

La recuperación de valor

Análisis de la **STS de 6 de mayo de 2021, rec. núm. 1208/2020**

Eduardo Sanz Gadea

Inspector de la Hacienda del Estado (jubilado)

Extracto

La Sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 6 de mayo de 2021 objeto de análisis interpreta el artículo 19.6 del texto refundido de la Ley del impuesto sobre sociedades, estableciendo que la tributación consecuente con una recuperación de valor ha de producirse en sede de la entidad vinculada que está en posesión de los elementos patrimoniales afectados, aun cuando la misma no sea residente en territorio español. En la presente colaboración se comentan los argumentos vertidos en dicha sentencia, los cuales afectan a un variado conjunto de materias, tales como la capacidad económica, el impacto de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición y el Derecho de la Unión Europea. Finalmente, se apunta el alcance de la doctrina fijada por el TS en el contexto de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

1. Supuesto de hecho

En 2001 la entidad P, residente en territorio español, adquirió la participación total sobre dos entidades residentes en Argentina, por importe de 261.075.922 euros. En los ejercicios 2001 y 2002, P practicó correcciones de valor por importe de 67.340.117,68 euros, las cuales incidieron sobre la base imponible del impuesto sobre sociedades (IS). En 2002, P aportó las acciones a una entidad filial residente en Alemania y las de esta a otra entidad residente en los Países Bajos, contabilizando una pérdida, que también incidió sobre la base imponible, por importe de 23.053.755,27 euros. Las dos eran sociedades *holdings* sin infraestructura administrativa, cuyo único activo eran las participaciones aportadas.

Nota: Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo de Investigación «Fiscalidad Empresarial (GI-19/1)» de la Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA (Plan Nacional I+D+i) (número de identificador: A-81618894-GI-19/1), del que es IP María del Carmen Cámara Barroso.

En ejercicios posteriores, las acciones de las sociedades residentes en Argentina recuperaron parcialmente su valor inicial, por importe de 7.904.000 euros (2006) y 16.931.000 euros (2007), hecho indiscutido que se deduce de la documentación contable presentada por el obligado tributario.

La regularización se practicó respecto de la entidad residente en territorio español que practicó la corrección de valor, a pesar de que las acciones objeto de la misma se hallaban en poder de una entidad vinculada. El fundamento jurídico fue el artículo 19.6 del texto refundido de la Ley del impuesto sobre sociedades (TRLIS).

La Sentencia de la Audiencia Nacional (AN) de 14 de noviembre de 2019 (rec. núm. 238/2016 –NFJ076445–) confirmó el criterio de la Administración tributaria, por cuanto

entendemos que, conforme al artículo 19.6, primer apartado, del TRLIS, la recuperación de valor cuando se transmite el elemento que ha sido objeto de corrección de valor a una entidad vinculada debe integrarse, en todo caso, en la entidad que practicó la corrección, y sufrió la pérdida. Y ese criterio de imputación se aplicará tanto si la entidad adquirente del elemento es residente en España como si no lo es. En caso contrario, la recuperación de valor se evitaría por el simple hecho de una venta intergrupo...

2. Doctrina del tribunal

El auto de admisión del recurso de casación de 9 de julio de 2020 (rec. núm. 1208/2020 –NFJ078545–) fijó la cuestión con interés casacional en

determinar, en el supuesto de transmisión de un elemento patrimonial que haya sido objeto de una corrección valorativa por deterioro, –y en consecuencia se haya dotado una provisión y deducido la misma a efectos fiscales– y, posteriormente, ese elemento patrimonial recupere su valor, dónde gravar la corrección o recuperación de la pérdida mediante los correspondientes ajustes en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, ¿en sede de la transmitente que dotó la provisión y se practicó la deducción (por la pérdida) o, en sede de la mercantil vinculada, adquirente y nuevo titular del elemento patrimonial transmitido?

La Sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 6 de mayo de 2021 (rec. núm. 1208/2020 –NFJ082204–) respondió a la cuestión delimitada por el auto de admisión, sobre la base de tres argumentos fundamentales:

Primero. Del tenor literal del artículo 19.6 del TRLIS se desprende, inequívocamente, que el efecto fiscal de la recuperación de valor ha de producirse en sede

de la entidad que sea titular de los elementos patrimoniales en el ejercicio en el que se produce aquella.

Segundo. La interpretación precedente es la que más se ajusta a los convenios para evitar la doble imposición. En el caso, el convenio hispano-alemán para eliminar la doble imposición.

Tercero. No cabe interpretar el artículo 19.6 del TRLIS a modo de norma antiabuso, de manera tal que, si la Administración tributaria aprecia la existencia de una operación fraudulenta, ha de aplicar las normas antiabuso de carácter general.

3. Comentario crítico

El deterioro, debidamente justificado a tenor de las normas contables en vigor, había venido siendo, en la legislación del IS, una partida deducible a efectos de la determinación de la base imponible. Así lo fue en el Texto Refundido de 1967 y en la Ley 61/1978. La Ley 43/1995 continuó esta tradición, si bien introdujo una norma cautelar, posteriormente recogida en el artículo 19.6 del Texto Refundido de 2004, a cuya interpretación está consagrada la sentencia del TS que se comenta. Pese a la contundencia con la que dicha sentencia se expresa, es lo cierto que las espadas estaban en alto.

Por una parte, parecía lógico integrar la recuperación de valor en la base imponible de la entidad vinculada que poseía el elemento patrimonial concernido, puesto que aquella se predica de este pero, por otra, tal solución llevaría a la frustración de la finalidad del precepto si tal entidad residía en el extranjero.

La sentencia del TS se ha decantado por la primera alternativa, casando así la sentencia de la AN. En el camino de la búsqueda de la más correcta interpretación del precepto, la sentencia del TS explora un conjunto de cuestiones y da pie a la consideración de otras conexas. Son estas:

- Desviación del precedente establecido en sentencias de la propia AN.
- La relación entre las normas contable y fiscal.
- La contraposición entre norma antiabuso y norma de imputación temporal.
- El impacto del Derecho de la Unión Europea.
- La incidencia de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.
- Las exigencias del principio de capacidad económica.
- La técnica de aplicación de una norma antiabuso de carácter general.
- El papel de la transparencia fiscal internacional.
- La cuestión en el contexto de la legislación vigente.

3.1. La desviación del precedente sentado por la propia AN

Tras exponer en el fundamento de derecho segundo los hechos y en el tercero los elementos básicos de la sentencia recurrida, que fue favorable a las pretensiones de la Administración tributaria, se abre el cuarto con una cuestión espinosa, a saber, el examen de si dicha sentencia se había apartado, arbitrariamente, del criterio de dos sentencias precedentes de la propia AN (Sentencias de 20 de diciembre de 2010 [rec. núm. 611/2007 –NFJ076953–] y de 4 de noviembre de 2010 [rec. núm. 407/2007 –NFJ041450–]). Para la sentencia del TS ese examen resultaba relevante por razones de tutela judicial efectiva y de seguridad jurídica.

Aun cuando también la propia AN había abordado este asunto, negando la desviación del precedente, el TS realizó un detenido análisis que le llevó a concluir que tal negación, simplemente,

no responde a la verdad, de manera tal que la sentencia de la AN aquí impugnada se aparta con toda evidencia de sus precedentes. La manera de hacerlo es aceptar la inverosímil e inadmisibles afirmación del acuerdo de liquidación, de que la AN se había equivocado en ambas sentencias, tesis que repite, con algo más de aseo dialéctico, el TEAC, al que sigue la sentencia de forma acrítica. Causa perplejidad y estupor que un órgano administrativo opine e interprete a su voluntad y capricho si las sentencias judiciales aciertan o no.

Sin embargo, la sentencia del TS no casa la sentencia de la AN por ese quebrantamiento del precedente, tan agriamente desvelado, sino por un conjunto de razones que, en alguna medida, se apoyan en las dos sentencias analizadas de la propia AN.

La función de complemento del ordenamiento jurídico se predica por el artículo 1.6 del Código Civil de la «doctrina que, de modo, reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley», siendo su consideración obligada para la Administración tributaria en cuanto vinculada en su actuación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 103 de la Constitución, a *la ley y al Derecho*, de manera tal que, en el caso, no existía tal sujeción, ya que los precedentes procedían de la AN, pero no del TS. Sin embargo, el principio de buena administración, enraizado en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ameritaba un análisis atento de las dos sentencias previas de la AN al que, según el TS, no hizo honor la Administración tributaria.

3.2. La relación entre las normas contable y fiscal

En el fundamento de derecho quinto.2 de la sentencia del TS que se comenta, dedicado a la doctrina jurisprudencial que se forma al respecto, se afirma, refiriéndose a lo previsto en el artículo 19.6 del TRLIS,

que esa regla es clara y no requiere una interpretación distinta de la de su propio texto, en el sentido de que la reversión, como *contrarius actus* de la depreciación del valor de los elementos patrimoniales, se imputará en el periodo impositivo en el que se haya producido dicha reversión, sea en la entidad que practicó la corrección o en otra vinculada con ella. Esto es, define el cuándo de la imputación y, de forma derivada o indirecta, el quién, coincidente con el titular de los bienes al tiempo de la reversión o recuperación.

El artículo 19.6 del TRLIS establece que:

la reversión del deterioro del valor de los elementos patrimoniales que hayan sido objeto de una corrección valorativa por deterioro se imputará en el periodo impositivo en el que se haya producido dicha reversión, sea en la entidad que practicó la corrección o en otra vinculada con ella.

Desde luego, la claridad es total en lo concerniente al periodo impositivo en el que debe integrarse la recuperación de valor en la base imponible. Ese periodo es aquel en el que se produce tal recuperación. Sin embargo, respecto del contribuyente en el que ha de realizarse la integración, el precepto referido guarda silencio. La propia sentencia así lo pone de relieve al indicar que el precepto en cuestión designa al contribuyente «de forma derivada o indirecta».

Era, por tanto, necesario adentrarse en el espíritu y finalidad de la norma para determinar el sentido de la misma. ¿Por qué la norma fiscal establece un criterio de imputación temporal distinto del que se deriva de la norma contable? La sentencia del TS no ha recorrido plenamente esta senda.

Tanto el deterioro o depreciación como la recuperación de valor o reversión son conceptos recogidos y regulados por la normativa contable contenida, básicamente, en el Código de Comercio y sus normas de desarrollo, en particular, el Plan General de Contabilidad.

La norma contable da por consolidada la pérdida, en sede de la entidad que sufrió la depreciación o deterioro, a causa del acto traslativo del elemento patrimonial, en el caso de las acciones o participaciones sobre las entidades filiales, y no exige ni permite el cómputo de un ingreso en sede de la entidad adquirente del elemento patrimonial, sea o no vinculada con la entidad transmitente. Ciertamente, si el elemento patrimonial es de aquellos que deben valorarse por el valor razonable, la entidad adquirente deberá reflejar un ingreso, pero no en concepto de recuperación de valor, por más que el efecto práctico pueda ser equivalente.

Para la norma contable el hecho de la recuperación del valor en sede de una entidad vinculada es irrelevante. Pudiera pensarse que no resulta lógica esta pasividad por cuanto las cuentas anuales no reflejarán el hecho, sin duda relevante cuando media una relación de vinculación, de la recuperación de valor. Sin embargo, las normas contables atesoran la técnica para dar una imagen fiel de lo acontecido. Se trata, bien se comprende, de las cuentas anua-

les consolidadas, las cuales reflejarán, primeramente, la pérdida de la entidad filial, que justifica normalmente el deterioro y, posteriormente, el beneficio de la entidad filial, que justifica normalmente la recuperación de valor. Así, el resultado contable consolidado refleja tanto la pérdida como el ingreso.

Esa precisa técnica no está a disposición del IS, ya que la obligación de contribuir se enraza en las cuentas anuales individuales y, si el contribuyente así lo decide y median ciertos requisitos, en unas cuentas anuales consolidadas de las que no forman parte las entidades filiales residentes en el extranjero. El artículo 19.6 del TRLIS, al igual que el vigente artículo 11.6 de la Ley 27/2014, no es sino la ortopedia que el legislador fiscal ha establecido para remediar esa carencia. Por eso ha de ordenar que la recuperación de valor se integre en la base imponible, también en el caso en que la misma se produzca en sede de una entidad vinculada.

Nótese que el mandato de integración en la base imponible cuando la recuperación de valor se produce en sede de la entidad que practicó la depreciación o deterioro es superfluo, por cuanto el cumplimiento de la norma contable determinará esa integración. El precepto cobra verdadero sentido cuando tal evento se produzca en sede de la entidad vinculada.

El artículo 10.3 del TRLIS es, al igual que el artículo 10.3 de la Ley 27/2014, la clave de bóveda de la configuración de la base imponible del IS. A su tenor, la base imponible se determinará corrigiendo el resultado contable mediante los preceptos establecidos en la propia Ley 27/2014. El artículo 19.6 del TRLIS, al igual que el artículo 11.6 de la Ley 27/2014, son preceptos que se inscriben entre esas normas destinadas a corregir el resultado contable. Pues bien, en la relación funcional que existe entre la norma contable corregida y la norma fiscal correctora se halla la respuesta a algo que, desde luego, esos preceptos no explicitan, esto es, el contribuyente en el que ha de surtir efecto la recuperación de valor.

Los dos preceptos mencionados llevan el mismo título, «Imputación temporal», esto es, establecen un momento temporal de integración de ingresos en la base imponible distinto de aquel que se deriva de la norma contable. La pregunta, entonces, es determinar en sede de cuál de las dos entidades intervinientes en la operación, esto es, la que transmitió el elemento patrimonial o la que lo adquirió, ha de producirse una imputación temporal de un ingreso regido por una norma contable que deba ser exceptuada o corregida por la norma fiscal, en el caso el artículo 19.6 del TRLIS.

En sede de la entidad que transmitió las acciones ninguna imputación contable temporal cabe, toda vez que los activos a cuyos ingresos se refiere la misma ya no están en su poder. Esos activos están en poder de la entidad vinculada. La regla contable de imputación temporal llevaría a reconocer el ingreso inherente a la recuperación de valor en el ejercicio en que tales activos fueren, eventualmente, transmitidos, excepto si hubieren de valorarse por el valor razonable, en cuyo caso la regla contable llevaría a reconocer el ingreso en el ejercicio de la recuperación de valor, coincidiendo, en este caso, en cuanto resultado práctico, las reglas contable y fiscal de imputación temporal.

La función correctora de la norma fiscal, respecto de la regla contable, solamente puede producirse en sede de la entidad vinculada adquirente del elemento patrimonial concernido, en el caso de las acciones o participaciones sobre las entidades filiales. En consecuencia, es a ella a la que va referida la regla contenida en los artículos 19.6 del TRLIS y 11.6 de la Ley 27/2014.

Así pues, la relación funcional, en orden a la determinación de la base imponible, entre las normas contable y fiscal concernidas, respalda el criterio interpretativo formulado por la sentencia del TS.

Este es, por otra parte, el criterio que se desprende de un conjunto de consultas de la Dirección General de Tributos (DGT) citadas por la entidad recurrente y recogidas en la sentencia del TS, alguna resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), igualmente citada y recogida del mismo modo, así como el que obró en el *Manual Práctico* para la declaración del IS hasta 2015, inclusive, como así lo resalta la sentencia del TS, para colegir que el cambio de criterio del manual citado se debió, precisamente, a alinear la posición de la Agencia Tributaria con la Resolución del TEAC de 2 de marzo de 2016 (RG 5079/2012 –NFJ062097–), por la que se confirmó la regularización tributaria practicada. Todo lo cual lleva al TS a concluir que:

es tan sorprendente como anómalo que la Sala de instancia se adhiera a la supuesta finalidad antielusoria del artículo 19.6 TRLIS para justificar la extensión de su ámbito de aplicación más allá del que le es propio a una norma de imputación temporal y, con ello, alterar las consecuencias derivadas de la aplicación de una disposición que, históricamente, había venido siendo interpretada por los diferentes actores jurídicos (incluyendo a la propia Administración Tributaria y al TEAC) de forma virtualmente unánime.

La interpretación que históricamente haya venido efectuando la Administración tributaria no vincula a los tribunales de justicia, pero sí genera consecuencias jurídicas al amparo del principio de confianza legítima. Así lo precisa la sentencia del TS y lo recuerda, entre otras, la del propio TS de 2 de junio de 2021 (rec. núm. 1478/2018 –NFJ084093–). En cualquier caso, la sentencia del TS aquí analizada se limita a extraer de aquel principio un reproche a la sentencia que casa.

3.3. Norma antiabuso versus norma de imputación temporal

Los hechos en presencia podrían apuntar hacia una maniobra tendente a consolidar la pérdida manifestada a través del deterioro contable, mediante la ubicación de las acciones concernidas en una entidad vinculada extranjera. Nótese que la corrección de valor se practica en el propio ejercicio en el que se adquieren las acciones o en el siguiente. ¿Respondía la depreciación o deterioro a una pérdida sufrida por las entidades participadas en el breve espacio temporal que medió entre la adquisición y el registro contable de la depreciación

o deterioro? ¿Respondía a una suerte de amortización de la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y su valor contable? ¿Qué motivo había para residenciar las participaciones adquiridas en sede de una entidad residente en Alemania cuyo único activo era, precisamente, tales participaciones? No hay en la relación de hechos contenidos en la sentencia del TS la suficiente información para dar cumplida respuesta a esas preguntas.

No obstante, la ventaja fiscal que se deriva de la operación es clara. Si las acciones permanecen en sede de la entidad que practicó la corrección valorativa, la recuperación de valor se integra en la base imponible. Pero si las acciones son transmitidas antes de la recuperación de valor tal integración no se producirá. Cuando el adquirente es un tercero nada hay que oponer a esa consolidación de la pérdida. Pero si es una entidad vinculada, los tintes son diferentes. Más todavía si la entidad vinculada no es residente en territorio español. Y aún más si lo es en una jurisdicción fiscal que exima las rentas derivadas de la transmisión de participaciones significativas. En efecto, la jurisdicción fiscal española soporta la corrección valorativa y pierde el derecho a gravar la correlativa recuperación de valor.

Seguramente, ese escenario ha planeado sobre la regularización tributaria, la cual sostuvo, como así lo aceptó la sentencia de la AN de 14 de noviembre de 2019 (rec. núm. 238/2016 –NFJ076445–), que el artículo 19.6 del TRLIS tenía una «finalidad antielusoria pues está dirigido a evitar supuestos de defectos de desimposición... Es decir, la norma establece una regla contra esas operaciones de "lavado del ingreso"».

La sentencia del TS rechaza de plano que el referido artículo pueda tener tal alcance, ya que no

cabe considerar, en absoluto, que el art. 19.6 TRLIS prevea o suponga, para todos los supuestos de hecho a los que se aplica, una norma antielusión –de serlo, tendría otra ubicación sistemática y otro designio diferente al de la imputación temporal–. El artículo citado no prevé, de forma necesaria, una situación de fraude o elusión fiscal, dado su tenor literal.

El TS da un paso más, adentrándose en los motivos que haya podido tener la Administración tributaria, advirtiendo que:

como la adquirente es alemana y, además, está vinculada, se niega valor y eficacia a la pérdida contable, por lo que el efecto práctico a que llega la sentencia es que debe presumirse el fraude, esto es, la inexistencia de pérdida real y, con ello, el lavado de ingreso, en la jerga de la AEAT... Ahora bien, si la sociedad vinculada, adquirente de los activos cuyo valor se ha recuperado fuera residente española, no habría problema para la Administración y para la sentencia, que en este asunto van de la mano, en imputarle la reversión, que es el designio inexorable de la regularización.

La finalidad del artículo 19.6 del TRLIS es integrar en la base imponible, con carácter positivo, el importe de la recuperación de valor asociada a una depreciación o dete-

rioro anteriormente integrado, con carácter negativo, en la base imponible. La finalidad de la norma se cumpliría integrando la recuperación de valor en la base imponible de la entidad que computó, previamente, la depreciación o deterioro. Sin embargo, la literatura del artículo 19.6 del TRLIS, inmersa en el contexto de las relaciones entre las normas contables y las normas fiscales concernientes a la determinación de la base imponible, sirve deficientemente a su finalidad. Finalidad preñada de legitimidad, por cuanto, en definitiva, se trata de mantener el equilibrio entre depreciación o deterioro y recuperación de valor o reversión.

Podría decirse que la Inspección Tributaria, el TEAC y la AN se aferran a la finalidad del artículo 19.6 del TRLIS, en tanto que el TS lo hace a su literatura, como anteriormente lo hicieron las consultas de la DGT.

La *jerga de la AEAT* pudiera dar la impresión de que está dando al artículo 19.6 del TRLIS la finalidad propia de una norma antielusión, lo que lleva al rechazo frontal por parte del TS. Ahora bien, lo relevante no es la etiqueta que pueda darse a la norma en atención a su función, sino el espíritu que la anima y la finalidad que persigue. El artículo 19.6 del TRLIS no tiene por finalidad frustrar maniobras fraudulentas, como bien afirma la sentencia del TS, sino mantener el equilibrio entre depreciación o deterioro y recuperación de valor o reversión. La restauración de ese equilibrio podrá afectar, o no, a maniobras fraudulentas.

El esfuerzo interpretativo en torno al tantas veces citado precepto no habría de recaer en la dialéctica entre norma antifraude y norma de imputación temporal, sino en la tensión entre la finalidad de la norma y su literatura.

El TS llega a una conclusión que es correcta desde el punto de vista de la literatura de la norma, pero lo hace mediante un razonamiento, esto es, la contraposición entre norma antifraude y norma de imputación temporal, que le lleva a hacer algunas afirmaciones discutibles. Así, no parece correcto sostener que la regularización haya presumido la inexistencia de una pérdida real. Por el contrario, la regularización asume la existencia de una depreciación o deterioro reales y también de una recuperación de valor real, cuya integración en la base imponible procedería, no para evitar un fraude, sino para mantener el equilibrio aludido. Como bien dice la sentencia del Alto Tribunal, el «designio inexorable de la regularización» es imputar la recuperación de valor, pero de ello no ha de seguirse que persiga evitar un fraude sino dar cumplimiento a la finalidad del artículo 19.6 del TRLIS.

Hubiera bastado al TS con razonar que la recuperación de valor está referida a un elemento patrimonial y que, por tanto, ha de integrarse en la base imponible de la entidad que está en poder del mismo en el ejercicio en el que aquella se produce, de manera tal que, aun cuando no se lograra la función restauradora del equilibrio cuando la entidad adquirente es no residente en territorio español, habría de aceptarse tal deficiencia en méritos a la función del artículo 19.6 del TRLIS en el sistema de determinación de la base imponible mediante correcciones al resultado contable.

3.4. El impacto del Derecho de la Unión Europea

A lo largo de la sentencia se contienen ciertas advertencias en relación con el Derecho de la Unión Europea, con las que el TS pretende apuntalar su criterio interpretativo.

Las ya muy numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) relativas a la imposición directa, respecto de la cual la Unión Europea carece de competencias específicas, han venido subrayando que los Estados miembros son libres de regular esta materia como estimen pertinente, pero que deben hacerlo respetando las previsiones del Derecho de la Unión Europea, básicamente en relación con las libertades y el principio de no discriminación. Bajo tal planteamiento, el TJUE ha venido apreciando, principalmente resolviendo cuestiones prejudiciales, una restricción a la libertad concernida o una infracción del principio de no discriminación cuando la situación transfronteriza reciba un trato peor respecto de la situación interna comparable que, sin embargo, podrían estar justificadas bajo la concurrencia de alguna de las causas acuñadas por el propio TJUE y siempre que mediare la debida adecuación y proporcionalidad.

La sentencia del TS que se comenta observa que la interpretación del artículo 19.6 del TRLIS mantenida por la sentencia de la AN

permite que sea tratada de forma desfavorable o peor una compañía alemana –en los precedentes, holandesa–, que una española, por ser vinculada aquella, con infracción manifiesta del Derecho de la Unión, como ya hemos dicho, aunque no para esa concreta situación.

¿Recibe un peor trato la recuperación de valor cuando la misma acaece en una entidad vinculada no residente, respecto a aquel que se dispensa cuando tiene lugar en una entidad vinculada residente? El trato, en la tesis de la AN, sería idéntico, ya que consistiría en la integración de la recuperación de valor en la base imponible de la entidad transmitente de la participación.

¿Existiría un peor trato si, en caso de que la recuperación de valor se produjera en sede de una entidad vinculada residente, la integración se practicara en la base imponible de esta, en tanto que si se produjera en una entidad no residente tal integración se practicara en la base imponible de la entidad transmitente? El trato sería, igualmente, idéntico, en términos abstractos, supuesto que las dos entidades tributasen al tipo general de gravamen, cual es el caso más frecuente.

No parece, por tanto, que haya lugar para el caso de restricción o discriminación en la tesis mantenida por la AN. Más todavía, si eventualmente pudiera sostenerse en algún caso concreto la existencia de restricción o discriminación, es muy posible que operase la causa de justificación de la coherencia del sistema tributario o aquella otra del reparto equilibrado de los ingresos fiscales.

Nació la primera causa de justificación en *Bachman* (Sentencia del TJUE de 28 de enero de 1992, asunto C-204/90 –NFJ066700–). A su tenor, podía negarse una ventaja fiscal, bajo la forma de gasto fiscal, si el futuro correlativo ingreso fiscal no pudiera ser gravado por quedar el hecho determinante del mismo fuera de la competencia de la jurisdicción fiscal afectada. En suma, se protege el equilibrio entre el gasto y el ingreso, en relación con la integración de los mismos en la base imponible. Es fácil colegir que esta causa de justificación podría amparar el gravamen del ingreso derivado de la recuperación de valor en sede de la entidad que registró el deterioro, porque tras esta figura tributaria late, igualmente, el mantenimiento del equilibrio entre el ingreso y el gasto, en relación con su integración en la base imponible.

Nació la segunda causa de justificación en *Marks & Spencer* (Sentencia del TJUE de 13 de diciembre de 2005, asunto C-446/03 –NFJ021162–). En su virtud, el TJUE ha venido sosteniendo la justificación de todas aquellas medidas fiscales que están destinadas a preservar la tributación de las rentas generadas en la jurisdicción fiscal concernida. Pues bien, la tributación de la recuperación de valor en sede de la entidad que computó la pérdida puede ser entendida como destinada a proteger la tributación de las rentas generadas en la jurisdicción fiscal española, habida cuenta de que las pérdidas previamente computadas neutralizaron tal tributación.

Late en las dos sentencias del TJUE mencionadas una idea de equilibrio protectora de la correcta distribución de los ingresos fiscales entre las jurisdicciones fiscales. Ahora bien, esa misma idea de equilibrio es la que anima la sentencia de la AN.

En suma, no parece que el Derecho de la Unión Europea pueda oponerse a una interpretación del artículo 19.6 del TRLIS que sitúe la tributación de la recuperación de valor en sede de la entidad residente que transmitió la participación.

3.5. El impacto de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición

La sentencia del TS dedica especial atención a lo que denomina el «Problema de la invasión en la soberanía fiscal de Alemania».

Puesto que las acciones respecto de las que se practicó la corrección de valor eran propiedad de una entidad residente en Alemania, todas las rentas derivadas de las mismas, en particular las que, eventualmente, correspondieran a su transmisión serían gravadas por la jurisdicción fiscal alemana. La jurisdicción fiscal española carece de punto de conexión respecto de una plusvalía generada por las acciones de una entidad residente en Argentina propiedad de una entidad residente en Alemania.

Ahora bien, esa hipotética plusvalía reflejaría, en parte o en todo, la recuperación de valor. En efecto, tal plusvalía sería la diferencia entre el valor de transmisión de la participa-

ción y su valor de adquisición, el cual, a su vez, coincidiría con la diferencia entre el valor de adquisición de la participación a terceros por parte de la entidad residente en territorio español y los importes de la corrección de valor y de la pérdida habida en la aportación.

La integración de la recuperación de valor en la base imponible de la entidad residente en territorio español implicaría, por tanto, una suerte de exceso por parte de la jurisdicción fiscal española si el artículo 19.6 del TRLIS se interpretase en el sentido de integrar la recuperación de valor en sede de la entidad residente en territorio español, al tiempo que crea un supuesto de doble imposición.

La sentencia del TS reprocha a la sentencia de la AN que:

permite que la autoridad fiscal española invada la soberanía fiscal del Estado de residencia del titular (directa o indirectamente) de las participaciones –ambos, Estados miembros de la Unión Europea–, en contra de lo previsto en el CDI, que tiene cierta naturaleza bilateral y contractual, como modalidad de los tratados internacionales que es, fuente jurídica interna en el sentido del artículo del artículo 96 CE, por lo que el reparto de competencias tributarias para gravar determinadas rentas no puede alterarse unilateralmente por uno de los Estados que los suscriben, sin seguir el procedimiento establecido.

El reproche no carece de fundamento, por cuanto la integración de la recuperación de valor en la base imponible de la entidad residente en territorio español puede ser vista como un sucedáneo de la tributación de la plusvalía derivada de la eventual transmisión de la participación, cuya tributación es competencia de la jurisdicción fiscal alemana.

Supóngase que la entidad residente en territorio español hubiere transmitido las acciones a su entidad filial residente en Alemania, observando la regla del precio de mercado, registrando, por tanto, una pérdida equivalente a la de la corrección de valor. En caso de recuperación de valor, la ulterior transmisión de esas acciones determinaría una plusvalía para la entidad vinculada residente en Alemania en cuya cuantía ha tenido impacto tal pérdida, en cuanto determinante del precio de adquisición, incluso pudiendo suceder que el importe de la plusvalía fuera equivalente al de la pérdida. ¿Podría reclamar la jurisdicción fiscal española la integración en la base imponible de la entidad residente que sufrió la pérdida, de la porción de plusvalía inherente al impacto de la pérdida sobre el precio de adquisición? Desde luego que no, por cuanto tal renta es ajena al hecho imponible realizado por la entidad residente en territorio español, conclusión que hace innecesario apelar al convenio hispano-alemán para evitar la doble imposición.

Por otra parte, en este convenio, como en todos los inspirados en el Modelo de Convenio de la OCDE, la plusvalía relativa a bienes muebles se reserva al país de la residencia del transmitente, en el caso, Alemania.

Los razonamientos precedentes, extendidos al artículo 19.6 del TRLIS, vetarían la integración de la recuperación de valor en la base imponible de la entidad que registró la depreciación o deterioro.

En fin, es patente que la integración de la recuperación de valor en la base imponible de la entidad que registró la depreciación o deterioro determinaría un supuesto potencial de doble imposición.

Por todo ello, la sentencia del TS ha podido indicar que:

el criterio de la Audiencia Nacional puede generar, aplicado indiscriminadamente, una doble imposición prohibida por los Convenios y dar lugar a graves distorsiones a la competencia fiscal territorial; situaciones ambas que no están amparadas por nuestro ordenamiento jurídico y resultan contrarias a la finalidad de la norma.

Cuestión distinta es que este argumento, en sí mismo correcto, deba tener una influencia decisiva en relación con la interpretación del artículo 19.6 del TRLIS, por más que deba reconocerse que la generación de un supuesto de doble imposición sería contrario al espíritu y finalidad del convenio bilateral concernido que, por tanto, vendría a impedir la aplicación del artículo 19.6 del TRLIS, en la forma propugnada por la Administración tributaria y admitida por la AN.

3.6. Las exigencias del principio de capacidad económica

La sentencia del TS afirma que «la tesis de la Administración, a que se adscribe la Sala enjuiciadora, llevaría a regularizar al transmitente cuando ya no es titular de los bienes revertidos, lo que afectaría a su capacidad económica».

El indicador de capacidad económica en el IS es la obtención de renta. La recuperación de valor se produce respecto de unos elementos patrimoniales, en el caso las acciones o participaciones, que ya no son propiedad de la entidad que practicó la corrección de valor. Desde esta perspectiva, sí parece que la integración de la recuperación de valor en la base imponible de esa entidad podría perturbar su capacidad económica.

Sin embargo, aquellas acciones o participaciones son propiedad de una entidad que, a su vez, es propiedad, directa o indirecta, de la entidad que sufrió y registró la corrección de valor, de manera tal que el cordón umbilical con el elemento patrimonial determinante de tal corrección y de la posterior recuperación de valor, está presente.

La sentencia del TS se hace eco de tal realidad indicando que «podría redargüirse en contrario que la operación, en este caso, no sale del perímetro de la recurrente, al residenciarse en una entidad vinculada». Sin embargo, la sentencia del Alto Tribunal concluye, adversativamente, que «esa no es la única hipótesis prevista en la norma». ¿Qué otra hipótesis

contempla la norma? No se advierte cuál pueda ser, ya que, en efecto, el presupuesto de aplicación de la norma es que la recuperación de valor a integrar en la base imponible ha de producirse constante la relación de vinculación.

La integración en la base imponible de la entidad que registró la corrección de valor del importe de la posterior recuperación de valor, cuando esta se ha producido en sede de una entidad vinculada, podrá ser rechazada con base en una interpretación del artículo 19.6 del TRLIS como la apuntada anteriormente, pero carece de apoyo en evitar una infracción del principio de capacidad económica.

3.7. La aplicación de una norma antiabuso de carácter general

En varios pasajes de la sentencia se alude a la posibilidad de la regularización bajo el amparo de una norma antiabuso de carácter general, en el bien entendido que, para ello, la Administración tributaria debe apreciar «visos concretos y precisos de fraude o evasión fiscal» y el contribuyente tener la oportunidad «de alegar y acreditar lo que considere, expresando razones o motivos válidos en derecho sobre la procedencia de sus operaciones y actos bajo el principio general de libertad».

Es probable que, tras la observación precedente, esté la intuición de que los hechos en presencia podrían albergar una maniobra tendente a residenciar en una entidad residente en territorio español una pérdida de dudosa consistencia y eludir su neutralización mediante la ubicación de las acciones en una entidad no residente en territorio español. La secuencia temporal de los hitos de adquisición de las acciones, registro de la corrección y recuperación de valor tal vez hubieran debido ameritar un análisis bajo los auspicios del artículo 15 de la Ley General Tributaria (LGT). Ese sería, en su caso, el cauce procedimental correcto, sin que, enfatiza la sentencia del TS, quepa

forzar artificiosamente el sentido y finalidad de una norma de imputación temporal para convertirla en una disposición antiabuso genérica, cambiando su interpretación para imputar un rendimiento o ganancia –el derivado de la reversión– a la entidad radicada en España, solo para mantener o retener la posibilidad de gravamen.

Una vez que la doctrina administrativa, manifestada en las consultas de la DGT, había entendido que la recuperación de valor debía surtir efecto en sede de la entidad que poseía el elemento patrimonial, aun cuando en las mismas no se hubiere planteado el caso en que tal entidad residiera en un país o territorio extranjero, no parece que una interpretación literal y sistemática del artículo 19.6 del TRLIS permitiera entender que, en ese supuesto, la integración de la recuperación de valor hubiera de producirse en sede de la entidad residente que transmitió la participación. La inspección tributaria, por tanto, hubiera debido estar a la interpretación propuesta por la doctrina administrativa, de acuerdo con lo establecido en el artículo 89.1 de la LGT, a cuyo tenor:

los órganos de la Administración tributaria encargados de la aplicación de los tributos deberán aplicar los criterios contenidos en las consultas tributarias escritas a cualquier obligado, siempre que exista identidad entre los hechos y circunstancias de dicho obligado y los que se incluyan en la contestación a la consulta.

Dicho esto, si los hechos probados hubieran podido ser subsumidos en las previsiones del artículo 15.1 de la LGT, la eliminación de la ventaja fiscal buscada motivaría una regularización consistente en la integración del importe de la recuperación de valor en la base imponible de la entidad que transmitió las acciones o participaciones, de manera tal que la norma defraudada vendría a ser el propio artículo 19.6 del TRLIS y la cobertura vendría dada por la norma jurídico-privada que amparó la transmisión de las acciones a la entidad vinculada no residente.

3.8. La transparencia fiscal internacional

Puesto que la recuperación de valor se produjo en sede de una entidad residente en el extranjero controlada, indirectamente, por un contribuyente del IS, ha de examinarse si esa renta hubiera podido ser capturada a través de las normas sobre transparencia fiscal internacional, recogidas en los artículos 107 del TRLIS y 100 de la Ley 27/2014.

La entidad residente en Alemania estaba controlada, indirectamente, por una entidad contribuyente del IS, de manera tal que concurría el requisito del artículo 107.1 a) del TRLIS y si la recuperación de valor no se hubiere integrado en la base imponible de aquella, se daría el requisito de tributación privilegiada de la letra b) del referido artículo. Así pues, los requisitos objetivos de aplicación de la transparencia fiscal internacional concurren, debiendo examinarse si la renta representada por la recuperación de valor está tipificada entre las susceptibles de inclusión.

El artículo 107.2 b) del TRLIS tipifica como renta susceptible de inclusión la derivada de la «participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad y cesión a terceros de capitales propios». En términos del IS, la recuperación de valor es un ingreso que procede de la participación en los fondos propios. Sin embargo, el referido precepto remite al concepto de rendimiento del impuesto sobre la renta de las personas físicas, el cual no comprende a la recuperación de valor.

El artículo 107.2 d) del TRLIS tipifica como renta susceptible de inclusión «la transmisión de los bienes y derechos» representativos de los fondos propios. La recuperación de valor surte el efecto propio de una transmisión, en cuanto determina un ingreso. Sin embargo, no es, propiamente, una renta derivada de una transmisión.

En consecuencia, la transparencia fiscal internacional no sería el cauce que pudiera restaurar el equilibrio entre deterioro o depreciación y recuperación de valor o reversión.

3.9. La cuestión vista desde la legislación vigente

El artículo 11.6 de la Ley 27/2014 establece que:

la reversión de un deterioro o corrección de valor que haya sido fiscalmente deducible, se imputará en la base imponible del periodo impositivo en el que se haya producido dicha reversión, sea en la entidad que practicó la corrección o en otra vinculada con ella. La misma regla se aplicará en el supuesto de pérdidas derivadas de la transmisión de elementos patrimoniales que hubieren sido nuevamente adquiridos.

Se trata, bien se ve, de un texto de todo punto similar al previsto en el artículo 19.6 del TRLIS. Por tanto, la doctrina que el TS ha establecido es también válida respecto del artículo 11.6 de la Ley 27/2014.

Pudiera entenderse, por tanto, que el portillo abierto a la ruptura del equilibrio entre la pérdida inherente al deterioro y el ingreso correspondiente a la recuperación de valor hubiera quedado definitivamente consolidado. Bastaría con situar el elemento patrimonial en sede de una entidad vinculada residente en el extranjero. Ciertamente, ese portillo podría ser obturado, caso a caso, mediante la aplicación, siempre de resultados inciertos, de una norma antiabuso de carácter general.

Sin embargo, el contexto normativo del artículo 11.6 de la Ley 27/2014 es muy diferente del que rodeaba al artículo 19.6 del TRLIS. Véanse las líneas maestras de este contexto, referidas a las acciones o participaciones:

- Deterioro de la participación. No es deducible el relativo a valores cuyas rentas estén amparadas por la exención del artículo 21 de la Ley 27/2014 (art. 15 k) de la Ley 27/2014). El relativo a participaciones cuyas rentas no estén amparadas por la exención tampoco es deducible, pero será tomado en consideración para determinar la renta gravable con ocasión de su transmisión (art. 13.2.1.º de la Ley 27/2014).
- Pérdida habida en la transmisión. No es computable la relativa a participaciones cuyas rentas estén amparadas por la exención del artículo 21 de la Ley 27/2014 (art. 21.6 a) de la Ley 27/2014). La relativa a otras participaciones será computable, pero cuando se hubiere producido en una transmisión interna, en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, lo será con ocasión de su transmisión a terceros o del abandono del grupo mercantil por parte de la entidad que adquirió la participación (art. 11.10 de la Ley 27/2014).

Adicionalmente, tratándose de la participación sobre una entidad no residente en territorio español que tribute a un tipo nominal de gravamen inferior al 10 %, tanto el deterioro como la pérdida habida en la transmisión no serán computables.

Bien se comprende que ese contexto normativo ha venido a restringir notablemente el campo de las maniobras que, eventualmente, pudieran tejerse para computar un deterioro e impedir la integración en la base imponible de la correlativa recuperación de valor.

Tal contexto normativo no ha sido establecido, obviamente, para evitar las posibles elusiones fiscales perpetradas mediante la ubicación de las acciones o participaciones deterioradas en sede de entidades vinculadas residentes en el extranjero. Responde a un designio de política fiscal consistente en cortar todo cordón umbilical entre las entidades matrices y sus entidades filiales. Así, los dividendos y plusvalías derivadas de la transmisión de la participación no se computarán, pero tampoco lo serán las pérdidas por deterioro o transmisión.

Desde esta perspectiva, el desasosiego que hubiere podido generar en algunas instancias administrativas la sentencia del TS que se comenta que, no se olvide, está en línea con las consultas emanadas de la DGT, ha debido encontrar un notable alivio.

3.10. Conclusiones

La sentencia del TS ha establecido una interpretación del artículo 19.6 del TRLIS, extensible al artículo 11.6 de la Ley 27/2014, fundamentada en la literalidad del precepto, que armoniza bien con la relación entre las normas contables y fiscales, relativas a la determinación de la base imponible. Tal interpretación, sin embargo, puede privar de efecto útil a dichos artículos cuando el elemento patrimonial deteriorado se ubique en una entidad vinculada residente en el extranjero. La sentencia de la AN ha pretendido proteger ese efecto útil. La sentencia del TS ha sido sensible a esa protección, pero solo en el contexto de la concurrencia de indicios fraudulentos y mediante la aplicación de una norma antiabuso de carácter general.

En fin, el contexto normativo de la Ley 27/2014 ha rebajado notablemente las tensiones derivadas del encuadre de los deterioros y de las recuperaciones de valor, respecto de la determinación de la base imponible, en cuanto referidos a elementos patrimoniales que sean acciones y participaciones.