Administración en base al pretendido cobro de la retención que en su día no se practicó. Si la Administración exigía ahora la retención al retenedor, la Administración estaría percibiendo una doble retención. Primero, a través del contribuyente al haber hecho este un ingreso superior al que le correspondía y, segundo, a través de la reclamación interpuesta contra dicho retenedor a fin de que cumpliera con su obligación de ingresar lo que debería haber retenido al contribuyente (Pascual González, 2014).

Era este doble ingreso el que generaba un enriquecimiento injusto por parte de la Administración Tributaria. La única manera que tenía la parte recurrente de resarcirse de la duplicidad de los pagos era mediante la presentación de una declaración complementaria.

Aquí es donde surge el principal problema ya que, al haber transcurrido los plazos oportunos, el contribuyente no podía recuperar el doble pago efectuado (Ribes Ribes, 2009).

El TS finalmente estima el recurso y señala que una conducta de este tipo ya había sido considerada como una *“clara, rotunda y abusiva doble imposición”* en la Sentencia de 13 de noviembre de 1999. Afirma que la duplicidad de pagos no puede ser una *“consecuencia lógica, natural y jurídica del sistema de retenciones”*.

Pascual González (2014) establece que si el contribuyente ya había hecho frente a la totalidad de la deuda no cabía exigirle al retenedor que hiciese también su ingreso. De exigírsela, como fue la intención de la Administración, como explicado, se incurriría en un enriquecimiento injusto o sin causa.

A la misma conclusión llega el TS con sus Sentencias de 5 de marzo de 2008 y de 7 de diciembre de 2009.

Concretamente, en el fundamento jurídico cuarto de la Sentencia de 7 de diciembre de 2009 expone que la obligación de retener *“surge por disposición de la ley y en función de mecanismo articulados para hacer posible que la Hacienda Pública perciba periódicamente el dinero que ha de destinarse a la satisfacción de necesidades públicas. Por ellos, la obligación de retener es plenamente exigible, pero este efecto no puede tener lugar por aplicación del principio de prohibición de enriquecimiento sin causa, cuando con el transcurso del tiempo, el sujeto pasivo lleva a cabo su regularización anual y paga la cuota correspondiente a ingresos correspondientes sin deducirse el importe de las retenciones que no soportó”*.

8. SANCIÓN TRIBUTARIA APLICABLE

Es importante añadir que, la AEAT, ante situaciones en las que el contribuyente ha incluido en la base imponible del ahorro del IRPF las pérdidas patrimoniales debidas a transmisiones lucrativas ha considerado, en virtud del artículo 183⁷ de la LGT, la aplicación de la sanción tributaria del artículo 191 de la LGT.

En concreto, el artículo 191 de la LGT recoge la infracción tributaria “*por dejar de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de una autoliquidación*”.

Sin embargo, tras la Resolución del TEAR de Valencia de 30 de Septiembre de 2019, se puede considerar que el contribuyente que haya incluido en su declaración del IRPF las pérdidas debidas a transmisiones lucrativas en realidad ha hecho uso de lo que se denomina **una interpretación razonable de la norma**. Gracias a la Resolución del TEAR de Valencia, nos encontramos ante una interpretación razonable de la norma y doctrinalmente fundada. En este sentido, la interpretación razonable de la norma tributaria es una circunstancia excluyente de la responsabilidad por infracciones tributarias. Por tanto, se puede afirmar no cabe el automatismo sancionador de los arts. 191 y ss. de la LGT.

En concreto, el artículo 179 de la LGT, regulador del principio de responsabilidad en materia de infracciones tributarias, recoge en la letra d) de su apartado 2 que las acciones y omisiones tipificadas en las leyes no darán lugar a responsabilidad por infracción tributaria: “*Cuando se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones tributarias. Entre otros supuestos, se entenderá que se ha puesto la diligencia necesaria cuando el obligado haya actuado amparándose en una interpretación razonable de la norma*”.

En definitiva, según lo dispuesto en este artículo, a partir de la Resolución del TEAR de Valencia, la AEAT no debería poder sancionar a ningún contribuyente que integre en la base imponible del IRPF las pérdidas debidas a transmisiones lucrativas.

⁷ El art. 183.1 de la LGT establece que se consideran infracciones tributarias “*las acciones u omisiones dolosas o culposas con cualquier grado de negligencia que estén tipificadas y sancionadas como tales en esta u otra ley*”.

9. CONCLUSIONES

Hasta la fecha, la Agencia Estatal Tributaria del Estado no ha permitido computar en IRPF ninguna pérdida producida a causa de una donación en base la interpretación que viene realizando, junto con la DGT, del artículo 33.5.c) de la LIRPF. Lógicamente, al no poder integrarse en la base imponible del ahorro, tampoco se pueden compensar con cualquier otra ganancia patrimonial que se haya producido en el período impositivo. De manera contraria, las pérdidas provenientes de transmisiones onerosas, como las compraventas, se pueden integrar y compensar sin problema.

Sin embargo, a lo largo de este trabajo se ha pretendido mostrar que este criterio es bastante discutible. De este modo, numerosos autores cuyas reflexiones han quedado reflejadas en este documento han establecido que esta interpretación es inapropiada desde la perspectiva del principio de capacidad económica. Asimismo, la no integración de estas pérdidas en el IRPF produce un enriquecimiento injusto por parte de la Administración Tributaria, cuya recaudación obviamente se ve incrementada.

Sin embargo, con la Resolución del TEAR de 30 de septiembre de 2019 se abre la puerta a que esta situación injusta para el contribuyente cambie y se puedan comenzar a incluir en el IRPF las pérdidas debidas a transmisiones lucrativas, es decir, a donaciones.

El TEAR de Valencia con una impecable argumentación expone que lo que la ley en realidad excluye es la pérdida patrimonial económica que se produce por la pérdida de valor del patrimonio del donante cuando el elemento donado abandona su patrimonio. De este modo, el TEAR considera que esta pérdida económica no es incompatible con la producida a raíz de la donación y que equivale a la diferencia de valor entre los valores de adquisición y transmisión. Por tanto, la clave de la argumentación del TEAR se encuentra en entender la diferenciación que existe entre la pérdida patrimonial económica y la pérdida patrimonial fiscal.

En síntesis, la Resolución del TEAR abre la puerta a que se puedan integrar en la base imponible del IRPF las pérdidas que se producen a raíz de las donaciones. Esto supone algo muy positivo para los contribuyentes ya que, como expuesto a lo largo de todo el trabajo, el criterio seguido hasta la fecha por la AEAT y la DGT va en contra del principio constitucional de capacidad económica o contributiva.

Dado que el contribuyente no puede compensar sus ganancias patrimoniales con las pérdidas producidas con ocasión a las donaciones, se ve obligado a tributar por una renta inexistente, ficticia e inexpressiva de capacidad económica. Por consiguiente, se produce una pérdida de equidad ya que se gravan mejoras inexistentes de capacidad económica. De hecho, se puede incluso afirmar que esto va en contra de la noción de renta como objeto del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Resulta muy probable que la Resolución del TEAR de Valencia haya sido recurrida por la propia Administración Tributaria en base a lo previsto en el artículo 242 de la LGT⁸. Por lo tanto, habrá que esperar al pronunciamiento del Tribunal Económico Administrativo Central y, en su caso, de los correspondientes tribunales de justicia contencioso-administrativos para conocer el desenlace de esta historia.

⁸ El art. 242 de la LGT regula el recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio

10. BIBLIOGRAFÍA

Legislación

- Constitución Española (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).
- Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (BOE núm. 217, de 11 de septiembre de 1978).
- Ley 48/1985, de 27 de diciembre, de Reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1985).
- Ley 20/1989, de 28 de julio, de adaptación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio de las Personas Físicas (BOE núm. 180, de 29 de julio de 1989).
- Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (BOE núm. 136, de 7 de junio de 1991).
- Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE núm. 310, de 28 de diciembre de 1995).
- Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 1998).
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE núm. 302, de 18 de diciembre de 2003).
- Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (BOE núm. 59, de 9 de marzo de 2004).
- 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 (BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 2006).
- Ley 27/2014, de 27 de noviembre del Impuesto sobre Sociedades (BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014).

Jurisprudencia y doctrina administrativa

- Sentencia del Tribunal Constitucional, 27/1981, de 20 de julio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 194/2000, de 19 de julio.

- Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2017, de 16 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 27/2017, de 1 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2017, de 11 de mayo.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 1990.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1129/1994, de 14 de diciembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo 732/2000, de 12 de julio.
- Sentencia del Tribunal Supremo 110/2006, de 6 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1016/2006, de 6 de octubre.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de febrero de 2007
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de marzo de 2008.
- Sentencia del Tribunal Supremos, de 7 de diciembre de 2009.
- Sentencia del Tribunal Superior de Castilla y León 20/2019, de 1 febrero.
- Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2002.
- Consulta de la DGT número V2240/2010, de 15 de noviembre.
- Consulta de la DGT número V1127/2011, de 5 de mayo.
- Consulta de la DGT número V1275/0212, de 13 de junio.
- Consulta de la DGT número V1083/2014, de 14 de abril.
- Consulta de la DGT número V2912/2019, de 22 de octubre.
- Resolución del TEAR de Valencia de 30 de septiembre de 2019.
- Resolución del TEAC DE 27 de abril de 2001.
- Resolución del TEAC núm. 3961/2016, de 2 de febrero de 2017.

Obras y artículos doctrinales

- Arranz de Andrés, C. (2019). *Gravamen de las ganancias de patrimonio derivadas de transmisiones lucrativas en el IRPF*. Thomson Reuters Aranzadi
- Calvo Vérguez, J. (2012). *La tributación de las ganancias y pérdidas patrimoniales en el IRPF*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Da Silva Santos, I. (2012). *La responsabilidad del Estado Legislador por las leyes tributarias inconstitucionales y el enriquecimiento sin causa*. [Tesis doctoral, Universidad de Salamanca]. Disponible en:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=126005>

- de León Cabetas, C. (2006). El gravamen en el IRPF de las ganancias de patrimonio en España. *Crónica Tributaria*, (120), 81-110. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1335919>
- Esteve González, L. (1996). *Ley aplicable al enriquecimiento sin causa en Derecho Internacional Privado Español*. [Tesis doctoral, Universidad de Alicante]. Dialnet. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=1658>
- García Berro, F. (2018a). El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (II). En F. Pérez Royo (Ed.), *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial* (123-264). Tecnos
- García Berro, F. (2018b). El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (III). En F. Pérez Royo (Ed), *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial* (265-334). Tecnos
- HuelínMartínez de Velasco, J. (2018). *Ley General Tributaria Comentada, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*. Lefebvre-El Derecho. Disponible en: <https://online.elderecho.com/login.do>
- Juanpere, B. A. (2018). La nueva plusvalía municipal, de momento. *Tributos locales*, (134) 107-113. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6409907>
- Núñez Zubillaga, I., Espinosa de los Monteros Garde, S., Gil del Campo, J.A., Martínez Peiro, J.J., Silva Mejías, A., Torrano Pérez, P., Vázquez Lapuerta, J.M. (2007). *La reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Comentarios a la Ley 35/2006 y al Real Decreto 439/2007*. Thomson Aranzadi.
- Pagès i Galtés, J. (2019). Efectos de la declaración de inconstitucionalidad parcial del IIVTNU tras la sentencia interpretativa dictada por el Tribunal Supremo en 2018. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 156-183. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6886289>
- Pascual González, M.M. (2014). Una nueva fundamentación de la doctrina jurisprudencial sobre el enriquecimiento injusto de la administración en las retenciones. *Nueva fiscalidad*, (6) 9-50.

- Pérez Royo, I. (2018). Los impuestos municipales. En F. Pérez Royo (Ed), *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial* (1045-1113). Tecnos
- Queralt, J.M., Lozano Serrano, C., Tejerizo López, J.M., Casado Ollero, G. (2016), *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. Tecnos.
- Rebollo Puig, M (2006). Enriquecimiento injusto y *nemo auditur* en el Derecho administrativo. *Cuadernos de derecho local*, (12) 7-37. Disponible en:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2277814>
- Ribes Ribes, A (2009). Obligaciones tributarias y enriquecimiento injusto. *Crónica Tributaria*, (130) 75-88. Disponible en:
https://economistas.es/Contenido/REAF/gestor/130_obligaciones.pdf