



FACULTAD DE DERECHO

**LAS PÉRDIDAS POR DETERIORO DE VALORES REPRESENTATIVOS DE
PARTICIPACIÓN EN EL CAPITAL Y EL REAL DECRETO LEY 3/2016 DE 2
DE DICIEMBRE**

Autora: Carmen Carrasco Vargas-Machuca

5º E-3 A

Área de Derecho Financiero y Tributario

Tutor: Prof. Dr. D. Javier Alonso Madrigal

Madrid

Junio 2024

Resumen

Hasta el año 2013 las pérdidas por deterioro de valores representativos de participación en capital eran deducibles en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades. Sin embargo, en ese año, se eliminó la deducibilidad introduciendo un régimen transitorio por el que las entidades que hubieran deducido pérdidas por deterioros de años anteriores las incluirían en su base imponible cuando se produjera la recuperación del valor.

Sin embargo, el Real Decreto Ley 3/2016 de 2 de diciembre estableció un mínimo de reversión de los deterioros que fueron deducibles, con independencia de la recuperación de valor. Todo esto supone un cambio en el tratamiento contable de las pérdidas por deterioro. Esta medida nos lleva a plantearnos la constitucionalidad del Real Decreto Ley.

El presente año el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la medida en la Sentencia núm. 11/2024, de 18 de enero. Aunque en un principio la Audiencia incluyó varias dudas sobre la constitucionalidad del Real Decreto-Ley 3/2016, como su retroactividad y la posible violación del principio de igualdad, finalmente el Tribunal Constitucional limitó la cuestión a evaluar si dicho Real Decreto-Ley infringía el límite material de los decretos-leyes establecido en el artículo 86.1 de la CE. El estudio se centra en la posible inconstitucionalidad de la medida debido a su retroactividad, aspecto no examinado por el alto tribunal.

Palabras clave: Real Decreto-Ley 3/2016, retroactividad, valores representativos de participación en el capital de entidades, pérdidas por deterioro, deducción.

Summary

Until 2013, losses due to impairment of securities representing equity participation were deductible in the corporate income tax base. However, in that year, deductibility was eliminated by introducing a transitional regime by which entities that had deducted impairment losses from previous years would include them in their tax base when the value was recovered.

However, Royal Decree Law 3/2016 of December 2 established a minimum reversal of impairments that were deductible, regardless of the recovery of value. All this represents a change in the accounting treatment of impairment losses. This measure leads us to consider the constitutionality of the Royal Decree Law.

This year the Constitutional Court declared the measure unconstitutional in Sentence no. 11/2024, January 18. Although at first the Hearing included several doubts about the constitutionality of Royal Decree-Law 3/2016, such as its retroactivity and the possible violation of the principle of equality, finally the Constitutional Court limited the issue to evaluating whether said Royal Decree-Law infringed the material limit of the decree-laws established in article 86.1 of the EC. The study focuses on the possible unconstitutionality of the measure due to its retroactivity, an aspect not examined by the high court.

Key words: Royal Decree-Law 3/2016, retroactivity, values representing participation in the capital of entities, impairment losses, deduction.

ÍNDICE

1. Introducción.....	1
2. Concepto y naturaleza de las pérdidas por deterioro de valores representativos de capital.....	3
2.1. Los valores representativos de capital en el Plan General de Contabilidad (en adelante PGC).....	3
2.1. Pérdidas por deterioro	4
3. Antecedentes de las pérdidas por deterioro de valores representativos de participación en el capital.	6
4. Real Decreto Ley 3/2016 de 2 de diciembre	11
4.1. Modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley	11
4.2. Tratamiento contable de la reversión automática de las pérdidas por deterioros de valores representativos de capital.	15
5. Posible inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de diciembre.17	
5.1. La retroactividad en materia tributaria. Consideraciones generales	20
5.2. Grados de retroactividad	22
5.3. Legitimidad de la retroactividad	24
5.4. Análisis de la retroactividad de la reversión automática de las pérdidas por deterioro introducida por el Real Decreto-Ley 3/2016.....	27
6. Conclusiones	31
7. Bibliografía	34

1. Introducción

Las deducciones por deterioros de valores representativos de capital fueron deducibles hasta el año 2013. Fue la Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras la que eliminó esta deducibilidad de las pérdidas por deterioro de los valores representativos de capital y la que estableció un régimen transitorio con efectos para los periodos impositivos que se iniciaran el 1 de enero de 2013

El Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social introdujo diversas medidas fiscales con el propósito de fortalecer la sostenibilidad financiera del sistema tributario español y mejorar la eficiencia en la recaudación de impuestos, aumentar los ingresos tributarios y reducir el déficit público. El gobierno español optó por implementar cambios significativos que impactaron a numerosas empresas y contribuyentes, entre los que se encuentra la modificación del régimen transitorio de deducciones por pérdidas por deterioro de valores representativos de capital que nos ocupa, que destacó como una de las más controvertidas. Esta medida afectaba directamente a las empresas que, hasta 2013, podían deducir dichas pérdidas en su base imponible, lo que alteró significativamente su planificación fiscal y sus expectativas financieras.

Este Trabajo de Fin de Grado tiene como objetivo analizar la posible inconstitucionalidad de este régimen transitorio, evaluando sus implicaciones desde una perspectiva jurídica.

En lo que respecta a la inconstitucionalidad por la utilización de la figura del Real Decreto-Ley el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de ciertas medidas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2016 (entre ellas el régimen transitorio de las pérdidas por deterioros de valores representativos de capital) en la sentencia núm. 11/2024, de 18 de enero.

El régimen transitorio establecido por el Real Decreto-Ley 3/2016 para las deducciones por pérdidas por deterioro de valores representativos de capital se diseñó para gestionar la transición hacia el nuevo marco normativo. Sin embargo, su aplicación retroactiva ha generado una gran incertidumbre y preocupación entre los contribuyentes. Además, la

retroactividad de esta disposición ha suscitado un intenso debate sobre su constitucionalidad, ya que podría vulnerar una serie de principios constitucionales.

Para determinar la posible inconstitucionalidad del régimen transitorio del Real Decreto-Ley 3/2016, será crucial examinar la jurisprudencia existente y evaluar si la medida analizada cumple con los requisitos establecidos por el Tribunal Constitucional. Este análisis incluirá la revisión de casos precedentes y la interpretación de los principios constitucionales aplicables.

El análisis del Real Decreto-Ley 3/2016 y su posible inconstitucionalidad del régimen transitorio de las deducciones por pérdidas por deterioro de valores representativos de capital plantea importantes cuestiones jurídicas. Este Trabajo de Fin de Grado busca proporcionar una visión comprensiva y detallada de estas cuestiones, contribuyendo al debate sobre la legitimidad y los límites de la retroactividad en la legislación fiscal.

A través de un estudio riguroso de la normativa, la doctrina, la jurisprudencia y los principios constitucionales, se pretende ofrecer una evaluación crítica de las medidas adoptadas y sus implicaciones para el sistema tributario español.

En este Trabajo de Fin de Grado se aborda el concepto y la naturaleza de las pérdidas por deterioro de estos valores, según el Plan General de Contabilidad. A continuación, se revisan los antecedentes normativos de estas deducciones de las pérdidas por deterioros de valores representativos de capital. El análisis del Real Decreto-Ley 3/2016 incluye las modificaciones introducidas y su impacto contable. Posteriormente, se evalúa la posible inconstitucionalidad del decreto, examinando la STC núm. 11/2024, de 18 de enero, la retroactividad en materia tributaria, sus grados, y su legitimidad, con un análisis específico del impacto del decreto. Finalmente, se presentan las conclusiones del estudio.

2. Concepto y naturaleza de las pérdidas por deterioro de valores representativos de capital

2.1. Los valores representativos de capital en el Plan General de Contabilidad (en adelante PGC).

Los valores representativos de la participación en el capital se refieren a instrumentos financieros que otorgan a sus titulares un derecho de propiedad o una participación en el capital de una entidad. Suponen para la empresa emisora un instrumento de patrimonio propio y para la tenedora o inversora un activo financiero. El PGC¹ establece los criterios para la valoración y presentación de estos instrumentos financieros, asegurando su adecuado tratamiento en las cuentas anuales de la empresa.

La Norma Internacional de Contabilidad (en adelante NIC) n° 32 define al instrumento financiero como *“cualquier contrato que dé lugar, simultáneamente, a un activo financiero en una entidad y a un pasivo financiero o a un instrumento de patrimonio en otra entidad”*².

Definición similar da la Norma de Valoración 9ª del PGC de los instrumentos financieros: *“un contrato que da lugar a un activo financiero en una empresa y, simultáneamente, a un pasivo financiero o a un instrumento de patrimonio en otra empresa”*.

La misma Norma de Valoración 9ª del PGC define activo financiero como *“(…) instrumentos de patrimonio de otras empresas adquiridos: acciones, participaciones en instituciones de inversión colectiva y otros instrumentos de patrimonio; (...)”*. E instrumento de patrimonio propio como *“todos los instrumentos financieros que se incluyen dentro de los fondos propios, tal como las acciones ordinarias emitidas o participaciones en el capital social”*³.

Los activos financieros, incluyendo las acciones, deben clasificarse para su valoración en una de las siguientes categorías: valor razonable con cambios en la cuenta de pérdidas y ganancias, coste amortizado, valor razonable con cambios en el patrimonio neto, o coste. Los instrumentos de patrimonio, como acciones, participaciones en instituciones de

¹ Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (BOE 20 de noviembre de 2007)

² Norma Internacional de Contabilidad n° 32 Instrumentos financieros: Presentación

³ Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (BOE 20 de noviembre de 2007).

inversión colectiva y fondos de inversión, se clasificarán como activos financieros a valor razonable con cambios en la cuenta de pérdidas y ganancias o a coste⁴. Por consiguiente, la revalorización se calcula por la diferencia entre el valor en libros del activo y su valor de mercado⁵.

2.1.Pérdidas por deterioro

El deterioro de valor es una clase de corrección valorativa del activo fijo y corriente, ya sean bienes o derechos. Su finalidad es reflejar la pérdida de valor que el activo experimenta debido a circunstancias externas (generalmente circunstancias de mercado) y es reversible⁶.

El principio de prudencia en contabilidad requiere que, al finalizar el período contable, se registren no solo los beneficios efectivamente realizados, sino también los posibles riesgos que puedan afectar la actividad de la empresa. Esto es crucial para reflejar la imagen fiel de la entidad⁷.

Estos deterioros reflejan en los registros contables la pérdida anticipada por parte del inversionista debido a la reducción del valor recuperable de la participación en comparación con su valor de adquisición, sin que dicha pérdida se haya materializado⁸.

Contablemente se recoge el deterioro disminuyendo el valor del activo deteriorado y añadiendo un gasto en la cuenta de pérdidas y ganancias como contrapartida en el mismo ejercicio económico en el que se reconoce el deterioro. Es decir, se realizará un cargo en una cuenta de gasto del grupo de pérdidas por deterioro (69 PGC) y se abonará una cuenta del balance del grupo⁹:

- Deterioro de activos no corrientes (29 PGC),
- Deterioro de existencias (39 PGC),

⁴ Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (BOE 20 de noviembre de 2007).

⁵ Báez Moreno, A. (2006). El "valor razonable" y la imposición societaria:(un apunte sobre la idoneidad fiscal de las normas internacionales de información financiera). *Nueva fiscalidad*, 10, 89-188. p. 133

⁶ Pérez Royo, F (Dir.), García Berro, F., Pérez Royo, I., Escribano, F., Cubero Truyo, A., y Carrasco González, F.M. (2022). Curso de Derecho Tributario. Parte Especial. Tecnos. p. 406

⁷ Suberbiola Garbizu, I. (2022). El tratamiento de las pérdidas por deterioro de valor de los instrumentos de patrimonio en el Impuesto sobre Sociedades. *Nueva fiscalidad*, 3, 291-314. p. 292

⁸ Parra Ruiz, G. (2017). Análisis de las principales novedades introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de diciembre. *Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho*, 15, 247-26. p. 250

⁹ Pérez Royo, F (Dir.), García Berro, F., Pérez Royo, I., Escribano, F., Cubero Truyo, A., y Carrasco González, F.M. (2022). Curso de Derecho Tributario. Parte Especial. Tecnos. p. 406

- Deterioro de valor de créditos comerciales (49 PGC) o
- Deterioro del valor de inversiones financieras (59 PGC)

Como se ha comentado, el deterioro es reversible. Esta reversión contable no puede superar el valor que el activo tenía cuando se recogió la pérdida por deterioro. En caso de que se diera la reversión del valor se cancelaría la corrección valorativa que se produjo con anterioridad contabilizando como contraprestación el debido ingreso en la cuenta de pérdidas y ganancias en el ejercicio de recuperación del valor. Es decir, la reversión se cargará en la cuenta correspondiente del balance y se abonará en una cuneta de ingreso del grupo 79 PGC (reversión del deterioro)¹⁰.

En el ámbito fiscal, nos enfrentamos al principio de realización, el cual busca proteger la capacidad económica que subyace a cualquier impuesto. Este principio permite que la normativa del Impuesto sobre Sociedades establezca ciertos límites, ya sean cuantitativos, cualitativos o temporales, a la hora de incorporar a la base imponible del impuesto el resultado contable¹¹.

Actualmente, a efectos de Impuesto sobre Sociedades las pérdidas por deterioro se encuentran reguladas en el artículo 13 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante LIS). Desde su entrada en vigor únicamente son deducibles las pérdidas por deterioro de los créditos y las existencias. En su segundo apartado, el artículo establece de forma expresa que no serán deducibles las pérdidas por deterioro del inmovilizado intangible, del inmovilizado material, de las inversiones inmobiliarias y de las inversiones financieras en instrumentos de patrimonio y en valores de deuda.

El planteamiento de las pérdidas por deterioro de las que estamos hablando no implica que el legislador fiscal no las reconozca como tales. Más bien, las considera como minusvalías latentes que no se tendrán en cuenta a efectos del Impuesto sobre Sociedades hasta que se materialicen mediante la transmisión o baja en el balance del activo afectado. Es decir, se trata de una diferencia de imputación temporal originada por la diferente aplicación que el principio de prudencia tiene en el ámbito contable y en el fiscal¹².

¹⁰ Pérez Royo, F (Dir.), García Berro, F., Pérez Royo, I., Escribano, F., Cubero Truyo, A., y Carrasco González, F.M. (2022). Curso de Derecho Tributario. Parte Especial. Tecnos. p. 406

¹¹ Suberbiola Garbizu, I. (2022). El tratamiento de las pérdidas por deterioro de valor de los instrumentos de patrimonio en el Impuesto sobre Sociedades. *Nueva fiscalidad*, 3, 291-314. p. 292

¹² Pérez Royo, F (Dir.), García Berro, F., Pérez Royo, I., Escribano, F., Cubero Truyo, A., y Carrasco González, F.M. (2022). Curso de Derecho Tributario. Parte Especial. Tecnos. p. 408

En definitiva, con carácter general el legislador ha reconocido que la contabilidad proporciona información valiosa para fines fiscales, ya que refleja las operaciones realizadas y la situación financiera de la empresa. Por ello, se ha validado la normativa contable en los puntos donde se considera suficiente y alineada con los principios del impuesto, evitando duplicidades en la regulación de ingresos y gastos y permitiendo que las normas contables sean efectivas fiscalmente¹³. Sin embargo, no todas las normas contables son aplicables fiscalmente debido a diferencias en los objetivos y destinatarios de la información contable y fiscal. La contabilidad busca representar fielmente la situación patrimonial de la empresa para proteger los intereses de terceros y accionistas, mientras que el IS se enfoca en gravar la capacidad económica imponible, lo que requiere normas fiscales claras para evitar la manipulación y evasión del impuesto¹⁴.

3. Antecedentes de las pérdidas por deterioro de valores representativos de participación en el capital.

El texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante TRLIS 2004), aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004¹⁵, establecía en su artículo 12.3 la deducción fiscal de las pérdidas por deterioro de capital o patrimonio neto que sufrían las entidades participadas. Este deterioro fiscalmente deducible de la participación tenía como límite la diferencia entre el valor del patrimonio neto o fondos propios de la entidad participada al inicio y al final de cada periodo impositivo.

A partir del 1 de enero de 2008 este artículo 12.3 del TRLIS 2004 fue modificado por la Ley 4/2008, de 23 de diciembre¹⁶. Esta ley cambió el término "valor teórico contable" por "valor de los fondos propios". Además, introdujo otra modificación significativa permitiendo la deducibilidad de las pérdidas por deterioro sin requerir su registro contable

¹³ Malvárez Pascual, L. A., y Martín Zamora, M. P. (1998). El método de determinación de la base imponible en el IS: la posible inconstitucionalidad del artículo 10.3 LIS y los problemas derivados de la remisión a las normas contables. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 24, 29-82. p. 31

¹⁴ *Ibid.* p. 32

¹⁵ Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (BOE 11 de marzo de 2004).

¹⁶ Ley 4/2008, de 23 de diciembre, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio, se generaliza el sistema de devolución mensual en el Impuesto sobre el Valor Añadido, y se introducen otras modificaciones en la normativa tributaria (BOE 25 diciembre 2008)

en la cuenta de pérdidas y ganancias. Esto aplicaba cuando los valores representaban participaciones en el capital de entidades del grupo, multigrupo y asociadas¹⁷.

Así dice textualmente el artículo 12.3 del TRLIS 2004 tras la reforma introducida por la Ley 4/2008, de 23 de diciembre¹⁸:

“La deducción en concepto de pérdidas por deterioro de los valores representativos de la participación en el capital de entidades que no coticen en un mercado regulado no podrá exceder de la diferencia entre el valor de los fondos propios al inicio y al cierre del ejercicio, debiendo tenerse en cuenta las aportaciones o devoluciones de aportaciones realizadas en él. Este mismo criterio se aplicará a las participaciones en el capital de entidades del grupo, multigrupo y asociadas en los términos de la legislación mercantil.

Para determinar la diferencia a que se refiere el párrafo anterior, se tomarán los valores al cierre del ejercicio siempre que se recojan en los balances formulados o aprobados por el órgano competente.

No serán deducibles las pérdidas por deterioro correspondientes a la participación en entidades residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales, excepto que dichas entidades consoliden sus cuentas con las de la entidad que realiza el deterioro en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio”.

Esta deducción recogida en el TRLIS 2004 tiene una ambigua naturaleza ya que, debido a las consecuencias contables, podríamos estar ante una deducción fiscal de carácter permanente si nunca se recupera el valor deteriorado de la entidad participada; o ante una deducción que desaparecería o se revertería con la recuperación del valor deteriorado de la entidad participada, produciendo la neutralización y temporalidad fiscal de la previa deducción¹⁹. Es decir, podríamos estar ante ajuste permanente o una diferencia temporaria.

¹⁷Vicente-Tutor Rodríguez, M & Quintas Bermúdez, J. (2017). Algunas consideraciones sobre la constitucionalidad de determinadas medidas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2016 en la Ley del Impuesto sobre Sociedades. *Quincena fiscal*, (22), 103-128. pp. 118-119

¹⁸ Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (BOE 11 de marzo de 2004).

¹⁹ De Juan Casadevall, J. (2020). La reversión fiscal de cartera: la insoportable «levedad» de la retroactividad. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 445, 87-106, p. 91

Posteriormente, con la Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras²⁰ (en adelante Ley 16/2013), esta deducibilidad de las pérdidas por deterioro de los valores representativos de capital desaparecería por la derogación del artículo 12.3 del TRLIS 2004 con efectos para los periodos impositivos que se iniciaran el 1 de enero de 2013, por el artículo 1.2.1 de la Ley 16/2013²¹.

Así reza el artículo 1.2.2 de la Ley 16/2013²²:

“Segundo. Con efectos para los períodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2013, se introducen las siguientes modificaciones en el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo:

Uno. Se deroga el apartado 3 del artículo 12”.

Debido a esta derogación de la deducción, el artículo 1 de la Ley 16/2013 estableció la disposición transitoria cuadragésima primera en el TRLIS 2004 con efecto para los periodos impositivos que se iniciaran a partir del 1 de enero de 2013. Esta disposición transitoria correspondió con disposición transitoria decimosexta de la LIS y fija el régimen transitorio aplicable a las pérdidas por deterioro de los valores representativos de la participación en el capital o en los fondos propios de entidades, y a las rentas negativas obtenidas en el extranjero a través de un establecimiento permanente, generadas en períodos impositivos iniciados con anterioridad a 1 de enero de 2013²³.

En concreto, de esta disposición transitoria de la Ley 16/2013 es de interés el primer apartado que detalla el régimen transitorio de las pérdidas por deterioro de valores representativos de capital²⁴.

²⁰ Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras (BOE 30 de octubre de 2013).

²¹ De Juan Casadevall, J. (2020). La reversión fiscal de cartera: la insoportable «levedad» de la retroactividad. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 445, 87-106, p. 92

²² Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras (BOE 30 de octubre de 2013).

²³ Borrás Amblar, F. (2017). Modificaciones en el impuesto sobre sociedades establecidas por el Real Decreto-Ley 3/2016, de 3 de diciembre. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 407, E1-E35, pp. E21-E23

²⁴ Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras (BOE 30 de octubre de 2013).

“Disposición transitoria cuadragésima primera. Régimen transitorio aplicable a las pérdidas por deterioro de los valores representativos de la participación en el capital o en los fondos propios de entidades, y a las rentas negativas obtenidas en el extranjero a través de un establecimiento permanente, generadas en períodos impositivos iniciados con anterioridad a 1 de enero de 2013.

1. La reversión de las pérdidas por deterioro de los valores representativos de la participación en el capital o en los fondos propios de entidades que hayan resultado fiscalmente deducibles de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades de acuerdo con lo establecido en el apartado 3 del artículo 12 de esta Ley, en períodos impositivos iniciados con anterioridad a 1 de enero de 2013, con independencia de su imputación contable en la cuenta de pérdidas y ganancias, se integrarán en la base imponible del período en el que el valor de los fondos propios al cierre del ejercicio exceda al del inicio, en proporción a su participación, debiendo tenerse en cuenta las aportaciones o devoluciones de aportaciones realizadas en él, con el límite de dicho exceso. A estos efectos, se entenderá que la diferencia positiva entre el valor de los fondos propios al cierre y al inicio del ejercicio, en los términos establecidos en este párrafo, se corresponde, en primer lugar, con pérdidas por deterioro que han resultado fiscalmente deducibles.

Igualmente, serán objeto de integración en la base imponible las referidas pérdidas por deterioro, por el importe de los dividendos o participaciones en beneficios percibidos de las entidades participadas, excepto que dicha distribución no tenga la condición de ingreso contable.

Lo dispuesto en este apartado no resultará de aplicación respecto de aquellas pérdidas por deterioro de valor de la participación que vengan determinadas por la distribución de dividendos o participaciones en beneficios y que no hayan dado lugar a la aplicación de la deducción por doble imposición interna o bien que las referidas pérdidas no hayan resultado fiscalmente deducibles en el ámbito de la deducción por doble imposición internacional”.

De acuerdo con la reforma introducida en 2013, la reversión tendría lugar por alguna de las siguientes tres razones²⁵:

- Aumento de los fondos propios de la entidad participada, ajustados adecuadamente por las aportaciones o devoluciones de aportaciones, es decir, debido a la generación de beneficios por parte de la entidad participada, en relación con los deterioros deducidos bajo el amparo del artículo 12.3 del TRLIS 2004.
- La obtención de dividendos que sean registrados como ingresos contables, a excepción de los casos en que el deterioro haya sido causado por la distribución de dividendos que no tuvieron derecho a la deducción prevista en el artículo 30 del TRLIS 2004.
- El aumento en la cotización en relación con los deterioros no respaldados por el artículo 12.3 del TRLIS, sino directamente por la normativa contable.

Es decir, a partir de 2013, las pérdidas derivadas del deterioro de valores representativos de capital ya no son susceptibles de deducción. En el caso de deterioros que anteriormente eran considerados fiscalmente deducibles antes del ejercicio 2013, conforme a lo estipulado en la Disposición Transitoria 16.a de la LIS, estas pérdidas se integrarían en la base imponible, en términos generales, a medida que la entidad participada incremente sus fondos propios o distribuya dividendos²⁶.

En definitiva, de acuerdo con el artículo 12.3 del TRLIS 2004, las pérdidas por deterioro de participaciones se incluían en la base imponible, siendo fiscalmente deducibles. Sin embargo, la Ley 16/2013 estableció la no deducibilidad de los gastos contabilizados por deterioro de participaciones para los periodos impositivos que comenzaran el 1 de enero de 2013. Asimismo, la disposición transitoria cuadragésima primera del TRLIS 2004 estableció un régimen transitorio especificando cómo debían integrarse las pérdidas por deterioro que habían sido fiscalmente deducibles antes del 1 de enero de 2013. Esta disposición transitoria fue transferida a la disposición transitoria decimosexta de la LIS en 2014, para posteriormente ser modificada en 2016.

²⁵ Sanz Gadea, E. (2017). El impuesto sobre sociedades en 2016. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 408, 5-44, pp. 13-15

²⁶ Parra Ruiz, G. (2017). Análisis de las principales novedades introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de diciembre. *Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho*, 15, 247-265, p. 254

4. Real Decreto Ley 3/2016 de 2 de diciembre

4.1. Modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley

El 3 de diciembre de 2016, se hizo público en el Boletín Oficial del Estado (BOE) el Real Decreto-ley 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social (en adelante Real Decreto-Ley 3/2016).

La finalidad del Real Decreto-Ley 3/2016, según establece la exposición de motivos, es la implementación de medidas orientadas a fortalecer las finanzas públicas, manteniendo la trayectoria de crecimiento que se había alcanzado desde 2013 y facilitando la generación de empleo²⁷. Hay que destacar que las modificaciones que introduce el Real Decreto-Ley 3/2016 están vinculadas a la determinación del límite de gasto no financiero para los Presupuestos Generales del Estado de 2017, lo que requiere reformas tributarias para impulsar la recaudación para financiar el gasto²⁸.

Además, se introducen otros cambios en la misma línea en el marco del Impuesto sobre Sociedades, que aumentarán los ingresos al establecer límites adicionales a la deducibilidad de ciertos elementos en la base imponible, con el propósito de acercar la tributación efectiva a los tipos nominales del impuesto²⁹.

Así el Real Decreto-Ley 3/2016 dice en su exposición de motivos³⁰:

“Para consolidar ese logro resulta imprescindible seguir adoptando medidas de política económica que contribuyan a corregir determinados desequilibrios que aún inciden negativamente en la economía española (...).

(...)En este contexto, constituye una meta prioritaria la reducción del déficit público (...).

(...)Ahora, con este real decreto-ley se adoptan diversas medidas dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas que vienen a completar las contenidas en

²⁷ Real Decreto-ley 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social (BOE 3 de diciembre de 2016)

²⁸ Parra Ruiz, G. (2017). Análisis de las principales novedades introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de diciembre. *Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho*, 15, 247-265p. 249

²⁹ Real Decreto-ley 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social. (BOE 3 de diciembre de 2016).

³⁰ Id.

aquel y que guiarán a la economía española por una senda de crecimiento y creación de empleo, compatible con el cumplimiento de nuestros compromisos de consolidación fiscal alcanzados en el ámbito de la Unión Europea (...).

(...)Como resultado, se espera un incremento estructural de la recaudación, que mantenga estable la presión fiscal, y que permita situar la previsión de ingresos para la determinación del techo de gasto del Presupuesto del Estado para 2017 en un nivel similar a la previsión de recaudación que existía cuando se formuló el Presupuesto para 2016”.

Centrándonos en las medidas relacionadas con el Impuesto sobre Sociedades, el Real Decreto-Ley establece tres medidas: dos de ensanchamiento de las bases imponibles y una para asegurar el nivel de recaudación adecuado³¹:

- La no integración de algunas rentas negativas por transmisión de participaciones
- La reversión mínima automática en un periodo de 5 años del deterioro de participaciones en capital que fue fiscalmente deducible en aplicación del artículo 12. 3 TRLIS 2004 con anterioridad al 1 de enero de 2013.
- La limitación de compensación de bases imponibles negativas, unida a la limitación de las deducciones por doble imposición tanto en fuentes internas como internacionales.

Hay que destacar que estas modificaciones responden a una intención recaudatoria y sigue la línea establecida por el Real Decreto-Ley 2/2016 sobre pagos fraccionados³².

Actualmente, la inclusión de rentas en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades se fundamenta en el principio de realización. Por lo tanto, los deterioros de valor en participaciones en entidades no son deducibles fiscalmente desde el año 2013. No obstante, como se ha explicado, aquellos deterioros que fueron contabilizados anteriormente y que redujeron la base imponible mantienen un régimen transitorio de reversión³³.

³¹ Borrás Amblar, F. (2017). Modificaciones en el impuesto sobre sociedades establecidas por el Real Decreto-Ley 3/2016, de 3 de diciembre. *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, 407, E1-E35. p. E1

³² De Juan Casadevall, J. (2020). La reversión fiscal de cartera: la insoportable «levedad» de la retroactividad. *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, 445, 87-106. p. 90

Este Real Decreto-Ley fue declarado inconstitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional 78/2020, de 1 de julio.

³³ Parra Ruiz, G. (2017). Análisis de las principales novedades introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de diciembre. *Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho*, 15, 247-265, pp. 250-251

La no deducibilidad de los deterioros de todas las participaciones en el capital o fondos propios viene recogida en dos artículos distintos. En el artículo 13.2 b) de la LIS, aplicable cuando, durante el periodo en que se registra el deterioro, se verifican las siguientes condiciones:

- Que no se cumpla el requisito establecido en el artículo 21.1 a).
- Y en el caso de participaciones en el capital de entidades que no tienen residencia en España que satisfaga también el requisito del artículo 21.1 b).

Y en el artículo 15 k) de la LIS (introducido por el Real Decreto-ley 3-2016), aplicable cuando, durante el periodo en que se registra el deterioro, se cumplen alguna de las siguientes circunstancias:

- Se cumplen los requisitos del artículo 21.
- En el caso de participaciones en el capital de entidades que no tienen residencia en España no se cumple el requisito establecido en el artículo 21.1 b).

Es decir, en los casos en los que las pérdidas negativas derivadas de la venta de participaciones sean deducibles (según el artículo 20 de la LIS), los deterioros de las participaciones no serán deducibles por aplicación del artículo 13.2 b) de la LIS. En cambio, en los casos en los que las pérdidas negativas derivadas de la venta de participaciones no sean deducibles, los deterioros de las participaciones no serán deducibles según el artículo 15 k) de la LIS³⁴.

En lo que respecta al régimen transitorio, el artículo 3. Primero. Dos del Real Decreto-Ley 3/2016 modifica la disposición transitoria decimosexta con efectos desde el 1 de enero de 2016. El apartado 1 de la disposición se mantiene intacto. Es decir, obliga a añadir en la base imponible las reversiones de los deterioros que fueron fiscalmente deducibles en aplicación del artículo 12.3 del TRLIS de 2004 cuando se produzca la recuperación del valor. Lo que añade este Real Decreto-ley 3/2016 es el apartado 3 que establece³⁵:

“En todo caso, la reversión de las pérdidas por deterioro de los valores representativos de la participación en el capital o en los fondos propios de

³⁴ Borrás Amblar, F. (2017). Modificaciones en el impuesto sobre sociedades establecidas por el Real Decreto-Ley 3/2016, de 3 de diciembre. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 407, E1-E35. p. E12

³⁵ Real Decreto-ley 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social. (BOE 3 de diciembre de 2016)

entidades que hayan resultado fiscalmente deducibles en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades en períodos impositivos iniciados con anterioridad a 1 de enero de 2013, se integrará, como mínimo, por partes iguales en la base imponible correspondiente a cada uno de los cinco primeros períodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2016.

En el supuesto de haberse producido la reversión de un importe superior por aplicación de lo dispuesto en los apartados 1 o 2 de esta disposición, el saldo que reste se integrará por partes iguales entre los restantes períodos impositivos.

No obstante, en caso de transmisión de los valores representativos de la participación en el capital o en los fondos propios de entidades durante los referidos períodos impositivos, se integrarán en la base imponible del período impositivo en que aquella se produzca las cantidades pendientes de revertir, con el límite de la renta positiva derivada de esa transmisión”.

Este tercer apartado de la disposición adicional tiene numerosas implicaciones³⁶:

- i. La disposición hace referencia a todos los valores, cotizados o no, afectados o no por el antiguo artículo 12.3 del TRLIS 2004
- ii. El deterioro que aún no se haya revertido al inicio del periodo fiscal a partir del 1 de enero de 2016 debe ser integrado de manera proporcional en cinco periodos fiscales, siendo el primero de ellos el que comienza a partir de dicha fecha. Es decir, se establecerá un mínimo de reversión que será de aplicación desde el 1 de enero de 2016 y será de un 20% durante 5 años.
- iii. En caso de que la reversión en un ejercicio sea superior al mínimo, el exceso se distribuirá por partes iguales entre los ejercicios restantes.
- iv. Si se transmiten las participaciones durante los periodos 2016 a 2020, el deterioro pendiente se integrará en la base imponible en el año de la transmisión con independencia de que se haya recuperado el valor y con un límite establecido por la renta positiva derivada de dicha transmisión.

En definitiva, la reversión es automática al haberse establecido el mínimo del 20% anual, aunque no se recupere nunca el valor, no contemplando así la posibilidad de una pérdida

³⁶ Borrás Amblar, F. (2017). Modificaciones en el impuesto sobre sociedades establecidas por el Real Decreto-Ley 3/2016, de 3 de diciembre. *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, 407, E1-E35. pp. E22-E23

definitiva como podía ocurrir con la normativa anterior³⁷. Además, las causas de reversión operan acumulativamente y la nueva causa funciona como una cantidad mínima, de modo que si ha ocurrido una reversión por otras razones con un monto superior, el saldo pendiente se distribuirá proporcionalmente entre los periodos impositivos restantes³⁸.

El impacto concreto de la regulación sobre la reversión es invalidar el deterioro contabilizado según las normativas anteriores a la Ley 16/2013. En otras palabras, dicho deterioro se incorpora a la base imponible incluso si la entidad en la que se tiene participación no ha registrado una mejora en sus ganancias³⁹.

4.2. Tratamiento contable de la reversión automática de las pérdidas por deterioros de valores representativos de capital.

Como ya se ha mencionado, la nueva regulación fiscal introducida por el Real Decreto-Ley 3/2016 impone la integración en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades durante los próximos cinco años de la reversión del deterioro ocasionado por el cambio normativo. Debido a ello ¿se reconocerá un pasivo por impuesto diferido en las cuentas anuales de 2016 para la reversión de los próximos 4 años?

El ICAC en la consulta núm 1, BOICAC núm 109 establece que solo se contabilizará la quinta parte del deterioro fiscal en ese ejercicio, lo que afectará al gasto por impuesto sobre beneficios corriente del periodo⁴⁰.

La reversión automática pendiente de registrar en los próximos cuatro años no generará un pasivo por impuesto diferido ni impactará en la cuenta de pérdidas y ganancias del año 2016. Se realizará un ajuste en la base imponible durante los siguientes cuatro años y se considerará una diferencia permanente⁴¹, afectando a la tributación efectiva en el año en que se registre y suponiendo una mayor imposición corriente.

³⁷ De Juan Casadevall, J. (2020). La reversión fiscal de cartera: la insoportable «levedad» de la retroactividad. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 445, 87-106. p. 93

³⁸ Sanz Gadea, E. (2017). El impuesto sobre sociedades en 2016. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 408, 5-44. pp. 16-18.

³⁹ Id.

⁴⁰ Calvo Vérguez, J. (2017). A vueltas con la aplicación en el IS de la deducción en concepto de pérdidas por deterioro de los valores representativos de la participación en el capital de entidades tras la aprobación del RDL 3/2016. *Actum fiscal*, 127, 33-47. p. 44

⁴¹ Consulta núm 1, BOICAC núm 109

Añade el ICAC en la consulta⁴²:

“Lo singular del caso que nos ocupa, es que el ajuste (por el gasto no deducible) se produce de forma sobrevenida en un ejercicio posterior y, adicionalmente, que la integración en la base imponible se difiere a lo largo de cuatro ejercicios, salvo que se produzca la transmisión de los valores representativos de la participación en el capital o en los fondos propios de entidades durante los referidos períodos impositivos”.

En definitiva, el ajuste por estos gastos no deducibles se reconocerá en ejercicios posteriores, mientras que la integración en la base imponible se pospondrá a lo largo de cuatro años, a menos que haya una transmisión de participaciones en entidades durante esos períodos impositivos.

Cabe destacar que el ICAC especifica que en la memoria de las cuentas anuales se debe proporcionar toda la información relevante sobre estos eventos para garantizar que las cuentas reflejen adecuadamente la situación financiera de la empresa, su imagen fiel. Especialmente, si la empresa no tiene la intención de vender su inversión antes de que venza el plazo de reversión automática de las pérdidas por deterioro, debe informar sobre esto y sobre cómo afectará esta situación a la carga fiscal futura⁴³.

Como conclusión, en relación con el impacto en el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias de las cuentas anuales del ejercicio 2016, el tratamiento contable adecuado de la reforma fiscal implica reconocer la quinta parte del deterioro fiscal como un ajuste positivo en la base imponible de ese período, lo que afectará a la imposición corriente

Esta Consulta del ICAC sobre la contabilización de la reversión de deterioro impuesta por el Real Decreto-Ley 3/2016 presenta varios puntos criticables. El ICAC establece que solo se debe contabilizar la quinta parte del deterioro fiscal en el ejercicio 2016, afectando así al gasto por impuesto sobre beneficios corriente de ese período. Sin embargo, no se reconoce un pasivo por impuesto diferido para la reversión automática pendiente en los

https://rea.economistas.es/Contenido/REA/ConsultasICAC/BOICAC/BOICAC_109_0319_1.PDF:

“Desde esta perspectiva, el ajuste a practicar en la base imponible en los próximos cuatro años debe calificarse a efectos contables como una diferencia permanente”.

⁴² Id.

⁴³ Id. *“No obstante, en la memoria de las cuentas anuales se debería incluir toda la información significativa sobre los hechos que se han descrito para que aquellas, en su conjunto, expresen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa. En particular, si la empresa no espera transmitir su inversión antes de que transcurra el plazo de reversión automática de las pérdidas por deterioro, deberá informar de esta circunstancia y del efecto de esta situación en la carga fiscal futura a raíz de la modificación introducida en la DT 16ª de la LIS”.*

próximos cuatro años, lo que puede llevar a una subestimación de las obligaciones fiscales futuras y, en consecuencia, afectar la imagen fiel de la situación financiera de la empresa. Además, el tratamiento contable propuesto puede dificultar la comparabilidad entre diferentes ejercicios y empresas, debido a la distorsión en la carga fiscal reportada sin el reconocimiento correlativo de pasivos.

Asimismo, el requerimiento de proporcionar información detallada en la memoria de las cuentas anuales añade una significativa complejidad. Aunque es esencial para garantizar la transparencia, la necesidad de explicar la no deducibilidad de ciertos gastos y la posposición de su integración en la base imponible durante cuatro años puede sobrecargar la memoria, dificultando la comprensión de los estados financieros por parte de los usuarios. En resumen, aunque la consulta del ICAC busca clarificar el tratamiento contable de la reversión de deterioro, su enfoque presenta desafíos significativos que podrían comprometer la claridad, transparencia y comparabilidad de los estados financieros, además de influir en las decisiones económicas de las empresas.

5. Posible inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de diciembre.

De este régimen transitorio establecido por el Real Decreto-Ley 3/2016 surgen dudas sustanciales sobre la constitucionalidad por diversas razones. La primera razón es debido al instrumento normativo utilizado, es decir, el Decreto-Ley (regulado en el artículo 86 de la Constitución Española (en adelante CE)), sujeto a limitaciones materiales por la legislación de urgencia. Otra razón es la eventual falta de conexión con el principio constitucional de capacidad económica recogido en el artículo 31.1 de la CE. Además, al actuar de forma retroactiva sobre un régimen transitorio preexistente poniendo en riesgo el principio constitucional de seguridad jurídica contenido en el artículo 9.3 de la CE⁴⁴.

En lo que respecta al instrumento normativo utilizado el propio Real Decreto-Ley 3/2016 justifica la utilización de la figura del Real Decreto-Ley así⁴⁵:

⁴⁴ De Juan Casadevall, J. (2020). La reversión fiscal de cartera: la insoportable «levedad» de la retroactividad. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 445, 87-106. p. 90

⁴⁵ Real Decreto-ley 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social (BOE 3 de diciembre de 2016)

“Como en el supuesto del aludido Real Decreto-ley 2/2016, la adopción con carácter inmediato de nuevas medidas de índole económica y tributaria, que coadyuven al cumplimiento sostenido de los objetivos de déficit público para los períodos 2017 y siguientes, justifica la utilización de la figura normativa del real decreto-ley, al concurrir la circunstancia de extraordinaria y urgente necesidad que exige el artículo 86 de la Constitución Española, requisito imprescindible como ha recordado la jurisprudencia constitucional”.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional en la sentencia⁴⁶ 11/2024, de 18 de enero de 2024 ha declarado inconstitucional y nulas ciertas medidas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2016 entre las que se encuentra el régimen transitorio de las pérdidas por deterioro de valores representativos de capital.

La Audiencia Nacional, después de que una primera cuestión de inconstitucionalidad fuera rechazada por motivos procesales, volvió a plantear la cuestión en el seno de un proceso en el cual una empresa cuestionaba una orden ministerial relacionada con la declaración del impuesto sobre sociedades para el año 2016. Aunque en un principio la Audiencia incluyó varias dudas sobre la constitucionalidad del Real Decreto-Ley 3/2016, como su retroactividad y la posible violación del principio de igualdad, finalmente el Tribunal Constitucional limitó la cuestión a evaluar si dicho Real Decreto-Ley infringía el límite material de los decretos-leyes establecido en el artículo 86.1 de la CE.

Se ha declarado la inconstitucionalidad de esta medida que se está estudiando por considerar que vulnera el artículo 86.1 de la CE ya que, según este artículo, esta figura legislativa no podrá *“afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I”* y en el artículo 31.1 de la CE encontramos el *“deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos”*⁴⁷.

El Tribunal Constitucional, sostiene en el FJ 3º que el Real Decreto-ley 3/2016 altera un componente esencial del sistema tributario, el Impuesto sobre Sociedades. Considera que los elementos afectados del tributo, como la base imponible y la cuota, son fundamentales

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 11/2024, de 18 de enero, FJ 3º

⁴⁷ Constitución Española (BOE 29 de diciembre de 1978)

en la estructura del impuesto y las modificaciones propuestas tienen un impacto significativo en la recaudación⁴⁸.

Como era previsible, el ejecutivo ha tomado medidas para mitigar el impacto fiscal de esta sentencia. Por ello, el Grupo Parlamentario Socialista presentó la enmienda número 196 al Proyecto de Ley por la que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía (procedente del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre). El principal objetivo de esta enmienda es reintroducir en la LIS, las medidas que fueron declaradas inconstitucionales por la mencionada sentencia.

Las medidas propuestas por el ejecutivo mediante esta enmienda tendrán efecto para los ejercicios iniciados a partir del 1 de enero de 2024 y que no hayan concluido al entrar en vigor la Ley. Concretamente para este estudio interesa la tercera medida que propone lo siguiente⁴⁹:

“Se añade un apartado 3 en la disposición transitoria decimosexta, que queda redactado de la siguiente forma:

3. Las pérdidas por deterioro de los valores representativos de la participación en el capital o en los fondos propios de entidades que hayan resultado fiscalmente deducibles en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades en períodos impositivos iniciados con anterioridad a 1 de enero de 2013 y que no hayan revertido al inicio del primer período impositivo que comience a partir de 1 de enero de 2024 con arreglo a lo dispuesto en los dos apartados anteriores, se integrarán en la base imponible de dicho primer período impositivo.

No obstante, en caso de transmisión de los valores representativos de la participación en el capital o en los fondos propios de entidades durante el primer período impositivo que comience a partir de 1 de enero de 2024, las cantidades

⁴⁸ San Valentín Naranjo, M. (2024). *La inconstitucionalidad de las modificaciones en el Impuesto sobre Sociedades adoptadas por el Real Decreto-Ley 3/2016*. Equipo Económico. Recuperado de: <https://www.equipoeconomico.com/fiscalidad-empresarial-y-patrimonial/la-inconstitucionalidad-de-las-modificaciones-en-el-impuesto-sobre-sociedades-adoptadas-por-el-real-decreto-ley-3-2016/>

⁴⁹ Proyecto de Ley por la que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía (procedente del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre). Enmiendas e índice de enmiendas al articulado. (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados)

pendientes de revertir se integrarán en la base imponible de dicho primer período impositivo, con el límite de la renta positiva derivada de la transmisión”.

Por ello el estudio de la posible inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 3/2016 se centrará en la retroactividad del régimen transitorio desarrollándose en los siguientes puntos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con la retroactividad en materia tributaria, para posteriormente analizar el caso concreto de la disposición transitoria decimosexta, objeto de estudio de este trabajo.

5.1. La retroactividad en materia tributaria. Consideraciones generales

EL artículo 10.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante LGT)⁵⁰ comienza afirmando que, a menos que se especifique lo contrario, las normas tributarias no tendrán efecto retroactivo. Por lo que las leyes tributarias entrarán en vigor y se aplicarán únicamente a los tributos que se devenguen después de su entrada en vigor. El artículo también establece una excepción a este principio de no retroactividad en relación con las normas relacionadas con infracciones, sanciones tributarias y recargos cuando la retroactividad favorece al contribuyente.

De este artículo 10.2 de la LGT se llega a una interpretación de lo que se entiende por retroactividad en los impuestos instantáneos o sin período impedido y en los impuestos periódicos. Los primeros se devengan al ocurrir el hecho imponible y los segundos se devengan al concluir su período impositivo⁵¹. En el caso de impuestos instantáneos las nuevas leyes tributarias se aplicarán a los impuestos que aún no han sido devengados, es decir, aquellos que se generen después de que la ley entre en vigor. En cambio, en el caso de los impuestos periódicos, las nuevas leyes tributarias se aplicarán a los tributos cuyo período impositivo comience después de la entrada en vigor de la norma.

Por lo tanto, de acuerdo con este criterio legal expresado en el artículo 10.2 de la LGT, el Real Decreto-Ley 3/2016, que entró en vigor el día de su publicación en el BOE el 3 de

⁵⁰ Artículo 10.2 Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE 18 de diciembre de 2003):
*“Salvo que se disponga lo contrario, las normas tributarias no tendrán efecto retroactivo y se aplicarán a los tributos sin período impositivo devengados a partir de su entrada en vigor y a los demás tributos cuyo período impositivo se inicie desde ese momento.
No obstante, las normas que regulen el régimen de infracciones y sanciones tributarias y el de los recargos tendrán efectos retroactivos respecto de los actos que no sean firmes cuando su aplicación resulte más favorable para el interesado”.*

⁵¹ De Juan Casadevall, J. (2020). La reversión fiscal de cartera: la insoportable «levedad» de la retroactividad. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 445, 87-106. p. 94

diciembre y se aplica al ejercicio fiscal de 2016 constituye una norma fiscal retroactiva. Esto se debe a que al aplicarse la medida desde el 1 de enero de 2016 para las entidades cuyo periodo impositivo coincidía con el año natural, éste casi había llegado a su fin. Es más, para ciertas entidades cuyo ejercicio fiscal no coincide con el año natural ya había finalizado, por lo que no les sería de aplicación⁵².

Además, el artículo 3.2 del CC⁵³, de aplicación supletoria a la normativa tributaria, establece que con carácter general las normas no tendrán efecto retroactivo salvo que establecieran lo contrario.

Es decir, coinciden el CC y la LGT en lo que respecta a la retroactividad de las normas. Por lo tanto, aunque ni la LGT ni el CC contienen una prohibición absoluta de hacer retroactivas las normas, nos encontramos con una restricción relativa. La determinación de si una norma específica tendrá o no efectos retroactivos es responsabilidad del legislador en cada caso particular.

El principio de no retroactividad establecido en el artículo 9.3 de la CE⁵⁴ se refiere principalmente a disposiciones que imponen sanciones desfavorables o restringen derechos individuales, que no suelen aplicarse a leyes de naturaleza tributaria, excepto aquellas que se relacionan con sanciones fiscales.

Es más, el TC sostiene en su sentencia 126/1987, de 16 de julio, FJ 9º, A)⁵⁵ que las leyes fiscales no tienen carácter sancionador ni restringen derechos individuales y por eso no existe una prohibición constitucional de la retroactividad en la legislación tributaria. Esto se debe a que las normas fiscales tienen un fundamento independiente, ya que derivan del

⁵² Id.

⁵³ Artículo 3.2 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid 25 julio de 1889): *“Las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario”*.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 126/1987, de 16 de julio, FJ 9º, A): *“La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”*.

⁵⁵ A) *No existe una prohibición constitucional de la legislación tributaria retroactiva. La prohibición que el art. 9.3 C.E. establece tan sólo para las «disposiciones sancionadoras no favorables» y para las «restrictivas de derechos individuales» se extendía también a las fiscales en el Anteproyecto de la Constitución, y la inclusión de las mismas se mantuvo en el Informe de la ponencia, pero desapareció en el Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales por estimarse que la causa de la prohibición ha de buscarse en todo caso en el carácter sancionador o restrictivo de las leyes, no en el objeto específico de las normas, y que la irretroactividad absoluta de las leyes fiscales podría hacer totalmente inviable una verdadera reforma fiscal.*

Por otra parte, no cabe considerar, con carácter general, subsumidas las normas fiscales en aquellas a las que expresamente se refiere el art. 9.3 de la Constitución, por cuanto tales normas tienen un fundamento autónomo en la medida en que son consecuencia obligada del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, impuesto a todos los ciudadanos por el art. 31.1 de la Norma fundamental”.

deber de todos los ciudadanos de contribuir al financiamiento de los gastos públicos, como lo establece el artículo 31.1 de la CE⁵⁶. Inicialmente, en el Anteproyecto de la Constitución, se contemplaba extender la prohibición del artículo 9.3 CE a las normas fiscales, pero esta inclusión fue eliminada en el Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales⁵⁷. Se argumentó que la prohibición se relaciona más con el carácter sancionador o restrictivo de las leyes en general, y que una irretroactividad absoluta en las leyes fiscales podría obstaculizar significativamente una verdadera reforma tributaria. Esta idea la defiende el TC en muchas otras sentencias como la 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8^o⁵⁸; la 197/1992, de 19 de noviembre, FJ 4^o⁵⁹; la 173/1996⁶⁰, de 31 de octubre, FJ 3 o la 182/1997, de 28 de octubre, FJ 11^o⁶¹.

Por todo esto, se puede afirmar que, de acuerdo con la doctrina del TC, las leyes tributarias pueden tener efectos retroactivos si así lo establecen de forma expresa, sin que esto sea inconstitucional. La inconstitucionalidad, si existe, no se deriva del carácter retroactivo de la norma por sí solo, sino de la violación de principios protegidos por la CE, como la seguridad jurídica o el principio de capacidad económica.

5.2. Grados de retroactividad

El grado de retroactividad es un elemento importante para el TC a la hora de evaluar la constitucionalidad de la norma, así lo expresa el TC en el fundamento jurídico 3º de la Sentencia 116/2009 de 18 de mayo: *“En este contexto, se viene afirmando por este Tribunal que el grado de retroactividad de la norma cuestionada, (...), se convierten en elemento clave en el enjuiciamiento de su presunta inconstitucionalidad, (...)*⁶²”.

⁵⁶ Artículo 31.1 Constitución Española (BOE 29 de diciembre de 1978): *“Todos 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”*.

⁵⁷ Dictamen de la Comisión de asuntos Constitucionales y Libertades Públicas relativo al anteproyecto de constitución: <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/4315/4369>

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8º

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 197/1992, de 19 de noviembre, FJ 4º

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 173/1996, de 31 de octubre, FJ 3º

⁶¹ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 126/1987, de 16 de julio, FJ 11º.

⁶² Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 116/2009, de 18 de mayo, FJ 3º

Así el TC en el fundamento jurídico número 11° de la Sentencia 126/1987, de 16 de julio diferencia entre⁶³:

- Retroactividad auténtica o de grado máximo que se da cuando las disposiciones legales buscan aplicar efectos a situaciones que ocurrieron antes de la ley misma, ya consumadas. Según el TC en estos casos la prohibición de la retroactividad sería absoluta y solo circunstancias excepcionales relacionadas con el interés general podrían justificar una excepción a este principio.

En lo que respecta a las circunstancias excepcionales que permitirían la retroactividad auténtica, la Sentencia del TC 234/2001 de 13 de diciembre en su argumento jurídico 8° establece que serían *“la existencia de una situación económica excepcional o cualquiera otra justificación razonable”*⁶⁴.

- Retroactividad impropia o grado medio que se da cuando las disposiciones legales buscan afectar a situaciones o relaciones jurídicas presentes pero aún no concluidas. En estos casos el TC establece que a legalidad o ilegalidad de la disposición dependería de una evaluación caso por caso, considerando tanto la seguridad jurídica como otros imperativos que puedan justificar una modificación en la legislación tributaria, así como las circunstancias particulares del caso en cuestión.

En lo que respecta a las circunstancias particulares que se presentan en cada caso, el Tribunal Constitucional ha considerado principalmente la magnitud del cambio introducido por la norma aplicada de manera retroactiva, su previsibilidad y el propósito

⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 126/1987, de 16 de julio, FJ 11°: *“Y a estos efectos resulta relevante la distinción entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretenden anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia Ley y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas. En el primer supuesto -retroactividad auténtica-, la prohibición de la retroactividad operaría plenamente y sólo exigencias calificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio; en el segundo -retroactividad impropia-, la licitud o ilicitud de la Disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico-tributario, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso”*.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 234/2001, de 13 de diciembre, FJ 8° : *“(…) por lo que es evidente que nos encontramos en presencia de un supuesto de retroactividad auténtica que, según veremos, no se fundamenta en exigencia alguna de interés general que justifique la subordinación del principio de seguridad jurídica frente a otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 13.b), como sería, por ejemplo, la existencia de una situación económica excepcional o cualquiera otra justificación razonable”*.

o finalidad que busca alcanzar tal como se indica en sentencias como la 182/1997 del 28 de octubre, FJ 11º, d)⁶⁵.

Sentencias posteriores del TC reafirman esta diferenciación entre retroactividad auténtica e impropia como es el caso de las sentencias 182/1997, de 28 de octubre, FJ 11º d)⁶⁶, 116/2009, de 18 de mayo, FJ 3º⁶⁷ y 197/1992, de 19 de noviembre, FJ 4º⁶⁸.

5.3. Legitimidad de la retroactividad

Como ya se ha expuesto en apartados anteriores, las normas fiscales pueden ser retroactivas como se puede observar en la LGT, el CC y reiterada jurisprudencia del TC. Sin embargo, esto no implica que estas normas retroactivas siempre sean constitucionales o legítimas.

El Tribunal Constitucional en las sentencias 126/1987, de 16 de julio, FJ 9º, B)⁶⁹ y 197/1992, de 19 de noviembre, FJ 4º⁷⁰ establece que el que las normas fiscales puedan ser retroactivas no implica automáticamente que sean constitucionalmente legítimas en todas las circunstancias. Su legitimidad puede ser objeto de cuestionamiento cuando su retroactividad entra en conflicto con otros principios fundamentales establecidos en la CE, como la capacidad económica, la seguridad jurídica o la prohibición de arbitrariedad. Esta idea la reitera el TC en numerosas sentencias como pueden ser la 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8º⁷¹; la 173/1996, de 31 de octubre, FJ 3º o la 182/1997, de 28 de octubre, FJ 1º b)⁷².

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 182/1997, de 28 de octubre, FJ 11º: “(...) así como las circunstancias concretas que concurren en el caso, es decir, la finalidad de la medida y las circunstancias relativas a su grado de previsibilidad, su importancia cuantitativa, y otros factores similares”.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 126/1987, de 16 de julio, FJ 11º

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 116/2009, de 18 de mayo, FJ 3º

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 197/1992, de 19 de noviembre, FJ 4º

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 126/1987, de 16 de julio, FJ 9º, B): “Afirmar la admisibilidad de la retroactividad de las normas fiscales no supone mantener, siempre y en cualquier circunstancia, su legitimidad constitucional, que puede ser cuestionada cuando su eficacia retroactiva entra en colisión con otros principios consagrados en la Constitución”.

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 197/1992, de 19 de noviembre, FJ 4º: “(...) ello, no obstante, puede cuestionarse la legitimidad constitucional de la retroactividad de las normas fiscales cuando dicha eficacia retroactiva entra en colisión con otros principios constitucionales (capacidad económica, seguridad jurídica, interdicción de arbitrariedad, etc.)”.

⁷¹ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8º

⁷² Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 182/1997, de 28 de octubre, FJ 11º

El principio de seguridad jurídica viene recogido en el artículo 9.3 de la CE⁷³. Según el TC en el fundamento jurídico 11º de la sentencia 126/1987, de 16 de julio⁷⁴ este principio constitucional no puede considerarse como un valor absoluto, ya que esto podría resultar en la inmovilidad del ordenamiento jurídico actual. El constitucional se reafirma en este argumento en diversas sentencias como la 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8º⁷⁵; la 173/1996, de 31 de octubre, FJ 3º⁷⁶; la 182/1997, de 28 de octubre, FJ 11º⁷⁷ y la 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 6º⁷⁸.

Además, el TC especifica, en las mismas sentencias citadas en el párrafo anterior, que este principio constitucional de seguridad jurídica tampoco se puede ni se debe interpretar como un derecho de los ciudadanos a conservar un régimen fiscal específico.

Lo que el principio de seguridad jurídica protege, según el fundamento jurídico 8º de la sentencia del Tribunal Constitucional 150/1990, de 4 de octubre⁷⁹, es la confianza de los ciudadanos que basan su comportamiento económico en la legislación actual, ante cambios normativos que no sean razonablemente previsibles. Esto se debe a que la retroactividad potencial de las normas tributarias no puede violar la prohibición de la arbitrariedad. Esta idea la recoge el Tribunal en otras sentencias como la 197/1992, de 19 de noviembre, FJ 4º⁸⁰; la 173/1996, de 31 de octubre, FJ 3º⁸¹; la 182/1997, de 28 de

⁷³ Artículo 9.3 Constitución Española (BOE 29 de diciembre de 1978): “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 126/1987, de 16 de julio, FJ 11º: “(...) Ahora bien, el principio de seguridad jurídica no puede erigirse en valor absoluto por cuanto daría lugar a la congelación del ordenamiento jurídico existente, siendo así que éste, al regular relaciones de convivencia humana, debe responder a la realidad social de cada momento como instrumento de perfeccionamiento y de progreso. La interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad entrañaría consecuencias contrarias a la concepción que fluye del art. 9.2 de la Constitución (...). Por ello, el principio de seguridad jurídica, consagrado en el art. 9.3 de la Norma fundamental, no puede entenderse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal (...)”.

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8º

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 173/1996, de 31 de octubre, FJ 3º

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 182/1997, de 28 de octubre, FJ 11º

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 6º

⁷⁹ Sentencia del TC núm. 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8º: “(...) sí protege, en cambio, como antes se dijo, la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad (...)”.

⁸⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 197/1992, de 19 de noviembre, FJ 4º

⁸¹ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 173/1996, de 31 de octubre, FJ 3º

octubre, FJ 11°⁸²; la 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 6°⁸³ y la 116/2009, de 18 de mayo, FJ 3°⁸⁴.

En definitiva, establecer si una normativa tributaria retroactiva viola el principio de seguridad jurídica de los ciudadanos es un asunto que solo puede ser abordado individualmente, según lo indicado en la jurisprudencia del TC. Así, por ejemplo la sentencia del TC 173/1996, de 31 de octubre, FJ 3° dice⁸⁵: “*Determinar cuándo una norma tributaria de carácter retroactivo vulnera la seguridad jurídica de los ciudadanos es una cuestión que sólo puede resolverse caso por caso, teniendo en cuenta, de un lado, el grado de retroactividad de la norma y, de otro, las circunstancias que concurran en cada supuesto*”).

Por último, es importante resaltar que el TC en fundamento jurídico 10° de la sentencia 126/1987 del 16 de julio, establece que una ley tributaria retroactiva violaría la relación constitucionalmente necesaria entre la imposición y la capacidad contributiva si condiciona un hecho o situación pasada que ya no existe en el momento de su promulgación, o si modifica retrospectivamente los elementos esenciales no solo de la situación actual del contribuyente, sino también de la que estaba implícita en el fundamento del tributo. Esta situación sería contraria a la normativa constitucional si hubiera desaparecido o disminuido en el momento en que la norma entra en vigor⁸⁶. Es decir, la medida será inconstitucional si su aplicación retroactiva resulta en gravar una capacidad contributiva que ya no está presente en el momento actual. En este contexto, la normativa sería inconstitucional no debido a su retroactividad en sí, sino por violar los requisitos del principio de capacidad económica.

⁸² Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 182/1997, de 28 de octubre, FJ 11°

⁸³ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 6°

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 116/2009, de 18 de mayo, FJ 3°

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 173/1996, de 31 de octubre, FJ 3°

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 126/1987, 16 de julio, FJ 10°: “(...) una norma tributaria retroactiva resulta constitucionalmente ilegítima si vulnera el principio de capacidad contributiva. Y que tal vulneración puede producirse si la ley establece como presupuesto un hecho o una situación pasada que no persisten en el momento de su entrada en vigor, o modifica, extendiendo sus efectos hacia el pasado, los elementos esenciales de un tributo existente en dicho momento, pues dicha capacidad ha de referirse no a la actual del contribuyente, sino a la que está ínsita en el presupuesto del tributo y, si ésta hubiera desaparecido o se hallase disminuida en el momento de entrar en vigor la norma en cuestión, se quebraría la relación constitucionalmente exigida entre imposición y capacidad contributiva”.

5.4. Análisis de la retroactividad de la reversión automática de las pérdidas por deterioro introducida por el Real Decreto-Ley 3/2016

Debido a que los deterioros de valores representativos de capital deducibles fiscalmente hasta el 1 de enero de 2013 son situaciones jurídicas ya consumadas nos enfrentamos a una retroactividad auténtica o de grado máximo ya que la disposición reformada busca vincular sus efectos a situaciones de hecho ya consumadas y que ocurrieron antes de la propia ley⁸⁷. Es decir, el Real Decreto-Ley 3/2016 aplica una retroactividad máxima en lo que respecta a la reversión de las pérdidas por deterioro contabilizadas antes de 2013. Esta retroactividad afecta directamente a derechos ya consolidados de los contribuyentes al incidir en decisiones pasadas sobre deducciones fiscales. El legislador obliga a los contribuyentes a revertir gastos que antes fueron fiscalmente deducibles, independientemente de si ha habido una reversión en el valor de las participaciones⁸⁸.

En definitiva, la medida busca vincular a esta situación pasada un nuevo efecto fiscal, no contemplado en ese momento, como lo es la reversión automática por quintas partes anuales, sin importar si ha habido o no una recuperación del valor de los fondos propios de la entidad participada. Es decir, intenta deshacer un derecho ya disfrutado por el sujeto pasivo. Esto se percibe como un impuesto retroactivo, desvinculado de la capacidad económica, o una auténtica “*expropiación legislativa ex tunc*”, que ataca la protección otorgada por el principio de seguridad jurídica⁸⁹.

Cabe destacar que existe una fuerte objeción doctrinal al gravamen de las revalorizaciones por valor razonable ya que estas constituyen plusvalías no realizadas. Gravar estas plusvalías es controvertido, ya que no se han materializado en efectivo⁹⁰. Se presentan dos argumentos centrales contra el gravamen de las rentas no realizadas: la falta de liquidez y el riesgo de que los contribuyentes se vean obligados a vender activos para pagar impuestos⁹¹.

⁸⁷ De Juan Casadevall, J. (2020). La reversión fiscal de cartera: la insoportable «levedad» de la retroactividad. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 445, 87-106. p. 96

⁸⁸ Vicente-Tutor Rodríguez, M & Quintas Bermúdez, J. (2017). Algunas consideraciones sobre la constitucionalidad de determinadas medidas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2016 en la Ley del Impuesto sobre Sociedades. *Quincena fiscal*, (22), 103-128. p. 124

⁸⁹ De Juan Casadevall, J. (2020). La reversión fiscal de cartera: la insoportable «levedad» de la retroactividad. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 445, 87-106. p. 96

⁹⁰ Báez Moreno, A. (2006). El "valor razonable" y la imposición societaria:(un apunte sobre la idoneidad fiscal de las normas internacionales de información financiera). *Nueva fiscalidad*, 10, 89-188. p. 115

⁹¹ *Ibid.* pp. 122-125

Al estar ante una retroactividad de grado máximo necesita razones de interés general que la justifiquen. Según los criterios del TC, el Real Decreto-Ley 3/2016 carece de esta justificación de interés público ya que se justifica bajo el argumento del ensanchamiento de la base imponible. Por ello, la retroactividad de la reversión de las pérdidas por deterioro sería arbitraria e inconstitucional⁹².

El régimen transitorio retroactivo genera una tensión significativa con el principio de protección de la confianza legítima y seguridad jurídica, lo cual está prohibido constitucionalmente⁹³. Como ya se ha explicado anteriormente, para determinar cuándo la retroactividad tributaria supera el límite inquebrantable de seguridad jurídica se deberá realizar un análisis detallado en función del grado de retroactividad y de las circunstancias específicas. Esta reversión automática de las pérdidas por deterioro deducibles hasta 2013 resultaba imprevisible y afectó a decisiones pasadas del contribuyente, vulnerando el principio de seguridad jurídica⁹⁴.

Además, estas medidas introducen incertidumbre al ser imprevisibles y pueden llevar a situaciones de tributación sobre ingresos ficticios. Por ejemplo, obligar a revertir el deterioro contablemente deducido, aunque no haya aumentado el valor de las participaciones. Esto viola el principio de capacidad económica al gravar situaciones económicas irreales o ficticias. En conclusión, estas medidas son inconstitucionales al no cumplir con los principios de seguridad jurídica y capacidad económica⁹⁵.

Este régimen transitorio introducido por el Real Decreto-Ley 3/2016 pueden resultar en la tributación de situaciones de ingresos irreales, lo cual viola el principio de capacidad económica establecido en el artículo 31.1 de la Constitución y el principio de no confiscatoriedad. La obligación de revertir el deterioro de las participaciones, independientemente de si estas han recuperado su valor, implica gravar ingresos que pueden ser ficticios o inexistentes desde un punto de vista contable y económico⁹⁶.

⁹² Vicente-Tutor Rodríguez, M & Quintas Bermúdez, J. (2017). Algunas consideraciones sobre la constitucionalidad de determinadas medidas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2016 en la Ley del Impuesto sobre Sociedades. *Quincena fiscal*, (22), 103-128. p. 125

⁹³ De Juan Casadevall, J. (2020). La reversión fiscal de cartera: la insoportable «levedad» de la retroactividad. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 445, 87-106. p 87

⁹⁴ Vicente-Tutor Rodríguez, M & Quintas Bermúdez, J. (2017). Algunas consideraciones sobre la constitucionalidad de determinadas medidas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2016 en la Ley del Impuesto sobre Sociedades. *Quincena fiscal*, (22), 103-128. p. 126

⁹⁵ *Ibid.* p. 127

⁹⁶ *Ibid.* p. 125

Un caso, a mi modo de ver, similar al controvertido apartado 3 de la disposición transitoria decimosexta, en cuanto a su imprevisibilidad, es el gravamen complementario de la tasa sobre el juego. Este gravamen fue introducido ex novo a mitad del periodo impositivo al que se suponía debía aplicarse, constituyendo así una reforma fiscal retroactiva y anómala y fue declarado inconstitucional por la sentencia del TC 173/1996, de 31 de octubre⁹⁷.

Así, el TC dice en el fundamento jurídico tercero de la sentencia 173/1996, de 31 de octubre⁹⁸:

“En este sentido, respecto a una norma idéntica a la que ahora enjuiciamos -la Disposición adicional sexta, 3, de la Ley 5/1983, de 29 de junio, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria-, este Tribunal llegó a la conclusión de que se acomodaba a la Constitución porque concurrían las siguientes circunstancias: tenía carácter transitorio, su aplicación se limitaba al ejercicio en que la ley se aprobaba, no podía calificarse de imprevisible y respondía a la finalidad, constitucionalmente respaldada, de una mayor justicia tributaria (STC 126/1987, fundamento jurídico 13). Como en seguida veremos, algunas de las circunstancias que concurren en el caso que ahora nos ocupa -concretamente las dos últimas- son sensiblemente diferentes y de ahí que haya de serlo también la conclusión a que llegamos”.

Las pautas establecidas por la Sentencia del TC número 173/1996, del 31 de octubre, pueden ser utilizadas como un punto de referencia para llevar a cabo un análisis de la reversión automática de las pérdidas por deterioro de valores representativos de capital recogida en el apartado 3 de la disposición transitoria decimosexta.

1- “Carácter transitorio”

La disposición cuestionada no se clasifica como una norma transitoria; es más bien una modificación retroactiva en perjuicio de una norma de derecho transitorio⁹⁹.

La estabilidad entre los cambios en la legislación y la seguridad jurídica característica una norma transitoria, que se buscaba establecer con la disposición transitoria de 2013, ha sido perturbada por la modificación retroactiva de dicha disposición aplicable a deterioros

⁹⁷ De Juan Casadevall, J. (2020). La reversión fiscal de cartera: la insoportable «levedad» de la retroactividad. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 445, 87-106. p. 96

⁹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 173/1996, de 31 de octubre, FJ 3º

⁹⁹ De Juan Casadevall, J. (2020). La reversión fiscal de cartera: la insoportable «levedad» de la retroactividad. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 445, 87-106. p. 97

anteriores a 2013, los cuales ya estaban consolidados. Esto implica revocar un beneficio que ya había sido integrado en el ámbito jurídico del contribuyente, sin considerar la evaluación de su capacidad económica. Además, el hecho de que esta reforma retroactiva afecte específicamente a una norma de derecho transitorio, cuya función es equilibrar valores contrapuestos, inevitablemente socava la confianza legítima y la seguridad jurídica que se requieren constitucionalmente¹⁰⁰.

2- “Aplicación limitada al ejercicio en el que la ley se aprueba”

La medida analizada introducida por el Real Decreto-Ley 3/2016 puede ser implementado, dependiendo de las circunstancias, durante los cinco años consecutivos en los que se establece la reversión gradual por quintas partes de un beneficio fiscal consolidado en 2013. Este beneficio o derecho fue definitivamente integrado en el patrimonio del sujeto pasivo del impuesto, y ahora se requiere su restitución¹⁰¹.

3- Finalidad constitucional de mayor justicia tributaria

Según la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 3/2016 éste responde a una necesidad de recaudación. Es decir, carece de un propósito constitucional orientado hacia una mayor justicia tributaria. Además, como ya se ha comentado anteriormente, la medida analizada se encuentra desvinculada del principio de capacidad económica, ya que la reversión fiscal de deterioros contables no refleja una realidad económica que denote una mayor capacidad contributiva, sino que se basa en una mera ficción legal¹⁰².

Sin embargo, también se puede apreciar un elemento de igualdad. En la actualidad las pérdidas por deterioro de valores representativos de capital no son deducibles en ningún caso y para ningún contribuyente, por lo que tampoco lo deberían ser para los que en su día se lo dedujeron y de ahí que se aplique con carácter retroactivo. Es decir, se puede justificar que la medida busca una igualdad para todos los contribuyentes al no permitir a ninguno la deducción del deterioro, incluyendo a aquellos que si disfrutaron de la deducción hasta el año 2013.

4- “Imprevisibilidad”

La imprevisibilidad del cambio normativo, se refiere a la falta de previsión del cambio legislativo. El Tribunal Constitucional relaciona esta imprevisibilidad con el principio de

¹⁰⁰ Ibid. pp. 97-98.

¹⁰¹ Ibid. p. 98

¹⁰² Id

confianza legítima, que se refiere a la confianza de los ciudadanos en que las situaciones derivadas de la aplicación de normas vigentes serán respetadas. Este principio, surgido en la jurisprudencia alemana, se ha convertido en un límite para la retroactividad de las leyes¹⁰³.

En definitiva, el cambio legislativo repentino, como el ocurrido en la disposición transitoria decimosexta de la LIS, es completamente imprevisible para las empresas con participaciones que habían deducido deterioros antes de 2013 y que no habían recuperado su valor. Esta imprevisibilidad rompe la confianza legítima y socava la certeza del derecho. Especialmente en el ejercicio fiscal de 2016, donde el cambio ocurre al final del período impositivo, generando una deuda tributaria inesperada al final del año.

6. Conclusiones

El análisis de las pérdidas por deterioro de valores representativos de capital muestra su compleja naturaleza y su impacto tanto en los registros contables como en el ámbito fiscal. En este trabajo, se ha explorado el tratamiento contable y fiscal de estas pérdidas, así como su evolución normativa a lo largo del tiempo, destacando las implicaciones prácticas y limitaciones asociadas.

Este trabajo buscó comprender la conceptualización de las pérdidas por deterioro, examinar los marcos contables y fiscales que las regulan, analizar críticamente su tratamiento en la práctica y evaluar las implicaciones de las modificaciones normativas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2016.

Las discrepancias entre la contabilidad y la fiscalidad, especialmente en relación con la no deducibilidad de las pérdidas por deterioro según la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades y el régimen transitorio introducido por el Real Decreto-Ley 3/2017, plantean desafíos significativos que afectan la coherencia y la transparencia del sistema. En términos de implicaciones prácticas, cabe resaltar la importancia de una mayor coherencia entre los principios contables y fiscales, así como la necesidad de revisar y ajustar las regulaciones para garantizar la transparencia y la equidad en el sistema.

¹⁰³ Ibid. p. 99

Aunque el Real Decreto-Ley 3/2016 busca fortalecer las finanzas públicas y mejorar la transparencia fiscal, su implementación y tratamiento contable plantean desafíos que requieren atención para garantizar la integridad y comprensión adecuada de los estados financieros. El tratamiento contable de la reversión automática de pérdidas por deterioros establecido por el Real Decreto-Ley 3/2016 plantea desafíos significativos. El ICAC determina que solo una quinta parte del deterioro fiscal debe ser contabilizada en el ejercicio 2016, afectando el gasto por impuesto sobre beneficios corriente. Sin embargo, no se reconoce un pasivo por impuesto diferido para la reversión pendiente en los próximos cuatro años, lo que podría subestimar las obligaciones fiscales futuras y afectar la imagen fiel de la situación financiera de la empresa.

Además, el requerimiento de proporcionar información detallada en la memoria de las cuentas anuales añade complejidad, especialmente en la explicación de la no deducibilidad de ciertos gastos y la posposición de su integración en la base imponible durante cuatro años. Esto podría dificultar la comprensión de los estados financieros por parte de los usuarios y comprometer la claridad, transparencia y comparabilidad de los mismos, así como influir en las decisiones económicas de las empresas.

Además, se cuestiona la constitucionalidad del Real Decreto-Ley 3/2013, dado que el uso del instrumento normativo del Decreto-Ley podría estar sujeto a limitaciones materiales por la legislación de urgencia, tal como lo establece el artículo 86 de la Constitución Española. Además, se señala la falta de conexión con el principio constitucional de capacidad económica y la posible vulneración del principio de seguridad jurídica.

La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 11/2024, de 18 de enero, que declara inconstitucional ciertas medidas introducidas por este decreto, resalta aún más las preocupaciones sobre su conformidad con la Constitución. Como era previsible, el ejecutivo ha tomado medidas para mitigar el impacto fiscal de la sentencia reciente. En respuesta, el Grupo Parlamentario Socialista presentó la enmienda número 196 al Proyecto de Ley por la que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía (procedente del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre). La medida que interesa en este estudio pretende incorporar al articulado la reversión, pero total y no por quintas partes, de las pérdidas por deterioros de valores representativos de capital. Otro aspecto llamativo y criticable es que esta medida tendría

efecto para los ejercicios iniciados a partir del 1 de enero de 2024 y que no hayan concluido al entrar en vigor la Ley.

El análisis detallado de la retroactividad en materia tributaria revela que la disposición del Real Decreto-Ley 3/2016 presenta una retroactividad máxima, afectando a situaciones jurídicas ya consumadas, lo que plantea serias dudas sobre su legitimidad constitucional. Se destaca especialmente la falta de justificación de interés público para esta retroactividad, así como su impacto en la seguridad jurídica y la capacidad económica de los contribuyentes.

La aplicación retroactiva de la reversión automática de las pérdidas por deterioro, en particular, se considera inconstitucional debido a su imprevisibilidad y su violación del principio de capacidad económica. Se señala que esta medida podría gravar situaciones económicas irreales o ficticias, lo que contradice los principios constitucionales fundamentales.

Un aspecto crítico de esta situación es la imprevisibilidad del cambio normativo. El Tribunal Constitucional ha relacionado esta imprevisibilidad con el principio de confianza legítima, que implica que los ciudadanos esperan que las situaciones derivadas de la aplicación de normas vigentes serán respetadas. Al afectar una norma transitoria cuyo propósito es equilibrar valores contrapuestos, la reforma inevitablemente socava la confianza legítima y la seguridad jurídica, ambos principios constitucionalmente requeridos. Los contribuyentes confían en la estabilidad de las leyes vigentes y, al introducir cambios retroactivos, se genera una incertidumbre considerable.

Por otro lado, la reforma persigue una mayor justicia tributaria al establecer que las pérdidas por deterioro de valores representativos de capital no sean deducibles para ningún contribuyente, incluyendo aquellos que se beneficiaron de dicha deducción hasta el año 2013. De este modo, se busca una igualdad en el tratamiento fiscal para todos los contribuyentes.

En conclusión, aunque la reforma busca igualar el tratamiento fiscal entre todos los contribuyentes, su carácter retroactivo y la falta de previsibilidad comprometen la confianza legítima y la seguridad jurídica. Los cambios normativos repentinos pueden causar incertidumbre y deudas inesperadas, afectando negativamente la estabilidad esperada en el sistema jurídico.

Algunas recomendaciones para estudios futuros son una evaluación más detallada de las implicaciones prácticas y económicas de las pérdidas por deterioro, así como un análisis comparativo de los enfoques regulatorios en diferentes jurisdicciones.

En conclusión, el presente trabajo ha proporcionado una visión analítica y crítica sobre el tratamiento contable y fiscal de las pérdidas por deterioro de valores representativos de capital, destacando su complejidad y su impacto en el ámbito financiero. Se ha evidenciado la necesidad de una mayor coherencia entre los principios contables y fiscales para garantizar la transparencia y la equidad en el sistema, especialmente en relación con las discrepancias entre la contabilidad y la fiscalidad. Además, la implementación del real Decreto-Ley ha planteado desafíos significativos, tanto en términos de tratamiento contable como en cuanto a su posible inconstitucionalidad, especialmente en lo que respecta a la retroactividad y su impacto en la seguridad jurídica y la capacidad económica de los contribuyentes.

7. Bibliografía

OBRAS DOCTRINALES

- Borrás Amblar, F. (2017). Modificaciones en el impuesto sobre sociedades establecidas por el Real Decreto-Ley 3/2016, de 3 de diciembre. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 407, E1-E35.
- Báez Moreno, A. (2006). El "valor razonable" y la imposición societaria:(un apunte sobre la idoneidad fiscal de las normas internacionales de información financiera). *Nueva fiscalidad*, 10, 89-188.
- Calvo Vérguez, J. (2017). A vueltas con la aplicación en el IS de la deducción en concepto de pérdidas por deterioro de los valores representativos de la participación en el capital de entidades tras la aprobación del RDL 3/2016. *Actum fiscal*, 127, 33-47.
- De Juan Casadevall, J. (2020). La reversión fiscal de cartera: la insoportable «levedad» de la retroactividad. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 445, 87-106.
- De Juan Casadevall, J. (2021). La controvertida utilización del decreto ley en materia tributaria. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 123, 13-42.

- Malvárez Pascual, L. A., y Martín Zamora, M. P. (1998). El método de determinación de la base imponible en el IS: la posible inconstitucionalidad del artículo 10.3 LIS y los problemas derivados de la remisión a las normas contables. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 24, 29-82.
- Sanz Gadea, E. (2017). El impuesto sobre sociedades en 2016. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 408, 5-44.
- Parra Ruiz, G. (2017). Análisis de las principales novedades introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de diciembre. *Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho*, 15, 247-265.
- Pérez Royo, F (Dir.), García Berro, F., Pérez Royo, I., Escribano, F., Cubero Truyo, A., y Carrasco González, F.M. (2022). *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial*. Tecnos.
- Suberbiola Garbizu, I. (2022). El tratamiento de las pérdidas por deterioro de valor de los instrumentos de patrimonio en el Impuesto sobre Sociedades. *Nueva fiscalidad*, 3, 291-314.
- Vicente-Tutor Rodríguez, M & Quintas Bermúdez, J. (2017). Algunas consideraciones sobre la constitucionalidad de determinadas medidas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2016 en la Ley del Impuesto sobre Sociedades. *Quincena fiscal*, (22), 103-128.

RECURSOS DE INTERNET

- San Valentín Naranjo, M. (2024). *La inconstitucionalidad de las modificaciones en el Impuesto sobre Sociedades adoptadas por el Real Decreto-Ley 3/2016*. Equipo Económico. Recuperado de: <https://www.equipoeconomico.com/fiscalidad-empresarial-y-patrimonial/la-inconstitucionalidad-de-las-modificaciones-en-el-impuesto-sobre-sociedades-adoptadas-por-el-real-decreto-ley-3-2016/>