

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ085935

TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

Resolución de 26 de abril de 2022

Sala 1.^a

R.G. 7287/2021

SUMARIO:**IRPF. Ganancias y pérdidas patrimoniales. Cálculo. Normas específicas. Otros supuestos.**

Transmisión onerosa de valores no cotizados. Recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio. En este caso, la Administración entiende que, el hecho de que el art. 37.1 b) de la Ley 35/2006 (Ley IRPF) no prevea que ocurre en los casos en los que la empresa lleva operando menos tres años conduce a la interpretación realizada por la Inspección: intentar aproximar el valor de la inversión con los datos de los que se dispone. Dicha aproximación es igualmente válida y significativa con independencia del número de años que lleve operando la empresa.

Considera que la norma establece un máximo de resultados a considerar, tres, pero no un mínimo. Ignorar totalmente esta segunda regla equivale a dejar de aplicar la misma. En este sentido puede entenderse que también es significativo que la norma no haya regulado de manera expresa este supuesto señalando de forma clara que el valor de la participación en tal caso sólo puede venir marcado por el valor del patrimonio neto. Así, ante la ausencia de una regulación específica entiende que se ajusta a la norma la interpretación realizada por la Inspección, en virtud de la cual se toman los resultados de los que disponemos -en este caso dos ejercicios- y se promedian por el número de ejercicios de los que tenemos información -en este caso serían dos ejercicios-.

Pues bien, el Tribunal resuelve que lo que el Director pretende es salirse de la literalidad de una de esas reglas especiales, literalidad que es diáfana: «El que resulte de capitalizar al tipo del 20 por ciento el promedio de los resultados de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto».

Para el Tribunal el texto es claro y es fruto de la decisión del legislador de que el aplanamiento de la posible variabilidad de los resultados cuya capitalización es la que va a determinar el valor de los títulos-valores concernidos, debe realizarse de una determinada forma; y esa es, y así la recoge expresamente en la fórmula de cálculo legal que se establece en el art. 37.1 b) de la Ley 35/2006 (Ley IRPF) considerando «los resultados de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto». De forma que, de no poder aplicarse con la literalidad que el art. 37.1 b) la recoge porque, constituida la sociedad participada en el primer o segundo ejercicio social cerrado con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto, a esta última fecha no se disponen de los resultados de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad, la fórmula de cálculo que pivota sobre las rentas que la entidad obtiene resulta inaplicable, y la valoración hay que fiarla sólo y exclusivamente al resultado de la otra fórmula, la que atiende al patrimonio neto.

La norma no dice que los dos mecanismos tengan que entrar en juego en todo caso estableciendo un máximo de ejercicios a considerar. Tampoco el que en estos supuestos no opere uno de los mecanismos supone, como considera la Administración, limitar la funcionalidad de la norma. Simplemente el legislador estima que el término de tres ejercicios sociales es el adecuado para considerar, con la adecuada proyección temporal, que ese mecanismo sea eficiente, estableciendo expresamente esa medida de tres ejercicios.

Siendo así, y cuando la literalidad de lo que está en cuestión es diáfana, el Tribunal entiende que no debe aceptarse la pretensión de la Administración que supone que ese inciso pueda aplicarse con una interpretación que se aparta de su literalidad; interpretación que, por otra parte, y debido al funcionamiento de lo dispuesto el art. 37.1 b) de la Ley 35/2006 (Ley IRPF), nunca operaría en favor del contribuyente, pues le perjudicaría (cuando el valor de capitalización por los dos años superara al valor del patrimonio neto) o le resultaría indiferente -cuando el valor de capitalización por los dos años sea inferior al valor del patrimonio neto-. **(Criterio 1 de 2)**

Finalmente, debe realizarse una precisión. Lo concluido anteriormente alcanza a los supuestos en que, como el contemplado por la resolución del TEAR impugnada, al haberse constituido la sociedad participada en el primer o segundo ejercicio social cerrado con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto, a esta última fecha no se disponen de los resultados de «los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad» -únicamente existen uno o dos ejercicios sociales cerrados con anterioridad-.

Supuesto distinto es aquel en que la sociedad participada lo que hubiera estado es inactiva en alguno o algunos de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto, no obteniendo pérdida o beneficio en dicho/s ejercicio/s. En este supuesto sí sería de aplicación la regla de

capitalización, tomando como resultado nulo el del ejercicio o ejercicios en que hubiera estado inactiva y a continuación promediando por tres. **(Criterio 2 de 2)**

PRECEPTOS:

Ley 35/2006 (Ley IRPF), arts. 1, 2, 6, 34, 35, 37, 44 y 46.
Ley 40/1998 (Ley IRPF), arts. 33 y 35.
Ley 18/1991 (Ley IRPF), arts. 46 y 48.
Ley 58/2003 (LGT), art. 12.
Código Civil, art. 3.

Se ha visto el presente recurso extraordinario de alzada para unificación de criterio interpuesto por el **DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE INSPECCIÓN FINANCIERA Y TRIBUTARIA DE LA AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA**, con domicilio a efectos de notificaciones en C/ Infanta Mercedes, nº. 37, de Madrid (DP 28020), frente a la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña de 16/02/2021, recaída en las reclamaciones acumuladas nºs. 43-00601-2018 y 43-00651-2018.

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

El día 07/10/2021 tuvo entrada en este Tribunal el presente recurso, interpuesto en 12/05/2021 frente a esa resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña de 16/02/2021, recaída en las reclamaciones acumuladas nºs. 43-00601-2018 y 43-00651-2018, en su día interpuesta por **D. Xy**, y al que en adelante nos referiremos como "el obligado" o "la parte"), frente a un acto de liquidación y acuerdo sancionador dictados por la Inspección Regional de Cataluña atinentes a su tributación por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante I.R.P.F.) del año 2013.

Segundo.

El obligado presentó en plazo declaración-autoliquidación relativa a su tributación por el I.R.P.F. del año 2013, declaración conjunta con su esposa **Dña Yz**, en la que declaró no haber tenido ninguna (0,00 euros) "Ganancias y pérdidas patrimoniales derivadas de la transmisión de elementos patrimoniales adquiridos con más de un año de antelación a la fecha de transmisión, a integrar en la base imponible del ahorro".

Tercero.

Tras seguir cerca suya unas actuaciones inspectoras de alcance general relativas a tal concepto y período tributarios (I.R.P.F. del año 2013); un Equipo de la Inspección Regional de Cataluña incoó a los obligados el acta de disconformidad (modelo A02) nº. ...65 en la que, respecto de lo declarado y autoliquidado, propuso que se les practicara, además de otros dos que no es del caso relatar aquí, un ajuste relativo a que:

< El obligado tributario **don Xy** N.I.F. ..., transmitió mediante escritura de fecha 23 de septiembre de 2013, autorizada por el notario don ... con el número ..., 3.005 participaciones en la entidad **P SL** (N.I.F. B-...) por su valor nominal de un euro por participación.

En su declaración-liquidación por el período comprobado no aplicó lo dispuesto en el artículo 37.1.b) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio a efectos de la determinación de la ganancia patrimonial generada por esta transmisión y tampoco ha aportado prueba alguna de que el importe efectivamente satisfecho se corresponda con el que habrían convenido partes independientes en condiciones normales de mercado.>

Tras ese acta, los obligados presentaron un escrito de alegaciones, en el que por lo que a ese ajuste se refiere alegaron lo siguiente:

< PRIMERO. Con respecto a la venta de las participaciones de la mercantil **M S.L.**, se ha de manifestar lo siguiente:

1º. Se ha presentado informe pericial suscrito por perito competente, Auditor D. D..., que figura aportado como así consta a la AEAT, según el cual el valor de transmisión de las participaciones sociales a valor de mercado

o sea aquel que hubiere sido convenido entre partes independientes es igual al valor teórico correspondiente al ejercicio 2.012. (se adjunta de nuevo informe pericial).

2°. En el caso que nos ocupa, la Administración no ha requerido la contabilidad, sino que parte de los datos que obran en su poder, que proceden de la declaración del Impuesto de Sociedades.

Considera el contribuyente que la citada liquidación no es conforme a derecho por dos motivos:

a) En primer lugar, la determinación de los citados valores exige inevitablemente que el órgano gestor proceda al análisis y valoración de las partidas de los fondos propios de la entidad participada, correspondientes al último ejercicio cerrado, así como de la partida de resultados de los tres últimos ejercicios cerrados.

Dichas actuaciones se deben de realizar, en su caso, por la Inspección de los tributos, bien en el seno de un procedimiento de comprobación e investigación, o bien como una actuación de informe valoración a petición del órgano gestor.

b) En segundo lugar, la Administración basa sus datos en la autoliquidación del Impuesto de Sociedades que consta en su base de datos. Sin embargo, no consta en el expediente ningún documento acreditativo de los citados datos en los que se basa la Administración al efectuar su regularización.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Económico Administrativo Central en resolución 00/04562/20 14, de recurso extraordinario de alzada en unificación de criterio, de 15 de julio de 2016, señala a este respecto que: "La falta de inclusión en el expediente de los documentos en los que la Administración ha fundamentado su regularización, no constituye un mero defecto formal, sino una falta de justificación de la realización del hecho imponible o de su dimensión económica, extremos cuya prueba recae sobre la Administración, lo que constituye un defecto material o sustantivo que da lugar a la anulación de la liquidación sin orden de retroacción. La falta de cumplimiento por parte de la Administración autora del acto impugnado de su obligación legal de remitir un expediente completo a los Tribunales Económico-Administrativos no puede intentar verse suplida con el intento de imponer entonces a los Tribunales la obligación, no prevista ni por la Ley ni por el reglamento, de requerir la remisión de los posibles documentos que puedan integrar el expediente, obligación de requerimiento que únicamente se prevé para el caso de un incumplimiento absoluto de su obligación de remisión por parte de la Administración." >

Tras esas alegaciones, el 05/04/2018 una Inspectora Regional Adjunta de la Inspección Regional de Cataluña dictó a cargo de los obligados un **acto de liquidación** con el que confirmó los ajustes propuestos en el acta, entre ellos el que nos viene ocupando.

Acto de liquidación en el que, a lo alegado por los obligados respecto de tal ajuste, les contestó lo siguiente:(el subrayado es nuestro)

< 1. Las expuestas en el punto primero del mencionado escrito de alegaciones (páginas 1 y 2):

1.1 En cuanto al dictamen emitido por don D..., que obraba ya previamente incorporado al expediente y ha vuelto a ser acompañado al escrito de alegaciones tardíamente presentado, por los motivos expuestos en el punto II.4.2 del apartado 3 del acta (página 10), que no han sido discutidos ni, por lo tanto, desvirtuados por los obligados tributarios en su escrito de alegaciones y, además, porque si algo pone de manifiesto el referido dictamen es la absoluta falta de correspondencia entre el precio de la transmisión estipulado en la escritura y consignado en la declaración por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas presentada por aquéllos y el que, en opinión del emisor del dictamen, hubieran convenido partes independientes en condiciones normales de mercado.

En efecto, mientras el precio consignado en la escritura es de un euro por participación, el que se hubiera estipulado entre partes independientes en condiciones normales de mercado según el referido dictamen lo haría a 43,31 euros por participación.

En consecuencia, conforme a la literalidad del artículo 37.1.b) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, al no haberse probado que el importe efectivamente satisfecho se corresponda con el que habrían convenido partes independientes en condiciones normales de mercado, a efectos de la determinación de la ganancia patrimonial generada por la transmisión de las participaciones en la entidad M... SL, su valor no puede ser inferior al resultante de la capitalización al tipo del 20 por ciento del promedio **de los resultados de los ejercicios 2011 (primero de su actividad) y 2012 (último cerrado con anterioridad a la fecha de devengo del Impuesto) determinados en sus cuentas anuales.**

1.2 En cuanto al resto de las alegaciones formuladas por los obligados tributarios en este punto primero de su escrito, porque parten de manifiestos errores o inexactitudes. En efecto, pese a lo que gratuitamente se afirma (que la propuesta de regularización ha partido de los datos que proceden de la declaración por el Impuesto sobre Sociedades de la entidad **P SL**), es lo cierto que los resultados considerados para la determinación del valor de transmisión de sus participaciones son los que se reflejan en sus cuentas anuales de los ejercicios 2011 y 2012, depositadas por ella en el Registro Mercantil e incorporadas debidamente al expediente administrativo.

Tales cuentas deben presumirse correctas a efectos del presente acuerdo de liquidación puesto que han sido depositadas en un tiempo en el que el obligado tributario **don Xy**, N.I.F. ..., era su socio mayoritario (poseía el 99,97 por ciento de sus participaciones) y su administrador único, debiendo entenderse por ello que fueron elaboradas y depositadas en el Registro Mercantil bajo su responsabilidad y con su pleno conocimiento y aprobación. >

Acto de liquidación con una deuda a ingresar de 99.601,04 euros, comprensiva de 86.330,62 euros de cuota y 13.270,42 euros de intereses de demora, que la Inspección notificó a los obligados a continuación.

Más tarde, el 24/05/2018 se dictó a cargo de los obligados un acuerdo sancionador relativo a tal concepto y período tributarios (I.R.P.F. del año 2013), en el que el ajuste que nos viene ocupando no fue objeto de sanción.

Cuarto.

Frente a ese acto de liquidación de 05/04/2018, los obligados interpusieron el 04/05/2018 una reclamación económico-administrativa ante el T.E.A.R. de Cataluña, que dio a esa reclamación el nº. 43/00601/2018; y más tarde frente al acuerdo sancionador otra reclamación ante el mismo T.E.A.R. que le dio el nº. 43/00651/2018.

Lo alegado para la segunda de esas reclamaciones es irrelevante aquí, pues, como se ha dicho, el ajuste que nos ocupa no fue objeto de sanción; ajuste frente al que para la primera reclamación los obligados alegaron exactamente lo mismo que habían alegado tras el acta.

Reclamaciones nºs. 43-00601-2018 y acumulada que el T.E.A.R. de Cataluña acordó estimar en parte, anulando en parte los actos impugnados, anulaciones parciales que en parte alcanzaron precisamente al ajuste que aquí nos viene ocupando.

Estimación parcial que ese T.E.A.R. llevó a cabo mediante una resolución de 16/02/2021 en cuyos Fundamentos de Derecho, y por lo que a ese extremo que nos ocupa se refiere, expresó lo siguiente:(el subrayado es nuestro)

< QUINTO. En la declaración de IRPF presentada se incluye por este aspecto una alteración patrimonial con nulo resultado (mismo valor de adquisición y transmisión de 3.005 euros). Según escritura de transmisión de participaciones sociales de fecha 23/09/2013, el **Sr. Xy** transmite el pleno dominio de las 3.005 participaciones sociales (nº 1 a 3.005) que tiene de la mercantil **P SL** (participada también por la mercantil A... SL con una participación, la 3.006). Se transmiten las participaciones por un precio de 3.005,00 euros que son satisfechos mediante cheque bancario al portador. Según escritura de constitución de la sociedad M... SL, de fecha 22/07/2011, el **Sr. Xy** y **B SL** constituyen la sociedad con 3.006 participaciones sociales de 1 euro cada uno, suscribiendo y desembolsando el interesado las primeras 3.005 participaciones.

Por su parte, la Inspección incluye una ganancia de 314.871,44 euros por la transmisión de 3.005 participaciones en M... SL con los siguientes argumentos:

Según sus Cuentas anuales, **P SL** inició sus operaciones el 22/07/2011, su actividad económica es Comercio al por mayor de azulejos, baldosas, material sanitario, grifería, accesorios de baño, mampara y Comercio al por mayor de tierras, esmaltes, fritas y bizcocho cerámico, y consta que el importe neto de su cifra de negocios fue de 936.557,06 euros en 2011 y de 4.723.231,91 euros en 2012.

Según consta en las Cuentas anuales de 2012, el patrimonio neto de **P SL** asciende a 130.198,89 euros, compuesto por el capital social de 3.006,00 euros y unas reservas voluntarias de 80.696,41 euros y de 46.496,48 euros, procedente de beneficios no distribuidos de los ejercicios 2011 y 2012.

(...)

Se determina a continuación el valor teórico resultante del balance de las Cuentas Anuales de 2011 de **P SL** tal y como establece el art 37.1.b) LIRPF:

CONCEPTO	VALOR
Patrimonio Neto	130.198,89
Total participaciones	3.006
Valor Teórico por participaciones	43,31

Se determina a continuación el valor que resulte de capitalizar al tipo del 20 por ciento el promedio de los resultados de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto (art.37.1.b) LIRPF):

Fuente: Cuentas Anuales	
-------------------------	--

EJERCICIOS	RESULTADO
2012	46.496,48
2011	80.696,41
2010	Actividad no iniciada
Total resultados	127.192,89
Total ejercicios art 37.1.b LIRPF	2
Promedio resultados	63.596,45
Tipo de capitalización	20%
Valor resultante	317.982,23
Total participaciones	3.006
Valor por participación	105,78

Ddo que el valor de transmisión por participación no puede ser inferior al mayor del valor teórico o de capitalización de resultados, se consideran los 105,78 euros por participación por valor de capitalización y se incluye una ganancia de 314.871,44 euros (317.878,44 euros de valor de transmisión menos 3.005 euros de valor de adquisición).

SEXTO. Cuestiona el interesado la justificación de los cálculos realizados por la Inspección, y en este punto es preciso tener en cuenta que todo procedimiento tributario debe reconducirse a la materia probatoria, pues el fin que persigue la Administración Tributaria es conocer y constatar, en su concepto y cuantía todos los elementos y circunstancias que están presentes en los supuestos de hecho sujetos a tributación, y que han de servir para cifrar el importe de la aportación de los contribuyentes al sostenimiento de los gastos públicos, tal y como determina el artículo 31 de la Constitución. La Ley General Tributaria regula específicamente la carga de la prueba en el ámbito tributario en su art. 105.1, señalando que: "...". Esta regla se contenía en términos similares en el art. 114.1 de la Ley 230/1963. Con base en este artículo, la jurisprudencia señala que "cada parte ha de probar el supuesto de hecho de la norma, cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor" (STS de 27 de enero de 1992), y que la prueba de la existencia del hecho imponible y su magnitud son carga de la Administración tributaria, mientras que corresponde al obligado tributario acreditar las exenciones, bonificaciones, deducciones, gastos y demás hechos que le favorecen (entre otras, SSTS de 25 de enero de 1995 y 1 de octubre de 1997). No obstante, debe tenerse en cuenta que los procedimientos tributarios, y en particular el procedimiento inspector, se encuentra influido también por el principio inquisitivo o de investigación de oficio, lo cual determina que la carga de la prueba sea aplicada en su sentido objetivo o material, es decir, quién debe soportar los perjuicios o riesgos derivados de la falta de prueba.

La regla general indicada, que no constituye una regla de valoración probatoria, sino de carácter procesal, cual es la distribución de la carga de la prueba entre las partes, ha sido objeto de matización por reiterada jurisprudencia, en aplicación de la que podría llamarse Teoría de la proximidad al objeto de la prueba; así, el Tribunal Supremo se ha pronunciado (sentencias de fechas 13 de diciembre de 1989, 6 de junio de 1994, 13 de octubre de 1998 y 26 de julio de 1999, entre otras), entendiendo que dicha regla general no es absoluta ni inflexible, debiendo adaptarse la misma a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados, en atención a criterios de "normalidad", "disponibilidad" y "facilidad probatoria". Por otra parte, tal doctrina ha sido recogida de manera expresa por la normativa, pues disponiendo el artículo 217 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, que corresponde de manera genérica al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda el efecto jurídico correspondiente a sus pretensiones, tal afirmación viene matizada en el punto 6 de dicho precepto, al establecerse que, "para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio".

Se alega ante esta Instancia por la parte reclamante que no consta en el expediente ningún documento acreditativo de los datos en los que se basa la Administración al efectuar su regularización. Se reitera un argumento que ya fue planteado en las alegaciones al acta de disconformidad, y al que responde la Inspección en el acuerdo de liquidación indicando que se han considerado en la determinación del valor de transmisión de las participaciones los resultados reflejados en las cuentas anuales de los ejercicios 2011 y 2012, depositadas por la Sociedad en el Registro Mercantil e incorporadas debidamente al expediente administrativo.

Efectivamente, constan incorporados por la Inspección al expediente los archivos "Depósito2011..." y "Depósito2012...". Se trata de las certificaciones expedidas por el Registro Mercantil en fecha 20/11/2017, que incluyen las cuentas anuales de la sociedad presentadas en el Registro Mercantil por el Sr. Xy Se detallan los datos generales de la empresa (denominación, fecha de inicio de operaciones, domicilio social, objeto social, etc), el balance de Pymes de 2011 y 2012, la cuenta de pérdidas y ganancias de 2011 y 2012, el estado de cambios en el patrimonio neto de Pymes, la Memoria de Pymes, la certificación del Sr. Xy (como administrador único de la Sociedad) sobre la junta universal que aprueba las cuentas anuales y aplica el resultado a reservas : 601,20 euros a reserva legal y 80.095,21 euros a reserva voluntaria en 2011; y en 46.496,48 euros a reserva voluntaria en 2012.

También se deja constancia del importe neto de la cifra de negocios (de 936.557,06 euros en 2011 y de 4.723.231,91 euros en 2012), del importe de resultado de explotación (70.363,73 euros en 2011 y 107.695,22 euros en 2012) o del resultado del ejercicio tras impuestos (80.696,41 euros en 2011 y 46.496,48 euros en 2012).

Consta en el expediente el soporte documental acreditativo de los datos considerados por la Inspección para determinar el valor de transmisión de las participaciones de **M SL** conforme al valor de capitalización, debiendo por ello desestimarse la alegada falta de documentación justificativa de esta regularización.

SÉPTIMO. No obstante lo anterior y en cuanto al fondo del asunto, es decir, el valor a asignar a las participaciones transmitidas, la norma de valoración específica contenida en el artículo 37.1.b) de la LIRPF contiene una presunción "iuris tantum", que admite prueba en contrario, correspondiendo al contribuyente la prueba fehaciente de que el importe efectivamente satisfecho se correspondería con el que habrían convenido partes independientes en condiciones normales de mercado; ya que, en caso contrario, habría de aplicarse el valor comprobado por la Administración.

La Inspección ha calculado el valor de transmisión en proporción al número de participaciones sociales de que era propietario el reclamante respecto al total de la Sociedad, tanto en función del patrimonio neto obrante a cierre del ejercicio 2011 (último ejercicio cerrado con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto), **como capitalizando al 20% el resultado del promedio del resultado de los ejercicios 2011 y 2012**. Resultando superior la capitalización del resultado, la Inspección ha regularizado según este último dato la autoliquidación del interesado.

Por su parte el interesado aporta un informe pericial de un auditor de cuentas, encargado a efectos de determinar el valor de mercado de las participaciones sociales de M... SL a fecha 31/12/2012. Sin valorar las participaciones por capitalización del promedio de beneficios **por tener la sociedad una vida inferior a tres años**, se considera que el valor de transmisión a considerar ha de ser el valor teórico resultante del último balance cerrado con anterioridad a la transmisión (ejercicio 2012), lo que conlleva un valor teórico de 43,31 euros por participación (130.198,89 euros de patrimonio neto entre 3.006 participaciones). Se entiende que ese sería el valor que habrían convenido las partes independientes en condiciones normales de mercado.

Pues bien, de las dos reglas establecidas en el artículo 37.1.b), la primera no ha generado ninguna controversia entre las partes, sin embargo, el valor determinado según la capitalización de resultados, sí. **Este Tribunal, atendiendo al tenor literal de esta segunda regla, observa que para la aplicación de la misma son necesarios "los resultados de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto", en consecuencia, no existiendo datos suficientes para la determinación de valor de transmisión mediante la aplicación de la misma, pues la Sociedad fue constituida en fecha 22/07/2011 y las participaciones se transmiten en fecha 23/09/2013, la única regla susceptible de aplicación, es la correspondiente al valor teórico de las participaciones transmitidas.**

Procede así anular el acuerdo de liquidación impugnado para su sustitución por otro que incluya una ganancia patrimonial que considere como valor de transmisión el valor teórico resultante del último balance. >

QUINTO.

Frente a dicha resolución del T.E.A.R. de Cataluña, el Director del Departamento de Inspección interpuso el 15/05/2021, con entrada en este Tribunal Central el 7/10/2021, el presente **recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio**, para el que con fecha 28/6/2021 ha formulado las siguientes alegaciones:

<<< ANTECEDENTES

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El contribuyente transmitió el 23 de septiembre de 2013 el pleno dominio de las 3.005 participaciones sociales que tenía de la entidad **M SL**. Las participaciones se transmiten por un precio de 3.005 euros. La Inspección fija un valor de transmisión de 317.878,44 euros. Este es el valor resultante de aplicar la regla de valoración prevista en el artículo 37.1.b) de la ley 35/2006, de 28 de noviembre. En concreto, se toma el valor resultante de capitalizar al tipo del 20 por ciento el promedio de los resultados de los tres últimos ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha del devengo del impuesto.

En concreto, los cálculos realizados han sido los siguientes:

EJERCICIOS	RESULTADO
2012	46.496,48
2011	80.696,41
2010	Actividad no iniciada
Total resultados	127.192,89
Total ejercicios art 37.1.b LIRPF	2

Promedio resultados	63.596,45
Tipo de capitalización	20%
Valor resultante	317.982,23
Total participaciones	3.006
Valor por participación	105,78

Respecto de este extremo el TEAR señala en el FD Séptimo:

"Pues bien, de las dos reglas establecidas en el artículo 37.1.b), la primera no ha generado ninguna controversia entre las partes, sin embargo, el valor determinado según la capitalización de resultados, sí. Este Tribunal, atendiendo al tenor literal de esta segunda regla, observa que para la aplicación de la misma son necesarios "los resultados de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha de devengo del impuesto", en consecuencia, no existiendo datos suficientes para la determinación del valor de transmisión mediante la aplicación de la misma, pues la Sociedad fue constituida en fecha 22/07/2011 y las participaciones se transmiten en fecha 23/09/2013, la única regla susceptible de aplicación, es la correspondiente al valor teórico de las participaciones transmitidas.

Procede así anular el acuerdo de liquidación impugnado para su sustitución por otro que incluya una ganancia patrimonial que considere como valor de transmisión el valor teórico resultante del último balance"

SEGUNDO. Según lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 35/2006, el importe de la ganancia o pérdida patrimonial en una transmisión onerosa viene determinada por la diferencia entre el valor de transmisión y el valor de adquisición de los elementos patrimoniales. El artículo 37 de La Ley regula normas específicas de valoración. En concreto en el apartado 1.b) regula cual es el valor de transmisión de valores no cotizados.

Dicho precepto establece - -:

"..."

Así pues, podrá tomarse el valor de transmisión, siempre que se pruebe que se corresponde con valores que se habrían convenido entre partes independientes en condiciones normales de mercado.

En otro caso, la Ley propone aproximar el "valor de mercado" mediante dos parámetros:

a) Por un lado el valor de la sociedad derivado de balance, que sería el valor del patrimonio neto que proporcionalmente corresponda a las participaciones que son objeto de transmisión.

b) Por otro lado, atendiendo a la rentabilidad de la inversión. Se toma como valor de la inversión aquel que arroja el promedio de los resultados de los tres últimos ejercicios, tomando una tasa de beneficio del 20 %. La promediación se refiere a resultados, lo cual significa que afecta tanto a beneficios como a pérdidas.

Entiende el TEAR que, según el literal de la norma, solo procede tomar en consideración este segundo valor cuando se tienen los resultados de tres ejercicios. En el caso expuesto, en la medida en que la entidad ha estado sólo operativa en los dos ejercicios anteriores, procede ignorar esta segunda forma de valoración. En tal caso la norma queda limitada, en ausencia de prueba de que el valor de transmisión se corresponde con el valor de mercado, al valor del patrimonio neto que proporcionalmente correspondería a las participaciones transmitidas.

Siendo cierto que la Ley no establece ninguna norma específica para los supuestos en los que la sociedad no lleva operativa más de tres años, la interpretación que realiza el TEAR entendemos que limita en gran medida la funcionalidad de la norma. El objetivo de la norma está claro que tiene por objeto aproximar el valor de mercado de la participación. Los dos mecanismos que ofrece el artículo deberían de entrar en funcionamiento en todos los supuestos. En otro caso, nos encontraríamos con que una parte del artículo no se aplica en ciertos supuestos, lo cual, tampoco parece que tenga apoyo en el literal del artículo.

La propia circunstancia de que el artículo no prevea que ocurre en los casos en los que la empresa lleva operando menos tres años conduce a la interpretación realizada por la Inspección: intentar aproximar el valor de la inversión con los datos de los que se dispone. Dicha aproximación es igualmente válida y significativa con independencia del número de años que lleve operando la empresa. Es más, el hecho de que en los primeros años de actividad la rentabilidad de la inversión arroje un beneficio significativo que conlleva una valoración de la inversión superior a la que se deriva de una aproximación atendiendo al patrimonio neto es, de facto, significativo, pues refleja que desde el primer momento estamos ante una inversión rentable y por lo tanto de mayor valor.

La norma establece un máximo de resultados a considerar, tres, pero no un mínimo. Ignorar totalmente esta segunda regla equivale a dejar de aplicar la misma. En este sentido puede entenderse que también es significativo que la norma no haya regulado de manera expresa este supuesto señalando de forma clara que el valor de la participación en tal caso sólo puede venir marcado por el valor del patrimonio neto.

Ante la ausencia de una regulación específica entendemos que se ajusta a la norma la interpretación realizada por la Inspección, en virtud de la cual se toman los resultados de los que disponemos -en este caso dos ejercicios- y se promedian por el número de ejercicios de los que tenemos información -en este caso serían dos ejercicios-.

Cabría incluso una interpretación en la que se tomaran, en todo caso, los tres ejercicios anteriores, que en este supuesto serían los dos ejercicios en los que viene operando y tiene la empresa un resultado concreto, así como un ejercicio en el que no ha operado, en el que podría entenderse que tiene un resultado nulo. A continuación se promediaría por tres. Esta interpretación estaría también en línea con el literal de la norma y permitiría que el artículo se aplique en su integridad.

TERCERO. Por lo expuesto anteriormente se impugna el criterio establecido por esta Resolución del TEAR de Cataluña que se considera que es errónea, y afecta a un criterio que puede ser susceptible de aplicarse a múltiples situaciones.

En virtud de lo expuesto, se SOLICITA del Tribunal Económico Administrativo Central que estime el presente recurso extraordinario conforme a lo expuesto en los Fundamentos de Derecho anteriores, y se fije el siguiente criterio: "A efectos de aplicar el artículo 37.1.b) de la Ley 35/2006, y cuantificar el valor de transmisión por la capitalización al 20 % del promedio de los resultados de los tres últimos ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha de devengo del impuesto, aun cuando la empresa no haya estado operando más de tres años, y por lo tanto sólo disponga de los resultados de los últimos dos ejercicios -o del último ejercicio-, se tomará en consideración el mencionado párrafo, y se procederá a dicha valoración, atendiendo a los datos de los que se disponga." . >>>

Sexto.

Mediante un escrito de 08/07/2021, el T.E.A.R. de Cataluña notificó la interposición de ese R.U.C. a los obligados (cuya situación jurídica particular en ningún caso va a resultar afectada por la resolución que se dicte en el presente recurso, en virtud del artículo 242.3 de la LGT), abriéndoles un trámite de audiencia a fin de que en el mismo pudieran presentar las alegaciones que tuvieran a bien.

Trámite en el que no consta que los obligados hayan presentado alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero:

Concurren los requisitos de competencia, legitimación y plazo para la admisión a trámite del presente recurso, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 242 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT).

Segundo.

Lo que el Director recurrente solicita en el recurso que ha interpuesto, alcanza a la aplicación de una de las concretas previsiones que incorpora el art. 37.1.b) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio .

Pero antes de ir a esa específica norma, este Tribunal entiende conveniente comenzar por encuadrar el asunto.

Según el art. 1 de su ley reguladora, la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio :

"El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas es un tributo de carácter personal y directo que grava, según los principios de igualdad, generalidad y progresividad, la renta de las personas físicas de acuerdo con su naturaleza y sus circunstancias personales y familiares."

Impuesto cuyo objeto, según el art. 2 de esa ley:

"Constituye el objeto de este Impuesto la renta del contribuyente, entendida como la totalidad de sus rendimientos, ganancias y pérdidas patrimoniales y las imputaciones de renta que se establezcan por la ley, con independencia del lugar donde se hubiesen producido y cualquiera que sea la residencia del pagador".

Y de ahí que según los dos primeros apartados del art. 6:

"Artículo 6. *Hecho imponible.*

1. Constituye el hecho imponible la obtención de renta por el contribuyente.

2. Componen la renta del contribuyente:

- a) Los rendimientos del trabajo.
- b) Los rendimientos del capital.
- c) Los rendimientos de las actividades económicas.
- d) Las ganancias y pérdidas patrimoniales.
- e) Las imputaciones de renta que se establezcan por ley."

De cara a determinar cómo el impuesto va a gravar esa renta, el art. 6 cuenta en su apartado 3 con una previsión fundamental:

"3. A efectos de la determinación de la base imponible y del cálculo del Impuesto, la renta se clasificará en general y del ahorro."

Que se replica luego en el art. 44:

"Artículo 44. *Clases de renta.*

A efectos del cálculo del Impuesto, las rentas del contribuyente se clasificarán, según proceda, como renta general o como renta del ahorro."

Estableciéndose luego en los dos artículos siguientes, qué rentas forman parte de la "renta general" (art. 45) y cuáles de la "renta del ahorro" (art. 46), estando entre estas últimas las de la letra b de ese art. 46:

"Constituyen la renta del ahorro:

b) Las ganancias y pérdidas patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de transmisiones de elementos patrimoniales."

Por tanto, tales ganancias y pérdidas patrimoniales son gravadas por el I.R.P.F. formando parte de la "renta del ahorro".

Y es el art. 34.1.a) el que determina cuál es el importe "fiscal" de tales rentas:

"1. El importe de las ganancias o pérdidas patrimoniales será:

a) En el supuesto de transmisión onerosa o lucrativa, la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión de los elementos patrimoniales."

Art. 34 que, como el propio título de ese artículo ya anuncia, recoge las que son las normas generales para determinar las cuantías fiscales de las ganancias o pérdidas patrimoniales; con lo que, en los supuestos de transmisiones onerosas, ésta es la norma general: "*la diferencia entre el valor de adquisición y transmisión del elemento patrimonial de que se trate*"; especificándose luego en el apartado 2 del art. 35 "Transmisiones a título oneroso" que:

"2. El valor de transmisión será el importe real por el que la enajenación se hubiese efectuado. De este valor se deducirán los gastos y tributos a que se refiere la letra b) del apartado 1 en cuanto resulten satisfechos por el transmitente.

Por importe real del valor de enajenación se tomará el efectivamente satisfecho, siempre que no resulte inferior al normal de mercado, en cuyo caso prevalecerá éste."

Por tanto, en cuanto al valor de transmisión de los bienes y/o derechos enajenados que ha de tenerse en cuenta, el valor "*normal de mercado*" de los mismos es un "**suelo fiscal**" **mínimo** que nunca podrá traspasarse -a la baja-, incluso ni aunque se pruebe que transmisión se ha realizado efectivamente por un importe inferior a tal valor "*normal de mercado*".

Respecto de esta cuestión, cabe hacer aquí **una importante reflexión** pues incide en lo que nos ocupa, que es la siguiente: como venimos diciendo, el impuesto grava "*la renta*", y parecería que, cuando ésta proviene de

una transmisión onerosa, la renta debería ser lo que hemos percibido por lo transmitido menos lo que nos costó; y sin embargo el art. 35.2 nos dice que si el bien o derecho de que se trate lo hemos transmitido por un importe inferior al valor de mercado del mismo, lo relevante no será lo que hemos percibido por lo transmitido, sino lo que habríamos percibido si lo hubiésemos transmitido por su valor normal de mercado; con lo que en suma el impuesto no gravará la renta que efectivamente habremos obtenido, sino la que habríamos obtenido si hubiésemos transmitido a valor de mercado. Por tanto, en los casos de la transmisión a título oneroso de un determinado elemento, **la que el legislador ha decidido gravar y la que grava la Ley del I.R.P.F. es la renta que se habría obtenido si ese elemento se hubiese transmitido a valor de mercado.**

Una previsión que tiene un trasfondo evidente, el impuesto grava la renta que el obligado habría obtenido si hubiera transmitido a valor de mercado, que es lo que podría haber obtenido por lo transmitido, y lo que ha obtenido de menos, porque ha transmitido por menos de lo que podría haberlo hecho, considera que es un consumo de renta; un consumo de renta gastado, normalmente, en favorecer por las razones que sea al adquirente de los transmitido, al que se le ha transmitido algo por menos de lo que vale; un consumo de la renta que en el impuesto tiene el carácter de no deducible.

Una previsión que es totalmente lógica, y bien puede decirse que aceptada pacíficamente, pues no es que sea precisamente reciente, ya que con una redacción idéntica, estaba ya en el segundo párrafo del art. 33.3 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias:

"Por importe real del valor de enajenación se tomará el efectivamente satisfecho, siempre que no resulte inferior al normal de mercado, en cuyo caso prevalecerá éste."

Y también, y con una redacción similar en el art. 46.Cuatro de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas:

"Por importe real del valor de enajenación se tomará el efectivamente satisfecho, siempre que no difiera del normal de mercado, en cuyo caso prevalecerá éste."

Finalmente, pues con la referencia al mismo ponemos final a esta introducción, el art. 37, como su título anuncia, contiene las "*normas específicas de valoración*" de las "*ganancias y pérdidas patrimoniales*"; una de las cuales es la que aquí nos va a ocupar, pues a la aplicación de la misma es a lo que se refiere el Director recurrente en el recurso que nos ocupa: la norma de valoración del apartado 1.b) de ese art. 37:

"1. Cuando la alteración en el valor del patrimonio proceda:

b) De la transmisión a título oneroso de valores no admitidos a negociación en alguno de los mercados regulados de valores definidos en la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, y representativos de la participación en fondos propios de sociedades o entidades, la ganancia o pérdida se computará por la diferencia entre su valor de adquisición y el valor de transmisión.

Salvo prueba de que el importe efectivamente satisfecho se corresponde con el que habrían convenido partes independientes en condiciones normales de mercado, el valor de transmisión no podrá ser inferior al mayor de los dos siguientes:

El valor del patrimonio neto que corresponda a los valores transmitidos resultante del balance correspondiente al último ejercicio cerrado con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto.

El que resulte de capitalizar al tipo del 20 por ciento el promedio de los resultados de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto. A este último efecto, se computarán como beneficios los dividendos distribuidos y las asignaciones a reservas, excluidas las de regularización o de actualización de balances.

El valor de transmisión así calculado se tendrá en cuenta para determinar el valor de adquisición de los valores o participaciones que corresponda al adquirente.

El importe obtenido por la transmisión de derechos de suscripción procedentes de estos valores o participaciones tendrá la consideración de ganancia patrimonial para el transmitente en el período impositivo en que se produzca la citada transmisión.

Cuando se trate de acciones parcialmente liberadas, su valor de adquisición será el importe realmente satisfecho por el contribuyente. Cuando se trate de acciones totalmente liberadas, el valor de adquisición, tanto de éstas como de las que procedan, resultará de repartir el coste total entre el número de títulos, tanto los antiguos como los liberados que correspondan."

Siendo el concreto inciso que aquí nos va a ocupar, ese al que el Director recurrente se refiere en su recurso:

< A efectos de aplicar el artículo 37.1.b) de la Ley 35/2006, y cuantificar el valor de transmisión por la capitalización al 20 % del promedio de los resultados de los tres últimos ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha de devengo del impuesto, aun cuando la empresa no haya estado operando más de tres años, y por lo tanto sólo disponga de los resultados de los últimos dos ejercicios -o del último ejercicio-, se tomará en consideración el mencionado párrafo, y se procederá a dicha valoración, atendiendo a los datos de los que se disponga. >

Tema que vamos a examinar ya en el Fundamento de Derecho siguiente.

Tercero.

Para los casos a que dicho precepto se refiere:

"De la transmisión a título oneroso de valores no admitidos a negociación en alguno de los mercados regulados de valores definidos en la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004".

Ese art. 37.1.b de la Ley 35/2006 comienza por disponer que: "*la ganancia o pérdida se computará por la diferencia entre su valor de adquisición y el valor de transmisión*"; lo que es, -recuérdese-, una reiteración de la norma general que recoge el art. 34.1.a), que determina cuál es el importe "fiscal" de las ganancias o pérdidas patrimoniales:

"1. El importe de las ganancias o pérdidas patrimoniales será:

a) En el supuesto de transmisión onerosa o lucrativa, la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión de los elementos patrimoniales."

Y después ese art. 37.1.b establece como se determina ese "*valor de transmisión*" para cuya cuantificación esa norma (el art. 37.1.b) empieza recogiendo lo siguiente:

"Salvo prueba de que el importe efectivamente satisfecho se corresponde con el que habrían convenido partes independientes en condiciones normales de mercado,"

Un párrafo que si se pone en conexión con lo que dispone el apartado 2 del art. 35 "Transmisiones a título oneroso" antes transcrito y comentado, de que:

"2. El valor de transmisión será el importe real por el que la enajenación se hubiese efectuado.

...

Por importe real del valor de enajenación se tomará el efectivamente satisfecho, siempre que no resulte inferior al normal de mercado, en cuyo caso prevalecerá éste."

Y con la reflexión que de ello hemos derivado en el Fundamento de Derecho anterior, de que en las transmisiones a título oneroso, la renta que el legislador ha decidido gravar y la que grava la Ley del I.R.P.F. es la renta que se habría obtenido si se hubiera transmitido a valor de mercado; pone de manifiesto que también en el específico caso que ahora nos ocupa, **el que manda es el valor de mercado de los valores no negociados transmitidos**, de suerte que si se prueba que el importe efectivamente satisfecho por los mismos es igual o superior a aquél que habrían convenido partes independientes en condiciones normales de mercado, ese será el valor de transmisión que deberá tomarse en cuenta, sin necesidad de ninguna otra consideración.

Una previsión, ésa de que "*salvo prueba de que el importe efectivamente satisfecho se corresponde con el que habrían convenido partes independientes en condiciones normales de mercado*", cuyo enunciado es muy claro, pero que se presta a múltiples consideraciones y reflexiones. Sin embargo, tales consideraciones y reflexiones exceden al objeto del presente recurso, en el que hemos de resolver es lo que el Director ha planteado en razón de lo que el T.E.A.R. de Cataluña resolvió en su día

Pero puede ocurrir, y en la práctica es de lo más frecuente, que esa prueba del valor de mercado de los valores transmitidos no pueda conseguirse; pues bien, para cuando eso ocurre, la norma establece **dos fórmulas objetivas** con las que determinar el valor de los valores transmitidos: **(I)** una que se basa en el valor patrimonial que puede haber detrás de tales valores, y **(II)** otra en función de la rentabilidad que tenga la entidad cuyos títulos son objeto de transmisión, **y una previsión (III)**, pues ordena que de los resultados de esas dos fórmulas debe tomarse el mayor de los dos:

"el valor de transmisión no podrá ser inferior al mayor de los dos siguientes:

El valor del patrimonio neto que corresponda a los valores transmitidos resultante del balance correspondiente al último ejercicio cerrado con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto.

El que resulte de capitalizar al tipo del 20 por ciento el promedio de los resultados de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto. A este último efecto, se computarán como beneficios los dividendos distribuidos y las asignaciones a reservas, excluidas las de regularización o de actualización de balances."

Una previsión y dos fórmulas de cálculo que responden a unos criterios bastante claros.

De entrada, ésa de que de los resultados de esas dos fórmulas deba tomarse el mayor de los dos, es una previsión que si se contempla irreflexivamente puede parecer abusiva, pero que es totalmente lógica y acertada, pues hay entidades que pueden incorporar un valor patrimonial muy cuantioso sin deparar rentas significativas, mientras que hay otras que pueden ser titulares de negocios de beneficios espectaculares que consiguieren con un patrimonio poco relevante; y tanto en un caso como en el otro esas entidades pueden tener un relevante valor, que trasladan a los títulos-valores que integran su capital social.

Por otra parte, parece evidente que **esas dos fórmulas de cálculo responden a dos de los motivos usuales por los que alguien está interesado en comprar una participación en una entidad: (I) bien porque esa entidad tenga un buen patrimonio neto o (II) bien porque tenga un buen negocio que le depara unos boyantes resultados.** Y aunque parece que hay otro motivo evidente para que ello ocurra, el que de la entidad tenga unas buenas perspectivas de negocio, el que tal cosa sea un futurible, con una dificultad y falta de certeza considerables a la hora de poder cuantificarla, debe ser lo que ha llevado a que no sea tenida en consideración.

Lo expuesto, mirado desde el lado del trasmisor, equivale a decir que, cuando enajena determinados títulos de una entidad que había adquirido años atrás, parece evidente que un obligado tendrá una renta positiva tanto si esa entidad ha visto aumentar su patrimonio neto y ello a pesar de que no tenga resultados relevantes, como si esa entidad, a pesar de contar con un patrimonio sensiblemente igual, ha venido teniendo unos importantes resultados positivos que han sido distribuidos a sus partícipes.

Lo que resulta diáfano es que a un obligado que vende unos títulos-valores de una determinada entidad, con tal operación puede conseguir unas importantes rentas, tanto porque esa entidad haya visto aumentar su patrimonio desde que él compró sus títulos, como porque, sin ese aumento, esa entidad haya visto aumentada su capacidad de generar resultados positivos que haya ido entregando a sus partícipes.

Y por ello, como tanto en un supuesto como el otro, la venta de tales títulos-valores le supondrá a ese obligado unas importantes rentas, es por lo que va de suyo que estén previstas y que deban tomarse en consideración esas dos fórmulas de cálculo.

Dos fórmulas de cálculo que, aunque deba tomarse el resultado de una o de la otra, si se repara en ello, tienen un marcado carácter complementario, que no alternativo, pues cada una de ellas responde a uno de esos motivos dichos, que independientemente el uno del otro pueden influir en el valor de una entidad y, con ello, en el valor de los títulos-valores de la misma.

Y dos fórmulas de cálculo que responden a unos criterios razonables y que también han sido aceptadas pacíficamente, pues tampoco son recientes y ahí siguen, ya que con una redacción prácticamente idéntica estaban ya en el art. 35.1.b) de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, y con un sentido equivalente en el art. 48.Uno.b de la Ley 18/1991, de 6 de junio.

Esas dos fórmulas de cálculo operan a partir de magnitudes contables de la entidad cuyos títulos-valores son los que han de valorarse, pues son los transmitidos.

La primera, la que se basa en el valor patrimonial que puede haber detrás de tales valores, se basa en único valor, "el valor del patrimonio neto que corresponda a los valores transmitidos" según el balance del último ejercicio cerrado, que es además un valor de carácter estático, pues la referencia será el valor de ese patrimonio neto a la fecha de ese balance. Una previsión totalmente lógica, pues el patrimonio neto de períodos precedentes no tendrá relevancia, ya que de cara a considerar por cuánto se vende algo, su valor será el que tenga en el momento más próximo a ser vendido.

La segunda fórmula de valoración es la que se basa en la rentabilidad que tenga la empresa cuyos títulos son objeto de transmisión, y en ésta el valor se determina capitalizando el promedio de los resultados de los tres últimos ejercicios sociales cerrados; resultados que serán los beneficios o pérdidas que la entidad haya obtenido en esos ejercicios; y fórmula de valoración de un manifiesto carácter dinámico, pues los resultados no dejan de ser los flujos que se van generando a lo largo de un cierto período de tiempo. Por otra parte, la de que haya que promediar los resultados de varios ejercicios, es otra previsión que tiene una justificación evidente, pues aunque hay entidades que tienen resultados recurrentes e idénticos o muy similares año a año, en otras sus resultados fluctúan en poco o en mucho de unos años a otros, y lo que la norma pretende es aplanar esa variabilidad, y para ello recurre a capitalizar el resultado promedio de los tres últimos ejercicios.

El caso es que para aplanar la variabilidad de los resultados, la norma ordena tomar en consideración los resultados de los tres últimos ejercicios: "**capitalizar ... el promedio de los resultados de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad**".

Hemos llegado al punto a que alcanza el recurso del Director de Inspección.

Para el TEAR de Cataluña, si no hay datos de tres ejercicios, la fórmula resulta inaplicable:

< Este Tribunal, atendiendo al tenor literal de esta segunda regla, observa que para la aplicación de la misma son necesarios "los resultados de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto", en consecuencia, no existiendo datos suficientes para la determinación de valor de transmisión mediante la aplicación de la misma, pues la Sociedad fue constituida en fecha 22/07/2011 y las participaciones se transmiten en fecha 23/09/2013, la única regla susceptible de aplicación, es la correspondiente al valor teórico de las participaciones transmitidas. >

En cambio, para el Director recurrente:

< La propia circunstancia de que el artículo no prevea que ocurre en los casos en los que la empresa lleva operando menos tres años conduce a la interpretación realizada por la Inspección: intentar aproximar el valor de la inversión con los datos de los que se dispone. Dicha aproximación es igualmente válida y significativa con independencia del número de años que lleve operando la empresa. Es más, el hecho de que en los primeros años de actividad la rentabilidad de la inversión arroje un beneficio significativo que conlleva una valoración de la inversión superior a la que se deriva de una aproximación atendiendo al patrimonio neto es, de facto, significativo, pues refleja que desde el primer momento estamos ante una inversión rentable y por lo tanto de mayor valor.

La norma establece un máximo de resultados a considerar, tres, pero no un mínimo. Ignorar totalmente esta segunda regla equivale a dejar de aplicar la misma. En este sentido puede entenderse que también es significativo que la norma no haya regulado de manera expresa este supuesto señalando de forma clara que el valor de la participación en tal caso sólo puede venir marcado por el valor del patrimonio neto.

Ante la ausencia de una regulación específica entendemos que se ajusta a la norma la interpretación realizada por la Inspección, en virtud de la cual se toman los resultados de los que disponemos -en este caso dos ejercicios- y se promedian por el número de ejercicios de los que tenemos información -en este caso serían dos ejercicios-. >

Este Tribunal ya adelanta que no comparte el criterio del Director recurrente.

En los términos expuestos en el Fundamento de Derecho anterior, el Impuesto pretende y debe gravar la renta obtenida por los contribuyentes, porque -ex. art. 6.1- "*constituye el hecho imponible la obtención de renta por el contribuyente*"; renta que, tratándose de la transmisión a título oneroso de un determinado elemento patrimonial, será -ex. art. 34.1- una ganancia o pérdida patrimonial por "*la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión*" de tal elemento, resultando que la que termina gravando -ex. art. 35.2- es la renta que se habría obtenido si ese elemento se hubiese transmitido a valor de mercado, dado que:

"2. El valor de transmisión será el importe real por el que la enajenación se hubiese efectuado. ...

Por importe real del valor de enajenación se tomará el efectivamente satisfecho, siempre que no resulte inferior al normal de mercado, en cuyo caso prevalecerá éste."

Y también hemos expuesto por qué eso es así, y que ello no ha sido contemplado nunca ni como anomalía alguna ni como algo susceptible de objeción.

Con la consecuencia añadida de que, como ya lo hemos dicho un poco más atrás, el que manda es el valor de mercado del elemento de que se trate.

Una apelación al "valor de mercado" que también se repite en el concreto precepto que aquí nos ocupa, el art. 37.1.b, uno de cuyos incisos dispone que:

"Salvo prueba de que el importe efectivamente satisfecho se corresponde con el que habrían convenido partes independientes en condiciones normales de mercado,"

Que, de entrada, es una previsión que produce extrañeza para unos valorar unos títulos "**no admitidos** a negociación **en** alguno de los **mercados** regulados", y, no sólo eso, sino que pueden ser unos títulos que no se negocien no ya en un mercado regulado, sino en ningún mercado, e incluso que no se negocien habitualmente, o, más aún, que no se hayan negociado nunca o casi nunca; a pesar de lo cual, la norma exige fijarles un valor de mercado.

Algo que en muchos casos no se antoja fácil, y en algunos casos bien podría decirse que raya con lo imposible; y de ahí lo que también hemos dicho antes de que esa previsión se presta a múltiples consideraciones y reflexiones, derivadas de que se exija una prueba que en muchos casos es difícil o casi imposible de obtener.

En esa situación, la falta de la prueba de cuál sea su valor de mercado, **el no conocimiento de cuál sea ese valor de mercado de los títulos no cotizados transmitidos, supondrá que el Impuesto ya no gravará exactamente lo que pretendía gravar** en los términos antes expuestos: la renta que se habría obtenido si esos títulos no cotizados se hubiesen transmitido a valor de mercado.

Pero como el Impuesto tiene que funcionar y aplicarse también en casos como esos, para ello la Ley del Impuesto ha optado por la solución de la que antes hemos hablado: recurrir a esas dos fórmulas objetivas con las que determinar el valor de tales títulos, y a esa previsión de que de los resultados de esas dos fórmulas debe tomarse el mayor de los dos.

En esa situación, y para los casos que plantea, lo que el Director recurrente pretende es salirse de la literalidad de una de esas reglas especiales, literalidad que es diáfana para este Tribunal :

"El que resulte de capitalizar al tipo del 20 por ciento el promedio de los resultados de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto."

Lo que nos lleva a recordar el aforismo de que *"in claris non fit interpretatio"*.

El artículo 12 de la LGT, en su apartado primero, dispone que *"Las normas tributarias se interpretarán con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 del Código Civil"*, estableciendo el artículo 3 del Código Civil, en su apartado primero, que *"Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas"*.

No obstante, debe asimismo tenerse en cuenta que, como ha considerado la jurisprudencia y doctrina, *"ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus"*, lo que supone que si el texto de la norma es claro, preciso e inequívoco, no existiendo desajuste entre sus términos y su significado final, el intérprete desde limitarse a su mera constatación y aplicación. Pues siendo la norma clara y unívoca, no admite más que una interpretación, careciendo de sentido que se intentaran realizar otras interpretaciones distintas, pues las mismas únicamente llevarían a oscurecer lo que es claro, a distorsionar su significado y, en definitiva, a tergiversar la clara voluntad del legislador.

Para este Tribunal el texto de la ley es claro y es fruto de la decisión del legislador de que el aplanamiento de la posible variabilidad de los resultados cuya capitalización es la que va a determinar el valor de los títulos-valores concernidos, debe realizarse de una determinada forma; y esa es, y así la recoge expresamente en la fórmula de cálculo legal que se establece en el art 37.1b) de la LIRPF, considerando *"los resultados de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto"*. De forma que, de no poder aplicarse con la literalidad que el art. 37.1.b la recoge porque, constituida la sociedad participada en el primer o segundo ejercicio social cerrado con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto, a esta última fecha no se disponen de los resultados de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad, la fórmula de cálculo que pivota sobre las rentas que la entidad obtiene resulta inaplicable, y la valoración hay que fiarla sólo y exclusivamente al resultado de la otra fórmula, la que atiende al patrimonio neto.

La norma no dice que los dos mecanismos tengan que entrar en juego en todo caso estableciendo un máximo de ejercicios a considerar. Tampoco el que en estos supuestos no opere uno de los mecanismos supone, como considera el Director, limitar la funcionalidad de la norma. Simplemente el legislador estima que el término de tres ejercicios sociales es el adecuado para considerar, con la adecuada proyección temporal, que ese mecanismo sea eficiente, estableciendo expresamente esa medida de tres ejercicios; de forma que, si en menos de tres ejercicios ese mecanismo no es significativo, eficiente, etc, sencillamente el legislador no contempla su aplicación. De haber querido lo contrario hubiera resultando sencillo recogerlo expresamente con una fórmula, por ejemplo, tal que *"los resultados, como máximo, de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto"*.

Siendo así, ante unas normas que contienen previsiones que se prestan a múltiples consideraciones y reflexiones derivadas de que se exija una prueba que en muchos casos es difícil o casi imposible de obtener, y cuando la literalidad de lo que está en cuestión es diáfana, **este tribunal entiende que no debe aceptarse la pretensión del Director recurrente que supone que ese inciso pueda aplicarse con una interpretación que se aparta de su literalidad**; interpretación que, por otra parte, y debido al funcionamiento de lo dispuesto el art. 37.1.b) LIRPF, nunca operaría en favor del contribuyente, pues le perjudicaría (cuando el valor de capitalización por los dos años superara al valor del patrimonio neto) o le resultaría indiferente (cuando el valor de capitalización por los dos años sea inferior al valor del patrimonio neto).

En este sentido se han pronunciado, además del TEAR de Cataluña, el TEAR de Madrid en resolución de 23 de junio de 2020 (RG 28-900-2018), el TEAR de Castilla y León, en resolución de 4 de junio de 2020 (RG 37-933-2017), el TEAR de Canarias en resolución de 20 de julio de 2021 (RG 35-1820-2019) así como el Tribunal

Superior de Justicia de Castilla y León en sentencias de 5 de abril de 2019(rec. contencioso administrativo nº 256/2018) y 27 de marzo de 2019 (rec. contencioso-administrativo nº 254/2018).

Finalmente, debe realizarse una precisión.

Lo concluido anteriormente alcanza a los supuestos en que, como el contemplado por la resolución del TEAR impugnada, al haberse constituido la sociedad participada en el primer o segundo ejercicio social cerrado con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto -en el supuesto del TEAR sociedad constituida en 22/07/2011 y transmisión de participaciones en 23/09/2013 -, a esta última fecha no se disponen de los resultados de "los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad" (únicamente existen uno o dos ejercicios sociales cerrados con anterioridad).

Supuesto distinto es aquel en que la sociedad participada lo que hubiera estado es inactiva en alguno o algunos de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto, no obteniendo pérdida o beneficio en dicho/s ejercicio/s. En este supuesto sí sería de aplicación la regla de capitalización, tomando como resultado nulo el del ejercicio o ejercicios en que hubiera estado inactiva y a continuación promediando por tres. Criterio éste coincidente con el de la Dirección General de Tributos en Consulta Vinculante V2080-21, de 12 de julio de 2021.

Por lo expuesto,

EL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL, EN SALA, en el recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio interpuesto por el **DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE INSPECCIÓN FINANCIERA Y TRIBUTARIA DE LA AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA**,

ACUERDA

DESESTIMARLO y unificar criterio en el sentido siguiente:

No es de aplicación la regla de determinación del valor de transmisión por el que resulte de capitalizar al tipo del 20 por ciento el promedio de los resultados de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto establecida en el artículo 37.1b) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, cuando, al haberse constituido la sociedad participada en el primer o segundo ejercicio social cerrado con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto, a esta última fecha no se disponen de los resultados de "los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto" del citado art. 37.1 b) LIRPF.

Sí es de aplicación la regla de determinación del valor de transmisión por el que resulte de capitalizar al tipo del 20 por ciento el promedio de los resultados de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto establecida en el artículo 37.1b) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, cuando la sociedad participada hubiera estado inactiva no obteniendo pérdida o beneficio en alguno o algunos de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto, debiéndose tomar como resultado nulo el del ejercicio o ejercicios en que hubiera estado inactiva, y a continuación promediando por tres.

Fuente: Sitio web del Ministerio de Hacienda.