

Estudios de Derecho Mercantil y Derecho Tributario [Derechos de los socios en las sociedades de capital, consumidores y productos financieros y financiación de empresas en el nuevo marco tecnológico]. 1ª ed., enero 2019

Parte 1. Separación de socios por falta de reparto de dividendos

2. Efectos tributarios de la separación del socio por falta de reparto de dividendos (EDUARDO ABAD VALDENEBRO y JOSÉ MARÍA COBOS GÓMEZ)

2 Efectos tributarios de la separación del socio por falta de reparto de dividendos

EDUARDO ABAD VALDENEBRO

Profesor Asociado de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Pontificia Comillas - ICADE, Socio de Garrigues



JOSÉ MARÍA COBOS GÓMEZ

Profesor Asociado de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Pontificia Comillas - ICADE, Socio de Garrigues

Sumario:

I. Introducción

II. Implicaciones tributarias del ejercicio del derecho de separación por falta de distribución de dividendos

1. Implicaciones tributarias para la sociedad

1.1. Contabilización: Consulta n.º 3 BOICAC n.º 89, marzo 2012

1.2. Impuesto sobre Sociedades

2. Implicaciones tributarias para el socio

2.1. Persona física: Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas

2.2. Persona jurídica: Impuesto sobre Sociedades

2.3. No residentes sin establecimiento permanente

3. Valoración de la participación: Operaciones vinculadas

4. Algunas consideraciones en el ámbito de la tributación indirecta
 - 4.1. Reducción de capital
 - 4.2. Adquisición de acciones propias para su amortización
- III. Incidencia del ejercicio del derecho de separación por falta de distribución de dividendos en la política tributaria societaria
 1. La determinación del beneficio respecto del que se ha de distribuir el dividendo
 - 1.1. La política de precios de transferencia
 - 1.2. La retribución de los administradores
 - 1.3. El registro de provisiones
 - 1.4. La contabilización del gasto por Impuesto sobre Sociedades
 2. La incidencia del derecho de separación de socios en las políticas de tesorería y la solvencia de la sociedad
 3. Limitaciones a la política tributaria societaria
 - 3.1. Incentivos a la reinversión de beneficios extraordinarios
 - 3.2. La reserva de capitalización
 - 3.3. La Reserva por Inversiones en Canarias

I. INTRODUCCIÓN

La [Ley 25/2011, de 1 de agosto](#), de reforma parcial de la [Ley de Sociedades de Capital](#) y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, introdujo un nuevo [artículo 348 bis](#) al Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (RCL 2010, 1792, «**TRLSC**»), que tiene por finalidad la protección de los socios minoritarios de las sociedades no cotizadas.

Si bien la entrada en vigor de esta norma estaba prevista a los dos meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, su aplicación fue suspendida por diversas normas, entrando definitivamente en vigor a partir del pasado 1 de enero de 2017.

Este artículo 348 bis al que nos referimos contempla el derecho de separación del socio de una sociedad no cotizada en el supuesto de falta de distribución de dividendos. Concretamente, dispone que, a partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles.

Se establece así una obligación de distribución de dividendo, so pena de que el socio pueda activar su derecho de separación en caso de incumplimiento, de aplicación general a todas las sociedades no cotizadas¹⁾.

La doctrina mercantilista ha puesto de manifiesto las dificultades teóricas y prácticas que se pueden derivar del ejercicio de este derecho²⁾, lo que ha llevado a que el 24 de noviembre de 2017 se presentara en el Parlamento una Proposición de Ley para modificar este precepto. Como indica su Exposición de motivos, la intención de este artículo de evitar un abuso de los socios mayoritarios puede originar la situación inversa, en la que los minoritarios pueden utilizar este derecho de separación de forma abusiva, controlando la decisión sobre el reparto de dividendos en la sociedad. Este poder atribuido a los minoritarios podría poner en peligro la situación financiera de la sociedad, al verse obligada a destinar sus recursos, bien al reparto de un dividendo anual mínimo, bien a reintegrar el valor de las participaciones o acciones a quienes

opten por separarse de la sociedad ante la falta de reparto del dividendo. Continúa señalando la citada Exposición que un problema de la puesta en práctica de este precepto, y que puede desestabilizar económicamente a muchas sociedades, es la posible falta de liquidez en la sociedad para abonar el dividendo (evitando el ejercicio del derecho de separación) o para restituir las aportaciones de los socios en caso de que éstos ejerciten su derecho de separación, lo que podría abocar a muchas sociedades a la necesidad de solicitar el concurso de acreedores ante la falta de liquidez.

En el ámbito tributario, este precepto también puede tener una incidencia significativa. En este artículo se analizarán las implicaciones en el ámbito tributario derivadas del ejercicio de separación previsto en el artículo 348 bis del TRLSC, así como otras cuestiones conexas a dicho derecho de separación que inciden en la política tributaria de la sociedad, y que igualmente pueden afectar a su solvencia.

II. IMPLICACIONES TRIBUTARIAS DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN POR FALTA DE DISTRIBUCIÓN DE DIVIDENDOS

1. IMPLICACIONES TRIBUTARIAS PARA LA SOCIEDAD

El principal tributo que grava los beneficios obtenidos por las sociedades en España (o por los establecimientos permanentes de no residentes situados en dicho territorio) es el Impuesto sobre Sociedades. Como es conocido, la base imponible de este tributo se determina partiendo del resultado contable, determinado conforme al [Código de Comercio](#) y demás normativa contable de aplicación, que se corregirá mediante los ajustes específicos previstos en la [Ley del Impuesto sobre Sociedades](#) (RCL 2014, 1581, «LIS»).

Por tanto, para determinar las implicaciones del ejercicio de este derecho por parte del socio que ha votado a favor de la distribución de dividendos, se ha de partir del tratamiento contable que la normativa aplicable prevé para dicho ejercicio.

1.1. Contabilización: Consulta n.º 3 BOICAC n.º 89, marzo 2012

Esta cuestión ha sido tratada por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas («ICAC») en su consulta n.º 3 del BOICAC n.º 89, de marzo de 2012. La cuestión que específicamente se plantea es si, a la vista del artículo 348 bis del TRLSC, la ley está imponiendo una obligación de reparto de dividendos en relación con las acciones de los socios minoritarios y las implicaciones contables que esta circunstancia tendría en sede de la sociedad.

Comienza el ICAC señalando que este derecho de separación se configura, desde un punto de vista económico, como una opción de rescate de la inversión que solo nace si se cumplen los requisitos previstos por la Ley. De lo anterior no cabe inferir que el reparto de dividendos sea obligatorio, sino más bien que, ante la falta de dicho reparto, nace el derecho de los accionistas a solicitar el reembolso de su participación. Por ello, en todo caso, la aplicación del resultado sigue siendo discrecional y, en consecuencia, se seguirá contabilizando, empleando como contrapartida una cuenta de reservas.

Aunque esta afirmación del ICAC es contestada por parte de la doctrina mercantilista sobre la materia, que afirma que nos encontramos ante una verdadera obligación de distribución de un dividendo mínimo para las sociedades no cotizadas, dicho órgano realiza probablemente esta afirmación teniendo en cuenta las posibles consecuencias que, en materia de reconocimiento contable de obligaciones o pasivos, pudiera tener la configuración de esta figura como una obligación absoluta de distribución mínima de dividendos.

Una vez aclarada esta cuestión, el ICAC pasa a analizar el tratamiento contable del derecho de separación, en sentido estricto y, en particular, si ante la existencia de una eventual obligación

condicionada o contingente de reembolso, la sociedad debe registrar un pasivo, en qué momento y por qué importe.

Para ello, el ICAC acude en primer lugar al artículo 34.2 del [Código de Comercio \(LEG 1885, 21\)](#), por en el que se establece que las cuentas anuales deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales aplicables. Dicho precepto resalta asimismo la relevancia del denominado «principio del fondo sobre forma», al disponer que, a los efectos anteriores, en la contabilización de las operaciones se atiende a la realidad económica y no sólo a su forma jurídica.

En segundo lugar, el ICAC hace referencia a la norma de registro y valoración («NRV») 9.^a. «Instrumentos financieros» del Plan General de Contabilidad («[PGC](#)»), de cuyo apartado 3 el ICAC destaca que el tratamiento contable de los instrumentos financieros se asienta en el concepto de «obligación contractual». En consecuencia, si la empresa emite un instrumento (en el caso que nos ocupa, acciones o participaciones) y no tiene un derecho incondicional a evitar la salida de flujos de efectivo, el PGC califica ese instrumento, en todo o en parte, como un pasivo.

En este contexto normativo, el ICAC resalta que, para poder otorgar un adecuado tratamiento contable al derecho de separación previsto en el artículo 348 bis del TRLSC, la cuestión a dilucidar es si la sociedad tiene un derecho incondicional a evitar la salida de flujos de efectivo. Y desde esta aproximación, el ICAC concluye que, en la medida en que el derecho de separación solo nace cuando, cumpliéndose los requisitos previstos por el TRLSC, el socio se dirige a la sociedad en tiempo y forma, hasta ese momento el «derecho» del socio reconocido en el artículo 348.bis es una pura y simple expectativa de derechos sin sustancia jurídica equiparable a la de un verdadero derecho de crédito y, en consecuencia, no puede concluirse que origine desde un punto de vista contable el reconocimiento de un pasivo.

Sin perjuicio de lo anterior, en la memoria de las cuentas anuales se deberá facilitar toda la información significativa sobre el tema objeto de consulta, de forma que aquellas, en su conjunto, muestren la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa. En particular, se incluirá información sobre los dividendos distribuidos en los últimos cinco ejercicios o, en caso de que no se hubiesen repartido, el número de socios que hubieran votado en contra de la propuesta de aplicación.

1.2. Impuesto sobre Sociedades

Para realizar el análisis en este impuesto, se debe tener en cuenta el hecho de que la eventual separación de un socio se puede realizar, en la práctica, de diferentes formas:

- La más habitual será la realización de una operación de reducción de capital mediante devolución de aportaciones al socio, entregando efectivo y/o algún bien patrimonial.
- Pero también se podría realizar mediante la adquisición por parte de la sociedad de las participaciones que son titularidad del socio que se separa, entregando como contraprestación, de nuevo, efectivo y/o algún bien patrimonial.
- O, incluso, mediante la realización de alguna operación societaria como la escisión a favor del socio que se separa, si bien este supuesto no será muy habitual en la práctica, al requerir del consentimiento de todos los socios, por lo que no se analizará en este artículo.

Por otra parte, como se ha señalado con anterioridad, la base imponible del Impuesto sobre Sociedades («IS») se determinará partiendo del resultado contable y practicando sobre este las correcciones que se establezcan en la norma reguladora de este tributo ([artículo 10.3](#) de la LIS). Por tanto, en aquellos casos en que la LIS no establezca ninguna especialidad, el tratamiento fiscal coincidirá con su tratamiento contable.

Este es el caso de la separación de socios con devolución de aportaciones en metálico, para el

que la LIS no establece ninguna regla especial. Por tanto, este tipo de devoluciones, que no originan resultado contable alguno, no tendrán efecto en la base imponible de la sociedad, tal y como ha tenido ocasión de señalar la Dirección General de Tributos («DGT») en diversas resoluciones, de las que podemos destacar las de 3 de mayo de 2007 (V0913-07), 20 de diciembre de 2002 (1993-02) y 21 de enero de 2002 (0058-02).

Por el contrario, si la separación de socios se produce mediante una devolución de aportaciones en especie, habremos de acudir a los apartados 4 y 5 del [artículo 17](#) de la LIS, conforme a los cuales, en el caso de separación de socios y reducción de capital con devolución de aportaciones, los elementos patrimoniales entregados se valorarán por su valor de mercado y la entidad transmitente (la sociedad de la que se separaran los socios o que reduce capital) integrará en su base imponible la diferencia entre el valor de mercado de los elementos transmitidos y su valor fiscal (el valor fiscal coincidirá normalmente con el valor de adquisición menos las amortizaciones y deterioros que hayan sido fiscalmente deducibles, de forma que si estos han sido deducibles, el valor fiscal coincidirá con el valor contable).

Este tipo de operaciones ha sido analizado por diversas resoluciones de la DGT. Así, por ejemplo, en la resolución de 18 de junio de 2012 (V1324-12), en la que se trata la separación de un socio mediante una reducción de capital con devolución de aportaciones que se materializa en la entrega de determinados inmuebles. La conclusión de este Centro Directivo en este caso fue que la entidad transmitente (la sociedad que reducía capital) debía integrar en su base imponible la diferencia entre el valor de mercado de los inmuebles transmitidos y su valor contable (partiendo de la hipótesis de que el valor contable coincidía con el valor fiscal).

Un caso particular de separación de socio mediante reducción de capital con devolución de aportaciones en especie es el analizado en la resolución de 18 de octubre de 2016 (V4502-16), referente a una separación de socios en virtud de la cual la devolución de aportaciones se materializaba en la entrega de acciones o participaciones en otras sociedades. Como se ha señalado, la regla general sería que, como consecuencia de la separación del socio, la sociedad que reduce capital habría de integrar en su base imponible la diferencia entre el valor de mercado de las participaciones transmitidas y su valor fiscal. Ahora bien, en la medida en que en este caso los elementos transmitidos son valores representativos de los fondos propios de otras entidades, la sociedad que entrega dichos valores como consecuencia de la reducción de su capital podría aplicar la exención para evitar la doble imposición prevista en el [artículo 21](#) de la LIS para las plusvalías derivadas de la transmisión de valores, siempre que se cumplan los requisitos exigidos en dicho precepto (partición mínima de un 5% o valor de adquisición de al menos 20 millones de euros, antigüedad de la participación de al menos un año y, en caso de filiales extranjeras, sujeción de estas a una tributación mínima del 10% en su país de residencia). Así pues, cumpliéndose dichos requisitos, quedarían exentas las rentas puestas de manifiesto con la transmisión de las participaciones en otras sociedades entregadas como devolución de aportaciones a los socios salientes.

La DGT también ha analizado el supuesto en el que la separación del socio no se instrumenta mediante una reducción de capital, sino mediante la adquisición de acciones propias, entregando inmuebles como contraprestación. Así, en la resolución de 17 de julio de 2013 (V2396-13), se plantea una situación en la que, en ejecución de sentencia judicial, una sociedad entra en la capital social de una entidad, íntegramente participada hasta ese momento por un grupo familiar. El porcentaje de participación con el que entra el nuevo socio es del 25%, permaneciendo el 75% restante en manos del mencionado grupo familiar. Ante las fuertes tensiones y divergencias existentes entre ambos grupos de accionistas, que dificultan y obstaculizan enormemente la gestión de la empresa, la única solución que encuentran consiste en que el nuevo socio venda sus acciones, representativas del 25% del capital social, a la propia entidad, recibiendo en contraprestación un inmueble de su propiedad.

En este supuesto, acudiendo al criterio manifestado por el ICAC en su consulta n.º 5 del BOICAC 81, de marzo de 2010, la Dirección General de Tributos señala que, como consecuencia de la adquisición de las acciones propias, afloraría en la sociedad que adquiere las acciones propias

un ingreso contable por la diferencia entre el valor de mercado del inmueble entregado y su valor contable; ingreso contable que formará parte de la base imponible del período impositivo con arreglo a lo dispuesto en el [artículo 10.3](#) de la LIS.

2. IMPLICACIONES TRIBUTARIAS PARA EL SOCIO

2.1. Persona física: Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas

Como se ha señalado, la separación del socio se puede instrumentar de distintas formas, siendo las más habituales la reducción directa de capital mediante devolución de aportaciones y la adquisición de acciones propias para su posterior amortización.

La utilización de una u otra alternativa podría no ser indiferente, por cuanto que su régimen tributario se encuadraría en distintos preceptos. Así se desprende de la resolución de la DGT de 21 de enero de 2002 (0058-02), en relación con un supuesto de separación voluntaria prevista en los estatutos de la compañía consultante, en la que se distinguen las siguientes alternativas:

- a) La devolución de aportaciones en efectivo, en cuyo caso sería de aplicación la regla especial prevista en el [artículo 37.1.e](#) de la [Ley 35/2006, de 28 de noviembre](#), del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas «LIRPF» para los casos de separación de socios. En estos supuestos, dispone dicho precepto, se considerará ganancia o pérdida patrimonial, sin perjuicio de las correspondientes a la sociedad, la diferencia entre la cuota de liquidación o el valor de mercado de los bienes recibidos y el valor de adquisición del título o participación de capital que corresponda.
- b) La adquisición por parte de la sociedad de las acciones o participaciones para su autocartera y posterior reducción de capital, en cuyo caso sería de aplicación la regla especial para la transmisión de participaciones en entidades no cotizadas recogida en el artículo 37.1.b) de la IRPF, que dispone que la ganancia se calculará como diferencia entre el valor de transmisión y el valor de adquisición, no pudiendo ser el primero inferior al mayor de los dos siguientes: (i) el teórico resultante del balance correspondiente al último ejercicio cerrado con anterioridad a la fecha de devengo del Impuesto y (ii) el que resulte de capitalizar al tipo del 20% el promedio de los resultados de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha de devengo del Impuesto.

A pesar de las evidentes diferencias entre uno y otro tratamiento, en las posteriores resoluciones emitidas por la DGT analizando las implicaciones del ejercicio del derecho de separación de socios no se ha distinguido entre una y otra alternativa, aplicando en todos los casos la regla especial del [artículo 37.1.e](#) de la LIRPF para la separación de socios.

La primera a la que podemos hacer referencia es la resolución de 22 de septiembre de 2005 (V1871-05), en relación con varios socios de una sociedad limitada que pretenden causar baja en la sociedad, por lo que esta se plantea adquirir sus participaciones, en metálico y por su valor de mercado, para reducir posteriormente el capital social amortizando las referidas participaciones. Señala la DGT que la separación del socio de la sociedad, mediante la transmisión a la misma de sus acciones, producirá en el socio, persona física, una ganancia o una pérdida patrimonial que, conforme al citado artículo 37.1.e), se cuantificará como diferencia entre la cuota de liquidación o el valor de mercado de los bienes recibidos y el valor de adquisición del título o participación de capital que corresponda. Como se puede observar, si bien la separación del socio se instrumenta por medio de la adquisición de acciones propias, el régimen aplicado es el del [artículo 37.1.e](#) de la LIRPF.

El segundo supuesto de separación de socios se analiza en la resolución de 1 de junio de 2009 (V1291-09), en la que se devuelven al socio sus aportaciones iniciales y las cantidades correspondientes a los beneficios no distribuidos en proporción a su participación en la sociedad. La conclusión a la que llega la DGT es que la ganancia patrimonial generada en el socio

por su separación de la sociedad será la diferencia entre la cantidad total percibida (aportaciones iniciales más beneficios no distribuidos) y el importe de las aportaciones efectuadas.

La tercera resolución a la que queremos hacer referencia es la de 13 de abril de 2016 (V1564-16), en la que un socio comunicó a la sociedad en la que participaba el ejercicio de su derecho de separación, al amparo de lo establecido en el artículo 346.2 del TRLSC³). La particularidad de este supuesto es que surgieron discrepancias en relación con la fijación del valor razonable de las participaciones sociales, siendo impugnado por la sociedad el valor determinado por el auditor designado por el Registrador Mercantil ante un juzgado de lo mercantil en 2014, lo que a su vez dio lugar a la interposición de otras reclamaciones judiciales por el socio, la sociedad y otras sociedades del grupo. Dichos litigios vieron su fin en 2015, al llegarse a un acuerdo transaccional en escritura pública por el que la sociedad se compromete a pagar al socio un determinado importe como valor de la cuota de socio que le corresponde en virtud del derecho de separación, añadiéndose que dicha suma pone fin a los procedimientos judiciales. Parte del importe acordado se abonó en el mismo momento de suscribirse el acuerdo de transacción y el resto en 16 trimestres consecutivos, desde el 31 de diciembre de 2015 hasta el 30 de septiembre de 2019, devengando el pago aplazado un interés a favor del socio.

La DGT alcanza las siguientes conclusiones:

- a) El pago por parte de la sociedad al socio por el ejercicio del derecho de separación es el recogido en el [artículo 37.1.e](#) de la LIRPF, teniendo la consideración de ganancia o pérdida patrimonial la diferencia entre el valor de mercado de los bienes recibidos y el valor de adquisición del título o participación de capital que corresponda.
- b) En este caso particular, las participaciones fueron adquiridas por el socio como consecuencia de la aportación no dineraria a la sociedad de las participaciones en otras cuatro sociedades, realizada en 2012, que se acogió al régimen de neutralidad fiscal. En consecuencia, las participaciones sociales recibidas de la sociedad como consecuencia de dicha aportación conservarán a efectos fiscales los valores y fechas de adquisición que tenían las participaciones sociales aportadas a la sociedad, correspondientes a las cuatro sociedades.
- c) La ganancia o pérdida patrimonial así determinada se integrará en la base imponible del ahorro del socio en la forma prevista en el [artículo 49](#) de la LIRPF.
- d) Con carácter general, la ganancia o pérdida patrimonial se imputarán al periodo impositivo en que tenga lugar la alteración patrimonial. No obstante, al haber transcurrido más de un año entre la firma del acuerdo transaccional y el vencimiento del último plazo, podrá aplicarse la regla especial de imputación (artículo 14.2.d) previsto para las operaciones a plazos o con precio aplazado, lo que comportará que la ganancia o pérdida patrimonial obtenida se impute a los periodos impositivos en que sean exigibles los cobros.
- e) En cuanto al interés a pagar por la sociedad al socio por el aplazamiento de parte del importe acordado, al tener naturaleza remuneratoria y o indemnizatoria, tributarán como rendimientos del capital mobiliario y se integrarán en la base imponible del ahorro, de acuerdo con lo establecido en el [artículo 49](#) de la LIRPF.
- f) Finalmente, por lo que se refiere a los gastos correspondientes a los litigios en que ha incurrido el socio que ejerce el derecho de separación, no darán lugar a una pérdida patrimonial, al considerarse que responden a una aplicación de renta al consumo del contribuyente.

No obstante lo anterior, la cuestión más controvertida relacionada con el tratamiento tributario de la separación de socios cuando estos son personas físicas consiste en determinar si la renta obtenida en la transmisión de acciones a la sociedad en la que participaban los socios para su

amortización vía reducción de capital se debía calificar como rendimiento de capital mobiliario o como ganancia patrimonial.

La calificación de la operación como rendimiento de capital mobiliario se encuentra regulada en el [artículo 33.3.a](#) de la LIRPF, en el que, para las reducciones de capital que tienen por finalidad la devolución de aportaciones, señala que el importe de la reducción o el valor de mercado de los bienes o derecho percibidos, «minorará el valor de adquisición de los valores o participaciones afectadas (...) hasta su anulación. El exceso que pudiera resultar se integrará como rendimiento del capital mobiliario procedente de la participación de los fondos propios de cualquier tipo de entidad (...)».

Por el contrario, como se ha expuesto, la norma específica de valoración contenida en el [artículo 37.1.e](#) de la LIRPF regula el tratamiento del supuesto de separación de socios o disolución de sociedades.

Pues bien, el criterio tradicional de la Agencia Tributaria era el de considerar que la regla especial del [artículo 37.1.e](#) de la LIRPF solo resultaba de aplicación cuando era un supuesto establecido expresamente por la normativa mercantil.

Aun cuando el caso que nos ocupa entraría en esta categoría (por tratarse de un supuesto expresamente previsto por la norma mercantil cuando se incumpla la existencia de un reparto de un dividendo mínimo), el Tribunal Económico-Administrativo Central («TEAC») ha venido a cerrar esta cuestión, considerando que la norma específica debe prevalecer sobre la general en todos los supuestos de separación de socios, estén o no considerados como obligatorios por la normativa mercantil aplicable.

Así se desprende de la reciente [Resolución del TEAC de 11 de septiembre de 2017 \(JUR 2017, 266358\)](#). En dicha Resolución se analiza un supuesto en el que un grupo familiar había transmitido la totalidad de sus acciones en una sociedad anónima, la mayor parte a la propia sociedad (parte de las cuales amortiza mediante reducción de capital y el resto las mantiene en autocartera) y el resto se transmitían a otra entidad. Iniciadas actuaciones de inspección, la Administración tributaria consideró que se había producido una reducción del capital con devolución de aportaciones, mediante la compra por la sociedad de acciones propias para su posterior amortización, con lo que el exceso satisfecho sobre las aportaciones realizadas debía tributar en sede de los socios como rendimiento de capital mobiliario en virtud el [artículo 33.3.a](#) de la LIRPF, y no como ganancias patrimoniales, por lo que no resultaban de aplicación de los coeficientes de abatimiento, de los que únicamente pueden disfrutar las ganancias.

Como se puede observar, la Agencia Tributaria había considerado que, cuando la norma alude a la «separación de los socios», estaría refiriéndose exclusivamente a la concurrencia de alguna de las causas tasadas por la normativa mercantil que habilitan a un accionista para separarse de la sociedad (modificación del objeto social, transformación de la sociedad anónima en otro tipo de sociedad, etc.). Sin embargo, el TEAC, recordando que ya se había pronunciado previamente sobre esta cuestión, resalta que en este caso será de aplicación la regla especial de valoración del artículo 37.1.e al tener carácter más específico que el artículo 33.1.a) y no distinguir entre supuestos de separación por causas previstas en la normativa mercantil, en los estatutos sociales o por ser fruto de acuerdo o pacto entre las partes. Por tanto, donde la norma no distingue no puede distinguir el intérprete o aplicador del Derecho, debiendo así entenderse que los supuestos de «separación de los socios» que contempla aquel precepto recogería todos los casos en los que el socio deja de ostentar tal condición respecto de la sociedad, lo que a su vez conlleva que el tratamiento fiscal adecuado ha de ser el previsto en el [artículo 37.1.e](#) LIRPF, que atribuye la consideración de ganancia o pérdida patrimonial a la diferencia entre el valor de la cuota de liquidación social o el valor de mercado de los bienes recibidos y el valor de adquisición del título o participación de capital que corresponda.

Como se puede observar, la referida Resolución no considera que el tratamiento fiscal deba ser diferente por el hecho de que la separación del socio se haya instrumentado por medio de la

transmisión de las acciones a la propia sociedad para su amortización. Pero de los razonamientos de esta Resolución se desprende, además, que hay que descartar que en un supuesto de separación de socios por aplicación del artículo 348 bis del TRLSC se pueda calificar como una mera reducción de capital con devolución de aportaciones, a la que aplicara el [artículo 33.1.a\)](#) de la LIRPF.

De forma muy simplificada, la finalidad de esta última norma es que, en el caso de que la sociedad que reduzca capital tenga beneficios no distribuidos, se entienda que las primeras cantidades devueltas se correspondan con dichos beneficios y, en consecuencia, se trate desde el punto de vista tributario como una distribución de beneficios (cuya calificación sería la de rendimientos de capital mobiliario). La exclusión de la aplicación de este precepto en el caso de una separación de socios es, en nuestra opinión, coherente, por cuanto que la reducción de capital no es un fin en sí mismo, sino que tiene un carácter meramente instrumental para lograr la separación del socio disidente⁴⁾.

De acuerdo con todo lo anteriormente expuesto, con independencia de la fórmula utilizada para instrumentar la separación del socio (separación directa o adquisición de acciones propias por la propia sociedad para su amortización), el socio obtendría una ganancia patrimonial como diferencia entre la cuota de liquidación o el valor de los bienes entregados y su valor de adquisición, a integrar en la base del ahorro del IRPF.

La calificación como ganancia patrimonial de la cantidad resultante del ejercicio del derecho de separación de socios tendrá principalmente tres consecuencias. En primer lugar, la posibilidad de aplicar los coeficientes de abatimiento previstos en la [disposición transitoria novena](#) de la LIRPF para las ganancias patrimoniales derivadas de la transmisión de elementos patrimoniales no afectos a actividades económicas que hubieran sido adquiridos antes del 31 de diciembre de 1994⁵⁾. En segundo lugar, la ganancia patrimonial no se encuentra sujeta a retención⁶⁾. Por último, si las participaciones transmitidas hubieran sido adquiridas al menos un año antes de su transmisión, la ganancia patrimonial no se computaría a efectos del límite conjunto del IRPF y del Impuesto sobre el Patrimonio ([artículo 31](#) de la [Ley 19/1991, de 6 de junio](#), del Impuesto sobre el Patrimonio, RCL 1991, 1453).

2.2. Persona jurídica: Impuesto sobre Sociedades

En el caso de que el socio que se separa sea un sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades, su régimen tributario lo encontramos en el [artículo 17.8](#) de la LIS, conforme al cual en la disolución de entidades y separación de socios se integrará en la base imponible de estos la diferencia entre el valor de mercado de los elementos recibidos y el valor fiscal de la participación anulada.

Ahora bien, en el caso de que se cumplan los requisitos previstos en el [artículo 21.1](#) de la LIS (que el porcentaje de participación, directa o indirecta, en el capital de la entidad sea, al menos del 5% o bien el valor de adquisición de la participación sea superior a 20 millones de euros en el momento de la separación del socio y que la participación se haya poseído de manera ininterrumpida durante el año anterior a la separación del socio), la plusvalía tributaria que se pudiera poner de manifiesto quedaría exenta de tributación, ya que el [artículo 21.3](#) de la LIS extiende el régimen de exención previsto para las rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades a la renta obtenida en los supuestos de separación del socio.

La exención se aplicará sobre la totalidad de la renta generada, con independencia de que esta se corresponda o no con beneficios no distribuidos, pues también estarán exentas las rentas que se deriven de la existencia de plusvalías tácitas en los elementos patrimoniales que componen el activo de la entidad.

Así, podemos citar la resolución de la DGT de 18 de octubre de 2016 (V4502-16), a la que se ha hecho anteriormente referencia en relación con una separación de socios mediante una

reducción de capital, en virtud de la cual la devolución de aportaciones se materializaba en la entrega de acciones o participaciones en otras sociedades. Pues bien, la DGT concluye que, como consecuencia de la separación de socios, el socio que se separa integrará en su base imponible la diferencia entre el valor de mercado de los elementos recibidos y el valor fiscal de la participación anulada, si bien dicha renta estará exenta en la medida en la que se cumplan los requisitos del [artículo 21](#) de la LIS.

2.3. No residentes sin establecimiento permanente

Las rentas obtenidas por los no residentes en España, con independencia de que sean personas física o jurídicas, se encuentran gravadas por el Impuesto sobre la Renta de no Residentes («IRNR»).

El [artículo 13.3](#) del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes aprobado por el [Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo](#) (RCL 2004, 651, «TRLIRNR») dispone que, para la calificación de los distintos conceptos de renta en función de su procedencia, se atenderá a lo dispuesto en la LIRPF.

Como ya se ha analizado anteriormente, según el [artículo 37.1.e\)](#) de la LIRPF, la renta que se deriva del ejercicio del derecho de separación se califica como ganancia o pérdida patrimonial, y no como rendimiento de capital mobiliario.

El [artículo 13.1](#) del TRLIRNR considera obtenidas en España las ganancias patrimoniales derivadas de valores emitidos por entidades residentes en España. Así, la renta que obtenga el socio no residente derivada del ejercicio del derecho de separación de una entidad residente en España estará sujeta al IRNR.

No obstante lo anterior, es posible que la renta no quedara finalmente sometida a tributación por aplicación de las exenciones previstas en el TRLIRNR o de lo previsto en algún Convenio Internacional en función del lugar de residencia del contribuyente no residente.

Así, en caso de que el socio saliente sea residente en la Unión Europea, el [artículo 14.1.c\)](#) del TRLIRNR establece la posible exención de la ganancia patrimonial si concurren los siguientes requisitos:

- a) Que el activo de la entidad no consista principalmente en bienes inmuebles situados en territorio español; y
- b) Que, si el socio que se separa es persona física, la participación que ostente en los 12 meses precedentes sea inferior al 25%; o, si el socio es persona jurídica, se cumplan los requisitos del [artículo 21](#) de la LIS, anteriormente señalados.

Por otra parte, en caso de que el socio que se separa sea residente en un país con el que España tenga suscrito un Convenio para evitar la Doble Imposición, será necesario analizar las concretas previsiones que contenga para las ganancias de capital. El artículo 13.4 del Modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, que es el que siguen mayoritariamente los convenios firmados por España, asigna la potestad de gravar esta ganancia patrimonial al Estado de residencia del socio que se separa, salvo que más del 50% del valor de la sociedad participada sea de propiedad inmobiliaria o si se trata de participaciones significativas, es decir, si son participaciones superiores al 25%.

En el caso de que la ganancia patrimonial pueda quedar sujeta a tributación en España, el [artículo 24](#) del TRLIRNR determina que, con carácter general, la base imponible correspondiente a los rendimientos que los contribuyentes sin establecimiento permanente obtengan estará constituida por su importe íntegro, determinado de acuerdo con las normas de la LIRPF.

Como hemos señalado anteriormente, el [artículo 37.1.e\)](#) de la LIRPF cuantifica la renta

derivada del ejercicio del derecho de separación por el exceso de lo recibido (cuota de liquidación social o valor de mercado de los bienes recibidos) respecto de lo inicialmente aportado (representado por el valor fiscal de adquisición de su participación).

La cuota tributaria se obtendrá aplicando a la base imponible, calculada como se ha expuesto anteriormente, el tipo de gravamen previsto en el [artículo 25.1.f](#) del TRLIRNR para las ganancias patrimoniales, es decir, el 19%.

Según el [artículo 31.4.e](#) del TRLIRNR, no procederá practicar retención o ingreso a cuenta respecto de las rentas que se establezcan reglamentariamente, entre las que se encuentran las ganancias patrimoniales (artículo 10.3 del Reglamento del IRNR, aprobado por el [Real Decreto 1776/2004, de 30 de julio](#), RCL 2004, 1789).

El socio no residente deberá declarar esta renta mediante la presentación del modelo 210 («IRNR. Impuesto sobre la Renta de no Residentes sin establecimiento permanente»)⁷.

3. VALORACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN: OPERACIONES VINCULADAS

Para el ejercicio del derecho de separación será preciso realizar una valoración de las acciones o participaciones del socio que se separa. El [artículo 353](#) de la LSC establece que, ante la falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor razonable de las acciones, estas serán valoradas por un auditor de cuentas distinto al de la sociedad, designado por el registrador mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las acciones objeto de valoración. En el caso de acciones cotizadas, el valor de reembolso será el del precio medio de cotización del último trimestre, pero este tipo de entidades están excluidas del ámbito del artículo 348 bis del TRLSC, por lo que esta referencia no será de aplicación.

El término «valor razonable» se encuentra definido en el Plan General de Contabilidad, considerando como tal el importe por el que puede ser intercambiado un activo o liquidado un pasivo, entre partes interesadas y debidamente informadas, que realicen una transacción en condiciones de independencia mutua. Con carácter general, el valor razonable se calculará por referencia a un valor fiable de mercado.

De forma similar, existen diversas referencias al «valor de mercado» en la norma tributaria. Ya se ha señalado la referencia al [artículo 17.4](#) de la LIS, según el cual se valorarán por su valor de mercado los elementos patrimoniales transmitidos a los socios por causa de la separación de éstos y, en función de ese valor de mercado, según hemos visto, se determinará la tributación tanto en sede de la sociedad como en sede del socio. El mismo precepto define el «valor de mercado» como el que hubiera sido acordado entre partes independientes, pudiendo admitirse, a estos efectos, cualquiera de los métodos previstos en el apartado 4 del [artículo 18](#) la LIS.

El referido artículo 18 regula las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas, estableciendo la obligación de valorar dichas operaciones por su valor de mercado, así como al cumplimiento de determinadas obligaciones de documentación, y entendiendo por tal «*aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones que respeten el principio de libre competencia*». A estos efectos, una entidad y sus socios o partícipes se consideran personas o entidades vinculadas cuando la participación sea igual o superior al 25% (para los ejercicios iniciados con anterioridad al 1 de enero de 2015, este umbral estaba fijado en el 5%).

Se podría plantear la duda sobre si a un socio que se separa y la sociedad de la que se separa tienen la consideración de partes vinculadas a efectos tributarios y, en tal caso, si existe la obligación de valorar a mercado las acciones o participaciones. A favor de esta tesis se situaría la resolución de la DGT de 15 de septiembre de 2009 (V2022-09), en la que en un supuesto en el que uno de los accionistas de una entidad pretende transmitir la totalidad de sus acciones a la propia sociedad, concluyendo que la operación se considerará vinculada aunque después de la transmisión deje de tener la condición de socio.

Por el contrario, la resolución de la DGT de 17 de julio de 2013 (V2396-13), a la que se ha hecho referencia con anterioridad, alcanza una conclusión distinta. En un supuesto en el que, con el objetivo de poner fin a los litigios entre los distintos grupos de entidades, un socio se separa vendiendo la totalidad de sus acciones a la propia entidad, señala que, en este caso concreto, aun cuando exista vinculación entre la sociedad y su socio, lo cierto es que esta entidad adquiere un carácter instrumental en la operación, como solución a un pacto entre accionistas, con la finalidad de llegar a un acuerdo que dé fin a las controversias existentes. Por tanto, concluye que la operación analizada es una operación entre partes independientes, quedando sometida a las reglas generales del Impuesto sobre Sociedades, y al margen de las obligaciones de documentación. Por tanto, se considera como válido, a efectos fiscales, el valor acordado entre los socios, con independencia de que un experto independiente determine un valor distinto.

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN EL ÁMBITO DE LA TRIBUTACIÓN INDIRECTA

Señaladas las principales implicaciones tributarias tanto para la sociedad como para el socio que se separa en materia de tributación directa, a continuación haremos unas breves referencias a las principales consecuencias en el ámbito de la tributación indirecta.

Como se ha expuesto anteriormente, el ejercicio del derecho de separación de socios regulado en el [artículo 348 bis](#) de la LSC se puede instrumentar mediante una reducción de capital o mediante la adquisición de las acciones por parte de la sociedad al socio para su posterior amortización.

4.1. Reducción de capital

Si la separación de socios se produce mediante una reducción de capital «directa» con devolución de aportaciones, la operación quedará grabada por la modalidad de «Operaciones Societarias» del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados⁸⁾, que se encuentra regulado en el Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos jurídicos documentados aprobado por [Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre](#) (RCL 1993, 2849, «TRLITPAJD»). El sujeto pasivo, según el artículo 23 del TRLITPAJD, será el socio que se separa y que recibe la cuota de liquidación.

En este supuesto, la base imponible, según el artículo 25.4 del TRLITPAJD, coincidirá con el valor real de los bienes y derechos entregados a los socios, sin deducción de gastos y deudas⁹⁾. La cuota tributaria se obtiene aplicando a dicha base imponible el tipo de gravamen del 1% (artículo 26 del TRLITPAJD).

Asimismo, la escritura pública que documente la reducción de capital estará sujeta también a la modalidad de cuota fija de «Actos Jurídicos Documentados» como documento notarial, siendo sujeto pasivo el socio separado adquirente del bien o derecho (artículos 28 y 29 del TRLITPAJD). El tipo de gravamen fijo es de 0,30 euros por pliego o de 0,15 euros por folio, a elección del fedatario (artículo 31.1 del TRLITPAJD).

Por otra parte, si la devolución de aportaciones se realiza en especie, se producirá una entrega de bienes a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido que, en función de la naturaleza de los bienes adjudicados y de la persona que los recibe, podrá tributar por este impuesto, con independencia del gravamen por «Operaciones Societarias» derivado de la reducción de capital.

4.2. Adquisición de acciones propias para su amortización

En el caso de adquisición por parte de la sociedad de las acciones o participaciones al socio que se separa para su amortización, la operación de adquisición no estará sujeta a la modalidad de «Operaciones Societarias». Asimismo, esta estará exenta tanto del Impuesto sobre el Valor Añadido como de la modalidad de «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», sin perjuicio de la posible aplicación del artículo 314 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores,

aprobado por [Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre \(RCL 2015, 1659\)](#) (norma antielusión que somete a tributación determinadas adquisiciones de participaciones en entidades inmobiliarias).

En caso de que la contraprestación por la adquisición de las acciones propias fuera no dineraria, su entrega podría suponer la tributación por el Impuesto sobre el Valor Añadido o por la modalidad de «Transmisiones Patrimoniales Onerosas» según la naturaleza de los bienes transmitidos y de la persona que los recibe.

Una vez adquiridas las acciones propias, la posterior reducción de capital, tampoco tributará por «Operaciones Societarias» después de que el [Tribunal Supremo, en su sentencia de 3 de noviembre de 1997 \(RJ 1997, 8252\)](#), declarara nulos los [artículos 54.3 y 62.b\)](#) del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados aprobado por el [Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo \(RCL 1995, 1816\)](#). Dichos preceptos preveían que la reducción de capital que fuese consecuencia de la adquisición por la sociedad de sus propias acciones para su amortización tributaría por la modalidad de «Operaciones Societarias», sobre la base del valor nominal de las acciones amortizadas, siendo el sujeto pasivo la sociedad de la que se separa el socio. Pero, una vez anulados dichos preceptos reglamentarios, tal y como ha señalado la DGT en su resolución de 9 de junio de 2000 (0766-03), la reducción de capital social mediante la amortización de acciones propias, aunque está sujeta a la modalidad de «Operaciones Societarias», no motiva liquidación por dicho concepto, ni tampoco por la modalidad gradual de «Actos Jurídicos Documentados, precisamente por estar sujeta a la modalidad de operaciones societarias.

III. INCIDENCIA DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN POR FALTA DE DISTRIBUCIÓN DE DIVIDENDOS EN LA POLÍTICA TRIBUTARIA SOCIETARIA

El derecho de separación de socios por falta de distribución de dividendos puede además condicionar otra serie de decisiones a adoptar por los órganos de gobierno de la sociedad, con el objetivo de evitar incurrir en las circunstancias que pueden dar lugar a su ejercicio. Es más, partiendo de que el ejercicio de este derecho partirá normalmente de una situación de conflicto con los socios minoritarios, dicho conflicto puede extenderse a otras cuestiones colaterales y con incidencia tributaria, que afecten tanto a la concurrencia de las circunstancias para el ejercicio del derecho de separación como a las consecuencias del propio ejercicio. A continuación se realizan algunas referencias a las principales cuestiones a considerar.

1. LA DETERMINACIÓN DEL BENEFICIO RESPECTO DEL QUE SE HA DE DISTRIBUIR EL DIVIDENDO

Como se ha señalado, el artículo 348 bis TRLSC prevé la posibilidad de ejercitar el derecho de separación cuando no se haya acordado la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los «beneficios propios de la explotación del objeto social» obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles.

Como ha destacado la doctrina mercantilista, la propia referencia a los «beneficios propios de la explotación del objeto social» es una expresión confusa, por cuanto que no responde a ninguna de las partidas contables que componen la cuenta de pérdidas y ganancias, lo que ya de por sí obliga a realizar un esfuerzo interpretativo para dilucidar si la sociedad ha incumplido o no la obligación de repartir como dividendo un tercio de dichos «beneficios»¹⁰.

Obviamente, partiendo de que la sociedad ya se puede encontrar en una situación de conflicto si se está planteando la posibilidad de ejercitar este derecho de separación, es previsible que dicho conflicto se puede extender no solo al importe de dividendo que se distribuye, sino a la determinación del beneficio respecto del cual se reparte dicho dividendo, el cual se puede ver

afectados por diversos factores con incidencia tributaria.

1.1. La política de precios de transferencia

El primer factor al que podemos hacer referencia es la política de precios de transferencia que tenga establecida la sociedad. Como se ha mencionado anteriormente, el [artículo 18.1](#) de la LIS establece la obligación de valorar por su valor de mercado las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas, entendiéndose, a estos efectos, por valor de mercado aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones que respeten el principio de libre competencia.

Esta no es una norma exclusivamente tributaria, sino que encuentra su reflejo en la normativa contable, cuando establece que las operaciones entre empresas del mismo grupo, con independencia del grado de vinculación entre las empresas participantes, se contabilizarán de acuerdo con las normas generales, lo que conllevará que, con carácter general, los elementos objeto de la transacción se contabilicen por su valor razonable (Norma de Registro y Valoración 21.^a del Plan General de Contabilidad). Y, a estos efectos, se define el valor razonable como el importe por el que puede ser intercambiado un activo o liquidado un pasivo, entre partes interesadas y debidamente informadas, que realicen una transacción en condiciones de independencia mutua. Con carácter general, el valor razonable se calculará por referencia a un valor fiable de mercado.

Aun cuando existe una clara conexión entre la normativa contable y la normativa tributaria, el perímetro de vinculación definido en la LIS es más amplio que el previsto en la normativa contable, dado que no solo hace referencia a las empresas del mismo grupo, sino también a otras relaciones, entre las que cabe destacar las de los socios y sus familiares próximos con la propia sociedad cuando la participación es de, al menos, un 25%, o la de los administradores (ya sean de hecho o de derecho) y sus familiares con la sociedad, salvo en lo que se refiere a la propia retribución por sus funciones como administrador.

Pues bien, como se ha señalado, el [artículo 18](#) de la LIS establece la obligación de valorar todas estas operaciones realizadas dentro del perímetro de vinculación por su valor de mercado, lo cual puede ser una fuente de conflictos adicionales por la dificultad que existe en ocasiones para determinar cuál es ese «valor de mercado», particularmente cuando no existen referencias claras y objetivas que puedan servir de comparables.

1.2. La retribución de los administradores

Potencialmente conflictiva entre los socios puede ser la retribución asignada a los administradores, en tanto que, por una parte, disminuye el beneficio que puede ser objeto de distribución y, por otra, es posible que entre los socios no haya existido acuerdo a la hora de designar los administradores, pudiendo incluso suceder que la figura del administrador recaiga sobre el socio mayoritario.

La cuestión que tradicionalmente se ha planteado en este ámbito es la deducibilidad de la retribución de consejeros y administradores en el IS. Tradicionalmente, la cuestión se ha afrontado desde la perspectiva de la obligatoriedad de su pago para la sociedad, en la medida en que estuviera prevista en los estatutos sociales. Por tanto, la falta de previsión estatutaria sobre el carácter retribuido del cargo de administrador impediría la deducibilidad del gasto.

Ante la polémica surgida a raíz de las Sentencias del Tribunal Supremo en el caso Mahou, la absorción de la relación laboral de alta dirección por la relación mercantil de administrador y la necesidad de que los estatutos sociales no solo prevean que el carácter retribuido del cargo, sino también la forma concreta para determinar dicha retribución, el [artículo 15.e](#) de la LIS ha introducido una nueva regla según la cual no tendrán la consideración de donaciones o liberalidades, y por tanto serán deducibles, las retribuciones a los administradores por el desempeño de funciones de alta dirección u otras funciones derivadas de un contrato de

carácter laboral con la entidad.

Por otra parte, conforme al [artículo 18.2](#) de la LIS, se considerarán personas o entidades vinculadas una entidad y sus consejeros o administradores, salvo en lo correspondiente a la retribución por el ejercicio de sus funciones.

1.3. El registro de provisiones

El beneficio del ejercicio se podría ver también afectado significativamente por la política del registro de provisiones. Desde el punto de vista contable, las provisiones se definen como pasivos respecto de los que existe incertidumbre respecto a la cuantía de los recursos de los que se desprenderá la sociedad o la fecha en que se producirá el desembolso, pero en ningún respecto a la propia existencia del pasivo.

La determinación de la existencia de un pasivo, que radica en que estemos en presencia de un obligación actual o presente derivada de un suceso pasado, puede conllevar por sí misma incertidumbres, al poder depender de valoraciones que, en ocasiones, inevitablemente incorporarán componentes subjetivos o, al menos, no plenamente contrastables bajo criterio puramente objetivos.

Ello ha supuesto que no todas las provisiones contables tengan la consideración de fiscalmente deducibles a efectos del Impuesto sobre Sociedades, al menos en el momento de su dotación, difiriéndose en determinados casos su deducibilidad al momento en que la provisión se destine a su finalidad, una vez materializado el riesgo provisionado. Este es, entre otros, el caso de las provisiones derivadas de obligaciones de naturaleza implícita o tácita, que se definen como aquellas cuyo nacimiento se sitúa en la expectativa válida creada por la empresa frente a terceros, de asunción de una obligación por parte de aquélla, como consecuencia de manifestaciones públicas realizadas por la propia empresa o de un patrón determinado de comportamiento en el pasado. Pues bien, este tipo de provisiones, a diferencia de las que surgen de una obligación legal o contractual, no tendrán la consideración de fiscalmente deducibles hasta la aplicación a su finalidad.

1.4. La contabilización del gasto por Impuesto sobre Sociedades

El importe a satisfacer a la Hacienda Pública no tiene por qué coincidir el con el gasto que la sociedad contabilice por este concepto. La existencia de diferencias temporarias, bases imponibles negativas pendientes de compensación o deducciones en la cuota pendientes de aplicar pueden dar lugar a dicha falta de coincidencia siempre que puedan dar lugar al reconocimiento de un activo por impuesto diferido. Este efecto contable podría dar lugar a situaciones en las que una sociedad con pérdidas pase a tener beneficios distribuibles como dividendos en el caso de que la contabilización del gasto por Impuesto sobre Sociedades diera lugar al registro, no de un gasto, sino de un ingreso.

La dificultad que se puede encontrar es que, de acuerdo con el principio de prudencia, solo se reconocerán activos por impuesto diferido en la medida en que resulte probable que la empresa disponga de ganancias fiscales futuras que permitan la aplicación de estos activos. La medición de esta probabilidad exige la realización de estimaciones que, por su propia definición, incorporarán cierta dosis de subjetividad y, en consecuencia, podría dar lugar a un conflicto entre los socios en tanto que los criterios seguidos por la sociedad pudieran afectar al dividendo distribuible.

Esta polémica podría afectar a la medición del dividendo mínimo, cuya falta de distribución da lugar al derecho de separación de socios en función de cómo se interprete la expresión «beneficios propios de la explotación del objeto social» contenida en el artículo 348 bis del TRLSC. En principio, en la medida en que en la estructura de la cuenta de resultados el gasto por Impuesto sobre Sociedades se refleja por debajo del resultado de explotación, parecería que este gasto no debería tomarse en consideración, si bien habrá de estarse a la interpretación que de

este precepto se realice.

2. LA INCIDENCIA DEL DERECHO DE SEPARACIÓN DE SOCIOS EN LAS POLÍTICAS DE TESORERÍA Y LA SOLVENCIA DE LA SOCIEDAD

La distribución de un dividendo no requiere únicamente de la existencia de beneficios suficientes para su reparto, sino que además es preciso disponer de la tesorería necesaria para ello.

La inexistencia de dicha tesorería conduciría a la necesidad de adoptar alguna decisión para solventar esta situación, pudiendo optarse, fundamentalmente, entres dos opciones: La obtención de tesorería adicional por parte de la sociedad mediante el endeudamiento o la distribución del dividendo en especie. Ambas alternativas tienen potenciales efectos tributarios.

El endeudamiento con la finalidad de obtener liquidez para su distribución como dividendos ha planteado tradicionalmente dudas sobre la deducibilidad de los gastos financieros, que parten, por un parte, de la consideración de estos intereses como gastos correlacionados con los ingresos (incluso en el contexto normativo vigente desde el año 1996, una vez superado el concepto de necesidad del gasto para conseguir su deducibilidad) y, por otra, de su posible conexión con los gastos que representan una distribución de fondos propios (aunque conceptualmente no se trate, en sentido estricto, de este tipo de gastos).

La duda ha quedado disipada por la resolución de la DGT de 8 de abril de 2016 (V1486-16), en la que específicamente se plantea si existe alguna limitación para la deducibilidad de los gastos financieros derivados de la deuda contraída con entidades financieras no vinculadas con la finalidad de obtener liquidez para acometer un reparto de dividendos a favor de la matriz de la entidad consultante.

La DGT, atendido a los [artículos 10.3](#), [11.1](#) y [11.3](#) de la LIS, concluye que los gastos financieros serán fiscalmente deducibles siempre que cumplan con los requisitos generales de deducibilidad del gasto en términos de inscripción contable, imputación con arreglo a devengo y justificación documental, sin perjuicio de que les resulte de aplicación la limitación general prevista en el [artículo 16](#) de la LIS para todos los gastos financieros, que impide la deducibilidad de aquellos que excedan el límite del 30% del beneficio operativo (con un mínimo deducible en todo caso de 1 millón de euros).

La segunda alternativa a la que nos referíamos, en ausencia de liquidez suficiente para la distribución de un dividendo dinerario, es la distribución de un dividendo en especie (obsérvese que el artículo 348 bis del TRLSC no especifica si el dividendos a distribuir ha de tener naturaleza dineraria o en especie). Más allá de las dificultades que pueda suponer la valoración de los elementos patrimoniales que se entreguen como dividendo en especie, esta opción tendrá implicaciones tanto en el ámbito de la tributación directa como en el ámbito de la tributación indirecta, tal y como se ha venido exponiendo en este artículo:

a) La sociedad que distribuye el dividendo en especie integrará en la base imponible de su Impuesto sobre Sociedades la diferencia entre el valor de mercado los elementos transmitidos y su valor fiscal (determinado normalmente por su coste de adquisición menos las amortizaciones y deterioros fiscalmente que hayan tenido la consideración de fiscalmente deducibles).

b) Por su parte, el socio (persona jurídica o física) integrará en su base imponible el valor de mercado de los elementos recibidos. Para los socios personas jurídicas el dividendo no debería tener incidencia dado que, con carácter general, se podría beneficiar de la exención prevista en el [artículo 21](#) de la LIS (siempre que se cumplan los requisitos señalado de participación mínima del 5% o coste de adquisición de, al menos, 20 millones de euros y antigüedad mínima de la participación de un año). Por el contrario, los socios personas físicas no disfrutan de ningún mecanismo para corregir la doble imposición,

más allá de la aplicación de la escala reducida prevista para las rentas del ahorro (con tipos entre el 19% y el 23%).

c) Respecto a la tributación indirecta, la transmisión de los elementos patrimoniales en que se materializa el dividendo en especie, al estar efectuada por un empresario, estará sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido, que deberá repercutir la sociedad que distribuye el dividendo al socio y que este último podrá deducir en la medida en que opere como empresario o profesional a efectos de este impuesto. Excepcionalmente, la operación podría tributar por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su modalidad de «transmisiones patrimoniales onerosas», en el caso de que los elementos transmitidos quedaran exentos del Impuesto sobre el Valor Añadido por aplicación de alguna de las exenciones inmobiliarias y no fuera posible renunciar a dicha exención, con el consiguiente coste fiscal para el socio al no tener el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados la consideración de impuesto recuperable a diferencia del IVA.

3. LIMITACIONES A LA POLÍTICA TRIBUTARIA SOCIETARIA

La eventual obligación de una distribución de dividendos puede resultar contradictoria con las políticas tributarias dirigidas a evitar la descapitalización de las sociedades que han caracterizado la historia reciente del IS. Estas políticas se han servido de diferentes instrumentos que han permitido utilizar este tributo como herramienta para orientar las estructuras económico-financieras de las sociedades, con una clara finalidad extrafiscal.

3.1. Incentivos a la reinversión de beneficios extraordinarios

En primer lugar, se ha de hacer referencia a los incentivos a la reinversión de los beneficios extraordinarios, que han sido un instrumento de larga tradición en el IS y que, habiendo operado de distintas formas (exención del beneficio, diferimiento del beneficio o deducción en la cuota sobre el importe del beneficio)¹¹, se han caracterizado siempre por tener un régimen de tributación reducida para los beneficios extraordinarios siempre que el importe obtenido en la transmisión del elemento patrimonial generador de dichos beneficios extraordinarios se reinvierta en otros elementos patrimoniales. En la actualidad, este mecanismo ha sido sustituido por la denominada «reserva de capitalización».

La finalidad de los incentivos a la reinversión, con independencia de su concreta configuración, ha sido en todos los casos la potenciación de la capitalización de las empresas mediante la reinversión de los importes obtenidos en la transmisión de elementos estructurales de aquellas en otros elementos estructurales.

En el caso de una eventual recuperación de estos incentivos, cabe hacer referencia a la posible incidencia del derecho de separación de socios desde una doble perspectiva: Por una parte, la determinación del beneficio que ha de ser objeto de distribución para verificar si se cumple el presupuesto que activa el artículo 348 bis del TRLSC. Conforme a este precepto, dicho presupuesto se refiere a no se haya acordado la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles, lo que ha suscitado múltiples dudas sobre su interpretación, al no definirse conforme a las categorías clásicas contables. No obstante, parece razonable asumir que, dado el carácter excepcional que normalmente tendrán los beneficios que pudieran disfrutar de estos incentivos fiscales, estos no deberían verse afectados por la obligación de distribución en forma de dividendos¹². Por otra parte, nos encontramos con una nueva incidencia en relación con las políticas de tesorería, dado que, como se ha señalado, estos incentivos se encuentran condicionados a la reinversión del valor de transmisión en nuevos elementos patrimoniales, permitiendo así que la sociedad mantenga su capacidad productiva. Pero si la liquidez obtenida por la transmisión se hubiera de comprometer para el reparto de un dividendo, la sociedad podría ver limitado o impedido el acceso a este incentivo, lo cual además sería contradictorio con las políticas económico-fiscales perseguidas por el legislador.

3.2. La reserva de capitalización

Como se ha expuesto, en la actualidad los incentivos a la reinversión de beneficios extraordinarios no se encuentran vigentes en nuestro ordenamiento, al haber sido sustituidos por la reserva de capitalización. El Preámbulo de la LIS resalta la utilidad de este incentivo para favorecer la capitalización empresarial mediante el incremento del patrimonio neto en detrimento de la financiación ajena, incentivando con ello el saneamiento de las empresas, su competitividad y la neutralidad entre las fuentes de financiación. La obligación del reparto de un dividendo mínimo podría, en consecuencia, suponer una limitación a este objetivo de fomentar la capitalización de las empresas¹³⁾.

La reserva de capitalización opera como una reducción en la base imponible del 10% del importe del incremento de los fondos propios al cierre del ejercicio respecto a los del ejercicio anterior, en el caso de sociedades que tributen al tipo general (25%) o al tipo incrementado del 30% (entidades de crédito y entidades de hidrocarburos).

Al objeto de medir el incremento de los fondos propios, se compararán los fondos propios al cierre del ejercicio (sin incluir el resultado del propio ejercicio) con los fondos propios al inicio de este (sin incluir los resultados del ejercicio anterior) y sin tomar en consideración diversas partidas, como las aportaciones de socios, las ampliaciones de capital o las reservas de carácter legal o estatutario. En definitiva, mediante estas operaciones se pretende medir el importe del resultado del ejercicio anterior que ha sido destinado a la constitución de reservas en vez de a la distribución de dividendos, incrementándose de esta forma los fondos propios de la sociedad.

Por lo tanto, cuanto mayor sea la distribución de dividendos y, consecuentemente, menor el incremento de fondos propios respecto al ejercicio anterior, menor será a su vez la reducción del 10% que se pueda aplicar sobre la base imponible.

La reducción se encuentra condicionada al cumplimiento de dos requisitos. Por una parte, que el incremento de los fondos propios se mantenga durante un plazo de 5 años y, por otra parte, que se dote una reserva, por el importe de la reducción sobre la base imponible, que deberá figurar en el balance con absoluta separación y título apropiado y será indisponible durante el referido plazo de 5 años (la reserva de capitalización).

Lógicamente, en el caso de que un socio ejercitara su derecho de separación de la entidad (por falta de reparto de dividendo o por cualquier otra causa), se incumpliría el incremento de fondos propios y de mantenimiento de la reserva de capitalización. No obstante, se prevé expresamente que, a estos efectos, no se entenderá que se ha dispuesto de la referida reserva cuando el socio ejerza su derecho a separarse de la entidad.

La cuestión puede resultar aún más compleja como consecuencia de las distintas bases que se toman en consideración para medir tanto la obligación de distribución de dividendos como el incentivo fiscal por reserva de capitalización. Como se ha señalado, el artículo 348 bis del TRLSC hace referencia para la primera a los beneficios propios de la explotación del objeto social, mientras que la reserva de capitalización parte del resultado del ejercicio y su destino. En consecuencia, en función de la estructura de la cuenta de resultados (el mayor o menor peso de los resultados ordinarios dentro de la composición del resultado del ejercicio), podría incluso ocurrir que fuera completamente inoperante la reserva de capitalización.

3.3. La Reserva por Inversiones en Canarias

Otro ejemplo al que cabe hacer referencia es la Reserva por Inversiones en Canarias («RIC»). Este incentivo constituye un importante estímulo tributario a la realización en Canarias de actividades económicas que fomenten la creación de riqueza y el desarrollo económico de las Islas, al permitir practicar una reducción de la base imponible en el IS de hasta un 90% del beneficio contable del ejercicio no distribuido, por el importe que los establecimientos situados en Canarias destinen de sus beneficios a la dotación de una reserva (la RIC) y siempre que las cantidades destinadas a esta reserva se materialicen en determinados activos en un plazo de tres

años.

Nuevamente nos encontramos, por tanto, con una situación en la que la protección de los socios minoritarios mediante el establecimiento de repartos mínimos de dividendos es contradictoria con las políticas (incluidas las tributarias) orientadas al fortalecimiento de las estructuras económico-patrimoniales de las empresas.

FOOTNOTES

1

En el ámbito tributario, encontramos también algún supuesto de reparto obligatorio de dividendos, como es el de las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario, cuyo incumplimiento impide disfrutar del régimen fiscal especial previsto para este tipo de entidades.

2

Véase J. PULGAR EZQUERRA, «Reparto legal mínimo de dividendos: protección de socios y acreedores (Solvency Test)», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 147, 2017.

3

La resolución hace referencia al artículo 348, si bien parece tratarse de una errata.

4

En relación con el carácter instrumental de la reducción de capital, J. LÓPEZ TELLO, «Capítulo 10. Reglas de valoración en el Impuesto sobre Sociedades», en *Manual del Impuesto sobre Sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003, pág. 299; B. BAHÍA ALMANSA, «Repercusiones fiscales del ejercicio del derecho de separación», *Nueva Fiscalidad*, núm. 8-2005, septiembre 2005 (versión electrónica), pág. 3.

5

Véanse las resoluciones de la DGT de 21 de enero de 2002 (0058-02) y 15 de noviembre de 2010 (V2459-10).

6

Véanse las resoluciones de la DGT de 1 de junio de 2009 (V1291-09) y 15 de noviembre de 2010 (V2459-10).

7

Según las instrucciones del modelo 210, subsiste la obligación de declarar las rentas sujetas a tributación por el IRNR, pero exceptuadas de la obligación de retener e ingresar a cuenta de acuerdo con el artículo 10.3 del Reglamento del IRNR.

8

Las interpretaciones que cuestionan la aplicación de esta modalidad, en su caso, a la diferencia entre el importe de la reducción y el valor de mercado de los bienes entregados, en favor de la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, nos parece que carecen de fundamento.

9

Véase la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de diciembre de 2015 \(JUR 2016, 37345\)](#), estableciendo que «*la base imponible está constituida por el valor real de los bienes y derechos entregados a los socios, sin deducción de gastos y deudas, esto es, por el valor bruto sin deducir deudas ni, por tanto, las cargas hipotecarias que las garantizan*».

10

Cabe hacer referencia a las recientes Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de noviembre de 2017.

11

El régimen de exención estuvo vigente en el período 1978-1995, el régimen de diferimiento en el período 1996-2001 y el régimen de deducción en la cuota desde 2002 hasta 2014.

12

[Sentencia número 81/2015, de 26 marzo, de la Audiencia Provincial de Barcelona \(sección 15.ª\) \(TUR 2015, 188060\)](#), conforme a la cual «para fijar la base de reparto de la que se obtiene el tercio legal habrá que partir del resultado del ejercicio y depurarlo mediante la eliminación de los beneficios extraordinarios», y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de noviembre de 2017.

13

Así se pone de manifiesto en la Proposición de Ley para modificar el [artículo 348 bis](#) de la [Ley de Sociedades de Capital](#), al indicarse que «la aplicación del precepto que se pretende modificar, podría fomentar la descapitalización empresarial, en la medida en que supone un importante obstáculo a que la sociedad decida la reinversión total de los beneficios o el desapalancamiento financiero en vez de la distribución de beneficios».

© 2019 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Pablo A. Hernández González-Barreda, Pablo A. y otros] © Portada: Thomson Reuters

(Legal) Limited