

NOTA Nº 6/10

ASUNTO: DEDUCCIONES POR DOBLE IMPOSICIÓN EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 Y 24 DE MAYO DE 2010.

1. Introducción.

Esta Subdirección General ha tenido conocimiento de las sentencias del Tribunal Supremo de fechas de 20 y 24 de mayo de 2010, por las que se confirman las sentencias de la Audiencia Nacional, de fechas de 10 de marzo de 2005 y 13 de noviembre de 2008, que versaban sobre la base de la deducción por doble imposición de dividendos en los supuestos contemplados en el apartado 3 del artículo 28 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (actualmente artículo 30.3 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades).

El artículo 28 de la LIS, en su apartado 3, disponía lo siguiente:

“3. La deducción también se aplicará en los supuestos de liquidación de sociedades, separación de socios, adquisición de acciones o participaciones propias para su amortización y disolución sin liquidación en las operaciones de fusión, escisión total o cesión global del activo y pasivo, respecto de las rentas computadas derivadas de dichas operaciones, en la parte que corresponda a los beneficios no distribuidos, incluso los que hubieran sido incorporados al capital, y a la renta que la sociedad que realiza las operaciones a que se refiere el párrafo anterior deba integrar en la base imponible de acuerdo con lo establecido en el artículo 15.3 de esta Ley”.

2. Sobre la aplicación del precepto al supuesto de adquisición de acciones o participaciones propias para su amortización.

El supuesto concreto que es analizado en las sentencias citadas es el de adquisición de acciones o participaciones propias para su amortización.

Cuando una entidad adquiere sus propias acciones o participaciones sociales para su amortización, en ejecución de un acuerdo de reducción del capital social, puede suceder que, dependiendo del precio por el que se realice la transmisión, los socios que transmiten dichas acciones o participaciones a la sociedad, reciban una cantidad superior al capital aportado; es decir, en estos casos puede suceder que los socios reciban, además del capital aportado, la totalidad o parte de las reservas (beneficios no distribuidos), que se hayan ido generado en la entidad a lo largo del tiempo, reservas que, lógicamente, habrán soportado el oportuno Impuesto sobre Sociedades, en el momento de la obtención de los correspondientes beneficios por la entidad. Estas reservas, recibidas por los socios, se integrarán, nuevamente, en la base imponible de su Impuesto sobre Sociedades, en el momento de la transmisión de las acciones o participaciones sociales a la entidad, ya que la renta que éstos obtienen, como consecuencia de tal transmisión, se determina mediante la diferencia entre el precio de venta y el precio de compra de las acciones o participaciones transmitidas.

En definitiva, los beneficios obtenidos por la entidad que reduce su capital mediante la compra y amortización de sus propias acciones o participaciones sociales se integran dos veces en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades: una, en sede de dicha entidad, cuando la misma, en el desarrollo de su actividad, obtiene los mencionados beneficios; otra, en sede de los citados socios, en el momento de la transmisión a la entidad de sus acciones o participaciones.

Pues bien, para evitar que se produzca esta situación de exceso de imposición, el artículo 28.3 de la LIS permite a tales socios practicar una deducción, en la cuota de su Impuesto sobre Sociedades, para evitar la doble imposición interna, respecto de la renta computada, derivada de la operación de transmisión de acciones o participaciones, en la parte que se corresponda con los beneficios no distribuidos de la entidad (incluidos los que se hubiesen incorporado al capital), siempre que la entidad participada sea residente en territorio español. La deducción se practica en el grado del 100% (deducción plena, que elimina la doble imposición en su integridad) cuando el porcentaje de participación, directo o indirecto, del socio en la entidad es igual o superior al 5%, siempre que dicho porcentaje se haya mantenido de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que se produzca la transmisión de las acciones o participaciones sociales. En caso contrario, la deducción opera en el grado del 50% (deducción limitada, que elimina parcialmente la doble imposición).

El problema se plantea en aquellos casos en los que el sujeto pasivo que transmite para su amortización unas acciones de las que es titular, a su vez, ha satisfecho por las mismas un precio que incorpore total o parcialmente las reservas de la sociedad participada, de tal forma que la amortización no da lugar a renta alguna o en una cantidad inferior a dichas reservas.

La doctrina reiterada emanada de la Dirección General de Tributos (en este sentido pueden citarse, a título de ejemplo, las contestaciones a consulta tributaria de fecha de 22 de julio de 1999, nº 1325/1999 y, más recientemente, de fecha de 15 de septiembre de 2004, nº 1695-04) había señalado que “la sociedad que transmite su participación a la sociedad para su amortización podrá aplicar en su cuota íntegra una deducción para evitar la doble imposición interna tomando como base de la deducción la renta generada en la transmisión o bien, de ser inferior, los beneficios no distribuidos de la sociedad participada que aplique en la reducción del capital” o, para un supuesto de liquidación que “A

tenor de lo dispuesto en este precepto, en los supuestos de liquidación de sociedades tan solo podrán practicar la correspondiente deducción por doble imposición interna los socios de la entidad disuelta que hayan incluido en su base imponible alguna renta como consecuencia de la realización de dicha operación, en la medida en que dicha renta se corresponda con beneficios no distribuidos hasta ese momento por la entidad disuelta o con las plusvalías tácitas incorporadas a sus activos que hace tributar el apartado 3 del artículo 15 del TRIS. En el caso consultado no concurre esta circunstancia, ya que la liquidación de la entidad B no le genera a su socio, la entidad A, ninguna renta computable, al coincidir, según se indica en el escrito de consulta, el valor de adquisición de las participaciones de la entidad disuelta que se anulan y el valor normal de mercado del activo recibido en pago de la cuota de liquidación, por lo que la entidad A no podrá aplicar la deducción por doble imposición interna prevista en el apartado 3 del artículo 30 del TRIS”.

Es decir, la doctrina administrativa se decantó por una interpretación literal del precepto, en la que la renta obtenida por el sujeto pasivo que transmite los títulos para su amortización opera como límite a la práctica de la deducción.

Ahora bien, no podemos dejar de reconocer que el artículo 28 de la LIS (actualmente artículo 30), y en general el sistema previsto por la citada Ley para la corrección de la doble imposición interna, presenta ciertas disfunciones, algunas de las cuales pueden dar lugar a situaciones de doble imposición.

Esta doble imposición puede producirse, por ejemplo, cuando una sociedad adquiere los títulos de otra (llamaremos a la primera nuevo socio y a la segunda antiguo socio) por un valor equivalente a sus fondos propios, de tal forma que el precio satisfecho por los mismos recoge la cifra de capital más la parte proporcional de reservas. Si acto seguido tiene lugar una adquisición de acciones propias para su amortización, suponiendo, por simplificar, que las acciones

propias son adquiridas también a valor teórico, el nuevo socio no computará rentas en su base imponible. En estas circunstancias tendremos que las reservas aplicadas a la amortización de los títulos habrán tributado primero en la sociedad que generó los beneficios. Si a esta tributación se añade la que soportó el antiguo socio en la transmisión de los títulos, estaremos en presencia de un supuesto de doble imposición que no va a ser objeto de corrección si se atiende al literal del precepto.

Así pues, sería una interpretación finalista de la norma la que permitiría aceptar la práctica de la deducción por las reservas aplicadas a la reducción de capital en la medida en que éstas hayan tributado en sede del titular originario de la participación en forma de renta generada en la transmisión.

Sin embargo, el requisito de tributación previa de la renta obtenida en la transmisión por su antiguo socio no puede darse por supuesta. Efectivamente, dependiendo de la condición o circunstancias concretas del antiguo socio transmitente, puede resultar que, en supuestos como los que se analiza, no se haya producido doble imposición alguna, o que ésta ya haya sido corregida antes de la posterior transmisión para amortización de los títulos. Como ejemplo de lo primero, tendríamos aquel caso en el que el antiguo socio hubiera aplicado los coeficientes de abatimiento de la disposición transitoria novena de la Ley 40/1998, o bien que tenga la condición de no residente, de tal modo que la renta generada en la transmisión hubiera quedado no sujeta. En este caso, no habría más que una renta gravada, la obtenida por la sociedad que amortiza sus títulos, de tal modo que la aplicación de la deducción por doble imposición respecto de las reservas aplicadas supone dejar la tributación de éstas sin efecto, lo que generará un supuesto de desimposición. En otros casos, la doble imposición que pudiera generarse ha podido ser corregida anteriormente. Así, por ejemplo, cuando el antiguo socio fuera una persona jurídica que cumpliera con los requisitos establecidos en el apartado 5 del artículo 28 de la LIS (30.5 en la actual

numeración). En estas circunstancias el transmitente, que habrá obtenido una renta derivada de la transmisión, habrá aplicado la deducción sobre las reservas generadas durante el período de tenencia de su participación, de modo que se habrá neutralizado la doble imposición. Si luego permitimos que el nuevo accionista vuelva a aplicar la deducción sobre las mismas reservas, nuevamente, se producirá un supuesto de desimposición.

Veamos un sencillo ejemplo:

Dos socios A y B constituyen una sociedad C aportando cada uno de ellos el 50% de un capital total de 1.000 u.m.. En un momento posterior los fondos propios crecen hasta 2.000 u.m., al haberse generado 1.000 u.m. de reservas. Acto seguido el socio A vende sus acciones a la sociedad D por 1.000 u.m. (valor de los fondos propios). La sociedad C amortiza los títulos que posee D entregando 1.000 u.m. de tesorería y reduciendo capital por 500 u.m. y reservas por otras 500 u.m..

El socio que ve amortizados sus títulos no obtiene renta alguna, al haber satisfecho un precio equivalente a los fondos propios. Por consiguiente, de acuerdo con el literal del precepto, D no tendría derecho a la deducción por doble imposición.

Ahora bien, la posible existencia de doble imposición (las que han sufrido los beneficios obtenidos por la entidad C y la que ha podido sufrir la renta obtenida en la transmisión de los títulos por parte de A) va a depender de las normas tributarias que en cada caso resulten aplicables.

Si A fue una persona jurídica, cumpliendo el requisito de antigüedad, habrá podido aplicar la deducción por doble imposición de plusvalías previstas en el artículo 28.5 de la LIS (actualmente artículo 30.5) de tal forma que la renta no

habrá quedado gravada ni se producirá doble imposición alguna¹. Igualmente, si A hubiera sido una persona física cuya renta hubiera podido quedar no sujeta por aplicación de los coeficientes de la Ley de renta, no se manifestará doble imposición.

En estos casos, reconocer a la entidad D una deducción por doble imposición, que podrá aprovechar para reducir la tributación de otras rentas, además de no cumplir con el literal del artículo dará lugar a un resultado de desimposición claramente contrario al espíritu y finalidad de la norma.

Obsérvese que el supuesto que venimos analizando es similar al contemplado en el apartado 4, letra e) del artículo 28 de la LIS (actualmente artículo 30), para los casos en los que el reparto de un dividendo no determine renta integrable en base imponible o produzca un deterioro de la participación (lo que sucedería si el adquirente de los valores hubiera pagado por los beneficios repartidos, esto es, estuvieran incorporados al precio de adquisición de la participación), para el cual el legislador ha previsto que la deducción sólo será posible en la medida en que el sujeto pasivo acredite una tributación equivalente en un titular anterior de la participación.

3. Sobre el criterio sentado en las Sentencias del Tribunal Supremo.

¹ Es posible que sea este el escenario en el que estaba pensando el legislador cuando redactó el precepto legal. Téngase en cuenta que con la redacción original del artículo 28 de la Ley 43/1995, en la que el transmitente de la participación no tenía derecho a la deducción por doble imposición de plusvalías de fuente interna que luego se incorporó como apartado 5 la corrección operaba siempre en el socio que percibía los dividendos o realizaba alguna de las operaciones a que se refería el apartado 3, previendo el artículo de forma expresa que, para los supuestos de adquisiciones de acciones para su amortización, la base de la deducción estaba formada por la totalidad de las reservas aplicadas a la reducción de capital. Sin embargo, es a partir del Real Decreto Ley 8/1996, que introdujo la deducción sobre plusvalías cuando se introduce, en el apartado 3 del precepto, la limitación de las rentas computadas derivadas de las operaciones pues se sobre entiende que la doble imposición ya se ha corregido con anterioridad, circunstancia que, sin embargo, ha podido no suceder.

Con carácter previo conviene señalar que el Tribunal Supremo confirma la Sentencia de la Audiencia Nacional en la medida en que rechazó la aplicación simultánea, en el supuesto a que es objeto de esta nota, de las deducciones por doble imposición previstas en los apartados 3 y 5 del artículo 28 de la LIS (actual artículo 30) siendo la primera de ellas, por su mayor especialidad, la que lo regula; criterio que compartimos con el órgano jurisdiccional.

Sin embargo, en lo que a la base de la deducción se refiere, punto en el que también se asumen las tesis de la Audiencia Nacional, creemos que es necesaria una mayor aclaración pues, desde nuestro punto de vista, se aprecia una cierta incongruencia en la Sentencia.

Así, aun cuando se declara (fundamento de derecho cuarto) que “en el supuesto de que el importe de la renta sea inferior a los beneficios no distribuidos, la base de la deducción coincidirá con dicha renta. **La base de la deducción podrá ser así la renta computada o una cantidad inferior, pero nunca superior**” (la negrita es nuestra), lo que implicaría la asunción de las tesis del Abogado del Estado, lo cierto es que, finalmente, el recurso interpuesto por la Administración del Estado es finalmente desestimado aceptándose, para el caso concreto, una base de la deducción que se corresponde con la totalidad de las reservas aplicadas a la reducción de capital, cantidad que excede ampliamente de la renta computada por parte del transmitente último de los títulos.

Quizá tanto las sentencias de la Audiencia Nacional (la primera de las cuales fue objeto de una nota de la Subdirección General de Ordenación Legal AOT MAD 29/02 3ª parte, publicada en BDD, epígrafe 30.7.1.1), como las del Tribunal Supremo que las confirman, al aceptar que la base de la deducción, en un caso como el que hemos descrito en el que el precio de adquisición de los títulos por parte del nuevo socio que posteriormente los transmite para su amortización incorporan las reservas de la sociedad que reduce capital, es el

importe total de las reservas, están presuponiendo que, de lo contrario, en todo caso se produciría doble imposición. Sin embargo, ni la Audiencia Nacional ni el Tribunal Supremo han tenido en consideración que el que hemos denominado como antiguo socio ha podido no tributar por la renta generada en la transmisión de los títulos (lo que podría haber sucedido en el supuesto enjuiciado, en el que la renta obtenida por el transmitente se corresponde con los beneficios generados durante el período de tenencia, existiendo reservas de ejercicios anteriores durante los cuales la titularidad de la sociedad que amortiza capital correspondió a otra entidad del grupo que, a su vez, podría haber aplicado la deducción por doble imposición por plusvalías) y que, de ser así, el criterio expuesto podría dar lugar a un supuesto de desimposición, claramente contrario tanto a la letra como al espíritu y finalidad de la norma e incentivar la realización de operaciones fraudulentas. En estas circunstancias, consideramos que el supuesto debe volverse a someter al criterio de los citados órganos jurisdiccionales.

4. Conclusiones

1) Las tesis de interpretación literal del precepto no han tenido acogida ni ante la Audiencia Nacional ni ante el Tribunal Supremo, de tal forma que ya no puede sostenerse que la renta obtenida por el socio afectado por alguna de las operaciones a que se refiere el artículo 28.3 de la LIS (actualmente artículo 30) opere, en todo caso, como límite de la deducción por doble imposición.

2) No obstante, el fundamento de las sentencias, como no podía ser de otra forma, es la voluntad de corrección de la doble imposición por lo que, en lo sucesivo, será necesario proceder, en supuestos como los que se describen en esta nota, a un examen de si la renta generada en las transmisiones previas de la participación quedó sujeta a tributación, de tal forma que si está no tuvo lugar, bien porque estuvo no sujeta, o bien porque se aplicó ya la deducción por doble

imposición, esta circunstancia determinará el rechazo a la práctica de la deducción.

3) La interpretación finalista del apartado 3 del artículo 28 de la LIS debe realizarse teniendo en consideración lo previsto en el apartado 4, letra e) de dicho precepto (actualmente 30) de tal forma que en el cálculo del importe de la deducción habrá de tenerse en cuenta el tipo aplicable según el IRPF, de haber sido obtenida la ganancia patrimonial por una persona física o si, de haberlo sido por una persona jurídica, se ha beneficiado de la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios.

En este sentido creemos que debe otorgarse el mismo tratamiento a las operaciones citadas en el apartado 3 tanto si con carácter previo a la misma se reparten las reservas (supuesto contemplado en el apartado 4, letra e) como si éstas se distribuyen como consecuencia de las mismas (supuesto previsto en el apartado 3).

4) El criterio sentado por el Tribunal Supremo, en la medida en que puede ser determinante de supuestos de desimposición, podría incentivar a la realización de conductas que pretendan reducir de forma ilícita la carga tributaria, contra las cuales será posible apelar a las cláusulas generales antiabuso que prevé nuestro ordenamiento jurídico (simulación o conflicto, según las circunstancias concurrentes en cada caso).

Madrid, 8 de julio de 2010