

**TRIBUTACIÓN**

**NOVEDADES TRIBUTARIAS EN MATERIA  
DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES (II)**

**Núm.  
15/2002**

**EDUARDO SANZ GADEA**

*Licenciado en Derecho y en Ciencias Económicas*

**Extracto:**

**E**L presente artículo se centra en las modificaciones que la Ley 24/2001 ha introducido respecto del régimen de consolidación fiscal y de la denominada diferencia de fusión.

---

## Sumario:

---

11. Régimen de consolidación fiscal.
  - 11.1. Nueva denominación.
  - 11.2. El establecimiento permanente como sociedad dominante (artículo 81.2.a).
  - 11.3. Porcentaje de participación (artículo 81.2.b).
  - 11.4. Tiempo previo de tenencia de la participación (artículo 81.2.b).
  - 11.5. Órgano competente para adoptar el acuerdo de tributación en régimen de consolidación fiscal (artículo 84.2).
  - 11.6. Efectos de la falta de adopción de los acuerdos.
  - 11.7. Duración del régimen de consolidación fiscal (artículo 84.5).
  - 11.8. Comunicación de la composición del grupo de sociedades (artículo 84.6).
  - 11.9. Compensación de bases imponibles negativas.
  - 11.10. Regulación de las eliminaciones y de las incorporaciones por normas mercantiles.
  - 11.11. La deducción por reinversión.
  - 11.12. La exención de dividendos y plusvalía de fuente extranjera.
12. La fusión impropia.
  - 12.1. Introducción.
  - 12.2. La diferencia de fusión.
  - 12.3. Fusiones impropias internacionales.
  - 12.4. La diferencia de fusión y la deducción por reinversión.
13. Empresas de reducida dimensión.
  - 13.1. Descripción de las modificaciones.
  - 13.2. Los incentivos fiscales de las empresas de reducida dimensión y la deducción por reinversión.
14. Aportaciones no dinerarias especiales.
15. Entidades no lucrativas.
16. Arrendamiento financiero y agrupaciones de interés económico.
17. Transmisiones de elementos patrimoniales de carácter obligatorio.

## 11. RÉGIMEN DE CONSOLIDACIÓN FISCAL <sup>1</sup>

El artículo 2, Diecisiete a Treinta y seis, ambos inclusive, de la Ley 24/2001 ha dado nueva redacción al capítulo VII del título VIII de la Ley 43/1995.

### 11.1. Nueva denominación.

El capítulo VII del título VIII de la Ley 43/1995 pasa a denominarse «Régimen de consolidación fiscal», y el sujeto pasivo «grupo fiscal». Esta inocua variación ha obligado, sin embargo, a dar nueva redacción a un buen número de preceptos. No vale la pena indagar las posibles motivaciones del cambio, pero sí conviene recordar que la sección tercera del título III del Código de Comercio, reguladora de las cuentas anuales consolidadas, se denomina «Presentación de las cuentas de los grupos de sociedades».

### 11.2. El establecimiento permanente como sociedad dominante (artículo 81.2.a).

El artículo 81 concede a los establecimientos permanentes la cualidad de sociedades dominantes. Por tanto podrán tributar, conjuntamente con sus sociedades participadas residentes en territorio español, en el régimen de consolidación fiscal.

Es probable que la modificación obedezca a la sentencia Saint-Gobain del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la cual entendió que el principio de «trato nacional» en el que está basado el derecho de establecimiento del artículo 43 del Tratado de la Unión Europea obliga a otorgar a los establecimientos permanentes la misma tributación que a las sociedades residentes respecto de situaciones o relaciones comparables.

La norma se limita a declarar que los establecimientos permanentes «...podrán ser considerados dominantes...», pero no especifica la forma en cómo debe configurarse el grupo fiscal. Por aplicación de las normas generales cabe interpretar que se integrarán en dicho grupo todas las entidades residentes en territorio español que tengan la cualidad de dependientes del establecimiento permanente atendiendo a lo previsto en el artículo 81.3. En consecuencia, una entidad extranjera podrá tributar en España a través de tantos grupos cuantos establecimientos permanentes disponga en territorio español, ya que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 16 de la Ley 41/1998 puede tener, bajo determinadas circunstancias, establecimientos permanentes distintos en territorio español, que se gravarán separadamente.

Este mismo efecto ya se venía produciendo en relación con las sociedades filiales residentes en territorio español de matrices extranjeras.

<sup>1</sup> Los subapartados 11.1, 11.2, 11.3, 11.4, 11.5, 11.7 y 11.8 han sido tomados del número 224 de la *Revista de Contabilidad y Tributación (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros.

Tal vez lo más conveniente sea establecer normas específicas para la formación de grupos fiscales dependientes de matrices extranjeras, donde el núcleo aglutinador descansa en la residencia o ubicación en territorio español.

La posibilidad de tributar en régimen de consolidación fiscal no modifica las normas de determinación de la base imponible del establecimiento permanente, contenidas en el artículo 17 de la Ley 41/1998, de manera tal que las especialidades de las mismas respecto de las disposiciones del régimen general del Impuesto sobre Sociedades continúan siendo aplicables. Ahora bien, cabe preguntarse bajo qué concepto se produce la tributación, porque el establecimiento permanente es una técnica para hacer tributar en España las rentas obtenidas por un no residente, aplicándose en tal caso el Impuesto sobre la Renta de los No Residentes, en tanto que el régimen de consolidación fiscal es propio del Impuesto sobre Sociedades.

No es indiferente la elección por uno u otro tributo. En efecto, si se considera que lo relevante, en cuanto entidad dominante, es el establecimiento permanente ha de notarse que, caso de estar domiciliado en el País Vasco, la competencia normativa podría corresponder a las Diputaciones Forales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 17.3 de la Ley 12/1981, del Concierto con el País Vasco, en tanto que si se considera que lo relevante es la existencia de un grupo de sociedades que tributa en régimen de consolidación, la competencia normativa sólo correspondería a las Diputaciones Forales cuando el establecimiento permanente y las sociedades dependientes estuvieran sujetos a normativa foral en régimen de tributación individual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.2 de la Ley 12/1981. Por lo tanto sería posible que, caso de prevalecer la tributación por el Impuesto sobre la Renta de los No Residentes por considerarse que la esencia del sujeto pasivo es la de un establecimiento permanente, alguna entidad que en régimen individual hubiera tributado por el Impuesto sobre Sociedades de régimen común vertiera sus rentas en una base imponible correspondiente a un sujeto pasivo de régimen foral. Nótese que aunque el artículo 6.2 de la Ley 12/1981 otorga la competencia al Estado en relación con la fiscalidad de los no residentes, lo cierto es que el artículo 17.3 de la referida ley establece una excepción respecto de los establecimientos permanentes.

### **11.3. Porcentaje de participación (artículo 81.2.b).**

El porcentaje de participación, directo o indirecto, desciende al 75 por 100. Recordemos que el inicial fue el 50 por 100 (artículo 4 del Real Decreto-Ley 15/1977), y que el hasta ahora vigente del 90 por 100 fue establecido por la disposición adicional tercera de la Ley 18/1982.

Este porcentaje de participación es uno de los más bajos de los países de nuestro entorno. En efecto, en la Unión Europea tienen establecido régimen de consolidación fiscal Austria, Dinamarca, Luxemburgo, Holanda, Alemania y Portugal, siendo todos los porcentajes de participación superiores al 75 por 100, excepto en Austria que es, justamente, el 75 por 100. También en el Reino Unido el porcentaje es del 75 por 100, pero el régimen de este país no es propiamente de consolidación sino de compensación de pérdidas.

Las dificultades prácticas de la comprobación inspectora de los grupos fiscales van a aumentar si bien no es probable que el descenso del porcentaje de participación vaya a suponer una ampliación significativa de los mismos con carácter general.

#### **11.4. Tiempo previo de tenencia de la participación (artículo 81.2.b).**

Se suprime el requisito de tenencia del porcentaje de participación con un año de antelación al primer día del período impositivo en el que sea de aplicación el régimen. En lo sucesivo bastará con que el 75 por 100 concorra «...el primer día del período impositivo en que sea de aplicación este régimen de tributación...» (artículo 81.2.b).

#### **11.5. Órgano competente para adoptar el acuerdo de tributación en régimen de consolidación fiscal (artículo 84.2).**

La nueva redacción del artículo 84.2.b) indica que los acuerdos de acogimiento al régimen de consolidación fiscal «...deberán adoptarse por la junta de accionistas u órgano equivalente de no tener forma mercantil...». La redacción original nada establecía sobre el particular, de manera tal que la doctrina administrativa venía entendiendo que los referidos acuerdos debían ser adoptados por el órgano que fuere competente de acuerdo con las normas mercantiles.

#### **11.6. Efectos de la falta de adopción de los acuerdos.**

La redacción original del artículo 84.4 de la Ley 43/1995 no preveía las consecuencias de la falta de adopción de los acuerdos de tributar en el régimen de los grupos de sociedades, pero siendo tal régimen de carácter voluntario parecía obvio que dicha falta determinaba la imposibilidad de su aplicación, de manera tal que el contribuyente no podría hacerlo valer ni a través de una declaración complementaria ni mediante una manifestación de voluntad en tal sentido en el procedimiento de comprobación. El problema se planteaba en relación con las entidades que debían incorporarse una vez constituido el grupo. La nueva redacción del artículo 84.4 aborda ambos supuestos.

En lo que concierne al primer supuesto, el párrafo primero establece que la falta de los acuerdos «... determinará la imposibilidad de aplicar el régimen de consolidación fiscal...».

El mandato es consecuente con el régimen de consolidación fiscal. Nótese, además, el carácter rotundo del mismo, tal vez excesivo desde el punto de vista gramatical, pero en todo caso expresivo. El régimen de consolidación fiscal no se aplicará, y además sin posibilidad de subsanación del requisito incumplido.

En lo que concierne al segundo supuesto, el párrafo segundo contiene dos mandatos concatenados entre sí. En virtud del primero, la falta de adopción de los acuerdos correspondientes a las entidades que debían integrarse en el grupo ya constituido «... constituirá infracción tributaria simple de la entidad dominante, que se sancionará con multa de 300 a 6.000 euros...», pero «... no impedirá la efectiva integración en el grupo de las sociedades afectadas...», y, en virtud del segundo, se

determinará «... la imposibilidad de aplicar el régimen de consolidación fiscal, si en el plazo de dos años a partir del día en que concluya el primer período impositivo en que deban tributar en el régimen de consolidación fiscal persistiera la falta de acuerdo...».

Esta norma debe ser puesta en relación con la prevista en el apartado 3 del artículo 84, la cual obliga a las sociedades que en lo sucesivo deban integrarse en el grupo de sociedades a adoptar los acuerdos de tributación en el régimen de consolidación fiscal «... dentro de un plazo que finalizará el día en que concluya el primer período impositivo en el que deban tributar en el régimen de consolidación fiscal...». El incumplimiento de esta obligación tiene un primer efecto limitado al ámbito sancionador, y un segundo efecto sustantivo si, transcurrido un cierto período de tiempo, el acuerdo no se adopta. Este efecto sustantivo consiste en que el régimen de consolidación fiscal no se aplicará. Se trata de una inaplicación absoluta, frente al grupo en sí, que deja de serlo, y no sólo en relación con las sociedades que no adoptaron el acuerdo.

Respecto de los períodos impositivos afectados por la inaplicación del régimen de consolidación fiscal, entendemos que son aquellos en los que la entidad o entidades afectadas han formado parte del grupo de consolidación fiscal, lo que conlleva la producción de dos efectos:

- Extinción del grupo fiscal, debiéndose aplicar lo previsto en el artículo 95 de la Ley 43/1995 en relación con las magnitudes en estado de pendencia (eliminaciones, bases imponibles negativas, deducciones).
- Sustitución del régimen de consolidación fiscal por el régimen individual.

### **11.7. Duración del régimen de consolidación fiscal (artículo 84.5).**

La nueva norma cambia radicalmente los criterios de la redacción original. En efecto, de unos criterios basados en la duración mínima (tres períodos impositivos consecutivos) y en la extinción del régimen salvo solicitud de prórroga, se pasa a otros basados en la inexistencia de duración mínima y en el carácter indefinido del régimen.

La literatura legal comienza de manera inflexible afirmando que, una vez ejercitada la opción, el grupo fiscal «...quedará vinculado a este régimen de forma indefinida...», pero a continuación añade «...mientras no se renuncie a su aplicación a través de la correspondiente declaración censal...». Lo cierto es que el régimen se aplicará en aquellos períodos en que así lo decida el sujeto pasivo, a diferencia del sistema anterior donde había una duración mínima de tres períodos impositivos, inclusive en el caso de ejercicio de la prórroga.

La renuncia debe ejercitarse «...en el plazo de dos meses a contar desde la finalización del último período impositivo de su aplicación...».

La norma guarda silencio respecto del órgano social competente para adoptar el acuerdo de ejercitar el derecho de renuncia, pero teniendo la sociedad dominante la representación del grupo fiscal debemos entender que a ella corresponde el ejercicio de dicho derecho, sin necesidad del concurso de las restantes entidades del grupo fiscal, y que la formación de su voluntad a tal efecto se regula por las normas mercantiles.

La nueva redacción confiere una libertad importante a los sujetos pasivos para diseñar el régimen de tributación –individual o de consolidación fiscal–, que según los casos y períodos impositivos les pueda ser más idóneo. Así, por ejemplo, en los grupos con eliminaciones pendientes de incorporación de carácter negativo les puede resultar muy atractivo pasar al régimen de tributación individual por un período impositivo y retomar posteriormente el régimen de consolidación fiscal. El nuevo régimen facilita estas estrategias, lo que, sin duda, será bien visto por los principales grupos fiscales. Sin embargo, si consideramos la realidad del grupo fiscal como una verdadera unidad económica en el sentido del artículo 33 de la Ley General Tributaria, tal vez la regulación fiscal debería ir en el sentido de definirlo como sujeto pasivo con carácter obligatorio.

#### **11.8. Comunicación de la composición del grupo de sociedades (artículo 84.6).**

El segundo párrafo del artículo 84.6 obliga a la sociedad dominante a comunicar a la Administración tributaria, antes de la finalización del mismo, «...la composición del grupo fiscal... identificando las sociedades que se han integrado en él y las que han sido excluidas del mismo...». Este precepto reproduce, con mayor precisión, la obligación establecida en el artículo 51.2 del Real Decreto 537/1997.

#### **11.9. Compensación de bases imponibles negativas.**

El artículo 2.Veinticinco de la Ley 24/2001 ha incorporado en el apartado 1 del artículo 85 de la Ley 43/1995 determinadas precisiones en relación con la compensación de bases imponibles negativas.

En la letra a) del referido apartado se especifica que las bases imponibles individuales no incluirán «... la compensación de las bases imponibles negativas individuales...», y en la letra c), del mismo apartado, que procede la «... compensación de las bases imponibles negativas del grupo fiscal, cuando el importe de la suma de las letras anteriores resultare positivo, así como de las bases imponibles negativas referidas en el apartado 2 del artículo 88...».

Nada nuevo en relación con la norma modificada. En efecto, el artículo 88, en su redacción original y también actual, establece, de una parte, que el derecho a la compensación de bases imponibles es del grupo fiscal, de manera tal que las sociedades que lo integran carecen de dicho derecho y consecuentemente en sus bases imponibles individuales no podrá producirse la compensación, y de otra, que las bases imponibles negativas pendientes de compensación generadas en períodos impositivos anteriores a la consolidación fiscal se compensan por el grupo de sociedades.

En consecuencia, tanto en la redacción original como en la presente, la compensación de bases imponibles negativas se rige por los siguientes principios:

- Base imponible negativa del grupo fiscal: el derecho a la compensación es del grupo fiscal, aunque la pérdida se haya generado en alguna o algunas de las sociedades que lo componen. Estas sociedades no tienen derecho a la compensación, excepto si abandonan el grupo, o el mismo se extingue, y la base imponible negativa correspondiente a dichas pérdidas está pendiente de compensación, en los términos previstos en el artículo 95.1 b) de la Ley 43/1995.
- Base imponible negativa individual anterior a la consolidación fiscal: el derecho a la compensación es del grupo fiscal, aunque el importe compensable no podrá rebasar la base imponible individual de la entidad que aporta dichas bases imponibles negativas. En esta base imponible individual, y a los exclusivos efectos del límite de compensación, no se integran los dividendos o participaciones en beneficios respecto de los que procede la deducción plena para evitar la doble imposición de dividendos, de acuerdo con el nuevo inciso incorporado por el artículo 2.Veintiocho de la Ley 24/2001 al artículo 88.2 de la Ley 43/1995.

#### **11.10. Regulación de las eliminaciones y de las incorporaciones por normas mercantiles.**

El artículo 2.Veinticinco de la Ley 24/2001 ha añadido un nuevo apartado, 2, al artículo 85 de la Ley 43/1995, a cuyo tenor «...las eliminaciones y las incorporaciones se realizarán de acuerdo con los criterios establecidos en el Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre, por el que se aprueban las normas para la formulación de cuentas anuales consolidadas».

En virtud del principio de especialidad entendemos que la nueva norma no impedirá la aplicación preferente de las normas contenidas en la propia Ley 43/1995, relativas a las eliminaciones e incorporaciones.

El nuevo apartado 2 del artículo 85 de la Ley 43/1995 tampoco supone una modificación sustantiva de la legislación precedente. En efecto, puesto que la redacción original de la Ley 43/1995 no regulaba en su integridad las eliminaciones o incorporaciones, la laguna legal debía colmarse, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9.2 de la Ley General Tributaria, acudiendo a las normas supletorias, y éstas no podían ser otras que las contenidas en los artículos 42 a 49 del Código de Comercio desarrolladas por el Real Decreto 1815/1991.

El Real Decreto 1815/1991 no distingue entre eliminaciones e incorporaciones, pero es fácil advertir que la incorporación a que se refieren, entre otros, los artículos 85.1.c) y 87 de la Ley 43/1995 no es otra cosa que la reversión de la eliminación. La incorporación siempre tiene, como antecedente necesario, una previa eliminación, de manera tal que la incorporación lo es siempre de una eliminación previamente practicada. Por esta razón, lo que en la Ley 43/1995 se denomina incorporación



en el Real Decreto 1815/1991 no es otra cosa que la definición de la causa por la que debe entenderse que la eliminación previamente practicada debe revertir.

El Real Decreto 1815/1991 distingue tres tipos de eliminaciones:

- Eliminación de inversión-fondos previos (arts. 22 a 33).
- Eliminación de partidas recíprocas (arts. 34 y 35).
- Eliminación de resultados por operaciones internas (arts. 36 a 42)

#### *11.10.1. Eliminación de la inversión-fondos propios.*

##### 11.10.1.1. La eliminación de la diferencia de consolidación.

La eliminación de la inversión-fondos propios es la compensación del valor contable de la participación, directa o indirecta, de la sociedad dominante en el capital de la sociedad dependiente con la parte proporcional de los fondos propios de dicha sociedad en la fecha de la primera consolidación. De ahí nace la diferencia de consolidación que, caso de ser positiva, minorará el resultado contable consolidado a través de su amortización, sea como mayor valor de los elementos patrimoniales de la sociedad dependiente o como fondo de comercio de consolidación.

La amortización de la diferencia de consolidación incide sobre el resultado contable consolidado, pero no sobre los resultados contables individuales, de manera tal que formándose la base imponible consolidada mediante la suma de las bases imponibles individuales de las entidades que integran el grupo fiscal, es decir, mediante la suma de los resultados contables de las cuentas anuales, ni la eliminación inversión-fondos propios ni la amortización de la diferencia de consolidación pueden surtir efecto en la base imponible consolidada. Diferente hubiera sido si esta última se hubiera formado a partir del resultado contable consolidado, lo que seguramente es más correcto. A pesar de ello, el artículo 85.3 de la Ley 43/1995 establece que «... no tendrá la consideración de partida fiscalmente deducible de la base imponible del grupo fiscal la diferencia positiva entre el valor contable de las participaciones en el capital de las sociedades dependientes que posea, directa o indirectamente, la sociedad dominante y la parte proporcional que dichos valores representan en relación a los fondos propios de esas sociedades dependientes...».

Esta norma es teóricamente superflua, debido a la forma en como se determina la base imponible del grupo fiscal. Sin embargo, cumple una función práctica no desdeñable porque probablemente ha evitado aplicaciones forzadas de la normativa tendentes a conseguir ventajas fiscales que la misma no ampara. Se trata de una función preventiva que, tal vez, haya impedido el planteamiento de más de un enojoso conflicto. Máxime si tenemos en cuenta que el artículo 103.3 de la Ley 43/1995, en relación con un supuesto de hecho muy similar, establece la solución opuesta.

#### 11.10.1.2. La eliminación de las correcciones valorativas.

Forman también parte de la eliminación de inversión-fondos propios la eliminación relativa a la corrección valorativa realizada en relación con la participación sobre una sociedad dependiente, y la eliminación relativa a las transmisiones internas de participaciones sobre las sociedades del grupo.

La eliminación por causa de corrección valorativa interna está regulada en el artículo 27.3 del Real Decreto 1815/1991, el cual establece que «... se eliminarán previamente las correcciones valorativas correspondientes a la inversión en el capital de la sociedad dependiente realizadas con posterioridad a su pertenencia al grupo...».

El artículo 27.3 del Real Decreto 1815/1991 regula la eliminación de la corrección valorativa interna como parte de la eliminación de la inversión-fondos propios en consolidaciones posteriores. La eliminación de la corrección valorativa interna se regula con vistas a la eliminación de la inversión fondos-propios en consolidaciones posteriores. Y esto merece una reflexión respecto de la eficacia fiscal del artículo 27.3 del Real Decreto 1815/1991.

Ya hemos advertido anteriormente que la eliminación inversión-fondos propios determinante de la diferencia de primera consolidación es fiscalmente irrelevante, debido a que la referida diferencia no tiene efectos respecto de los resultados contables individuales, de manera tal que, en este punto, no ya sólo las normas del Real Decreto 1815/1991 carecen de efectos fiscales, sino que también el propio artículo 85.3 de la Ley 43/1995, relativo a dicha eliminación, debe ser tenido como una norma a lo sumo de carácter preventivo.

La eliminación de la inversión-fondos propios en consolidaciones posteriores tampoco incide sobre las cuentas de resultados individuales, de manera tal que, por ello, igualmente carece de efectos fiscales. El artículo 27, apartados 1 y 2, del Real Decreto 1815/1991, carece, por tal motivo, de efectos fiscales. No sería, por el contrario, correcto extender esta misma interpretación al apartado 3 de dicho artículo. En efecto, si bien es cierto, como hemos expuesto, que el apartado 3 cumple una función auxiliar respecto de la eliminación de inversión-fondos propios en consolidaciones posteriores, también lo es que la corrección valorativa interna está reflejada en la cuenta de pérdidas y ganancias de la entidad tenedora de la participación bajo la forma de una dotación a la provisión por depreciación de valores. En consecuencia, la eliminación de la corrección valorativa interna sí incide sobre la base imponible consolidada.

La corrección valorativa interna incide sobre el resultado contable individual y también, lógicamente, sobre el resultado contable consolidado. La eliminación de la corrección valorativa interna, por tanto, tiene eficacia fiscal, en cuanto que versa sobre un hecho, la corrección valorativa, que ha tenido incidencia en la cuenta de pérdidas y ganancias individual. Lo decisivo para valorar si el artículo 27.3 del Real Decreto 1815/1991 ha de ser fiscalmente aplicable no es si regula una eliminación con efectos sobre el balance consolidado o sobre el resultado contable consolidado, sino si el hecho al que se vincula la eliminación ha tenido o no incidencia en la cuenta de pérdidas y ganancias.

cias individual. Pues bien, el hecho al que se vincula la eliminación es una corrección valorativa con efectos sobre la cuenta de pérdidas y ganancias individual de la sociedad que tiene la participación sobre otra entidad del grupo y, por tanto, sobre su resultado contable. Por tanto, el artículo 27.3 puede y debe ser aplicado a efectos fiscales, sin otra restricción que la prevista en el artículo 87.3 de la Ley 43/1995, a la que más adelante nos referiremos.

El artículo 27.3 del Real Decreto 1815/1991 se aplica cuando se ha practicado una corrección valorativa respecto de la participación sobre una sociedad dependiente realizada con posterioridad a su pertenencia al grupo. El supuesto de hecho del artículo 27.3 es que se haya practicado una corrección valorativa, y el mandato que dicha corrección valorativa se elimine.

Desde el punto de vista de la preparación de las cuentas anuales, la eliminación de la corrección valorativa surte efectos tanto en el balance consolidado como en la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada, puesto que la corrección valorativa también incide sobre ambas cuentas. En el balance consolidado, porque la provisión a través de la que se manifiesta la corrección valorativa es una partida que, junto a las restantes de la sociedad dependiente, debe formar parte del balance agregado de todas las sociedades que componen el grupo; y en la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada, porque la dotación a la provisión igualmente debe formar parte de la cuenta de pérdidas y ganancias agregada. El tratamiento de la corrección valorativa adoptará la forma de eliminación de una provisión a efectos de la formación del balance consolidado y la forma de eliminación de una dotación a efectos de la formación de la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada. Si como técnica contable de consolidación se utiliza la partida doble para pasar del balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias agregados a las cuentas consolidadas, los asientos serían:

*Provisión*

*a Resultados*

(en balance)

\_\_\_\_\_ x \_\_\_\_\_

*Resultados*

*a Dotación*

(en pérdidas y ganancias)

\_\_\_\_\_ x \_\_\_\_\_

Pero a efectos de la formación de la base imponible del grupo fiscal, es intrascendente todo el discurso contable previo. Lo importante es que la corrección valorativa forma parte de la suma de las bases imponibles individuales de las sociedades que forman el grupo fiscal, en cuanto que la dotación a la provisión es una partida de la cuenta de pérdidas y ganancias de una sociedad del grupo y, por tanto, ha influido en la determinación del resultado contable de la misma.

Aun cuando el artículo 27.3 del Real Decreto 1815/1991 fuera entendido como exclusivamente aplicable en relación con la determinación de la eliminación inversión-fondos propios en consolidaciones posteriores, esto es, como una eliminación exclusivamente con efectos sobre el balance consolidado, lo que creemos que no es así, el citado artículo 27.3 continuaría siendo fiscalmente aplicable ya que la corrección valorativa forma parte de la suma de las bases imponibles individuales.

En consecuencia, para determinar la base imponible del período impositivo en el que se practicó la corrección valorativa, procede sumar, en concepto de eliminación, el importe de dicha corrección valorativa con carácter positivo, por aplicación de lo previsto en el artículo 85.1.b) de la Ley 43/1995.

No obstante, si la dotación a la provisión no hubiere sido fiscalmente deducible, la eliminación, a efectos fiscales, no procedería. Así sucederá, por ejemplo, cuando el importe de la dotación exceda del importe de la diferencia de valores fiscales. En este caso, se eliminará el importe de la corrección valorativa que hubiere sido fiscalmente deducible.

Por el contrario, es irrelevante que la base imponible de la sociedad participada sea igual, mayor o menor que el importe de la corrección valorativa. Lo decisivo es que la corrección valorativa haya surtido efectos en la determinación de la base imponible de la sociedad que la ha practicado.

Desaparecidas las causas que motivaron la corrección valorativa, generalmente las pérdidas sufridas por la sociedad participada, aquélla no podrá mantenerse (artículo 39.4 del Código de Comercio), de manera tal que la provisión deberá revertir a la cuenta de pérdidas y ganancias. ¿Qué efectos tiene este hecho en las consolidaciones contable y fiscal?

El artículo 27.3 del Real Decreto 1815/1991 ordena eliminar las correcciones valorativas. La anulación o reversión de una corrección valorativa es el hecho contrario a su práctica. Por tanto, en un sentido literal, el artículo 27.3 no sería aplicable a este supuesto. No creemos que la interpretación literal sea la más idónea. En efecto, la corrección valorativa tiene el efecto de disminuir el valor de un elemento patrimonial, y su anulación o reversión, de aumentar dicho valor, en ambos casos, por referencia al valor contable previo. Y en ambos casos, y esto es lo importante, con incidencia, de signo contrario, en la cuenta de pérdidas y ganancias agregada. Pues bien, esta incidencia debe ser eliminada en ambos casos para determinar la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada.

Por esta razón, nos inclinamos por entender que el artículo 27.3 del Real Decreto 1815/1991 se aplica tanto en relación con la corrección valorativa practicada como en relación con la corrección valorativa anulada o revertida.

El asiento sería:

*Resultado**a Reserva en sociedades consolidadas*

(en balance)

\_\_\_\_\_ x \_\_\_\_\_

*Exceso de provisión**a Resultados*

(en pérdidas y ganancias)

\_\_\_\_\_ x \_\_\_\_\_

Al amparo del artículo 27.3 del Real Decreto 1815/1991 debe practicarse una eliminación respecto de la reversión de la corrección valorativa, lo que implica restar su importe, tanto del balance agregado como de la cuenta de pérdidas y ganancias agregada para obtener el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias consolidados.

La referida eliminación también procede a los efectos de determinar la base imponible consolidada, y ello porque la reversión de la corrección valorativa ha incidido sobre el resultado contable de la entidad que realizó dicha reversión. Al amparo del artículo 27.3 del Real Decreto 1815/1991 deberá efectuarse la incorporación de la eliminación anteriormente practicada, restando de la suma de las bases imponibles individuales el importe de la eliminación. El importe de la incorporación podrá ser diferente si la eliminación contable no tuvo plenos efectos fiscales.

Lo hasta aquí expuesto puede ser resumido en tres afirmaciones:

- El artículo 27.3 del Real Decreto 1815/1991 se aplica, también, a efectos fiscales.
- La corrección valorativa debe ser sumada a los efectos de determinar la base imponible, excepto si la dotación a la provisión no ha sido fiscalmente deducible.
- La anulación o reversión de la corrección valorativa debe ser restada a los efectos de determinar la base imponible, excepto si la dotación a la provisión no fue fiscalmente deducible.

El artículo 27.3 del Real Decreto 1815/1991 no aborda la cuestión del destino que ha de darse a la eliminación practicada cuando la sociedad participada abandona el grupo de sociedades o bien se extingue. No es extraño, porque ese hecho es absolutamente irrelevante desde el punto de vista contable.

En efecto, la transmisión de la participación de la entidad dependiente no motiva, por sí misma, la reversión de la corrección valorativa, de manera tal que, estando vinculada la anulación o reversión de la eliminación exclusivamente a la anulación o reversión de la corrección valorativa, pare-

ce claro que dicha transmisión es irrelevante. Lo mismo cabe decir de la extinción de la sociedad participada, sea por fusión, escisión, o disolución y liquidación.

Sin embargo, este punto ha debido revelarse fiscalmente conflictivo, porque el legislador ha decidido que no era bastante con la remisión a la norma mercantil para regularlo correctamente. En efecto, el artículo 2.Veintisiete de la Ley 24/2001 ha incorporado un nuevo apartado al artículo 87 de la Ley 43/1995, a cuyo tenor deberá practicarse «... la incorporación de la eliminación de la corrección de valor de la participación de las sociedades del grupo fiscal cuando las mismas dejan de formar parte del grupo fiscal y asumen el derecho a la compensación de la base imponible negativa correspondiente a la pérdida que determinó la corrección de valor...».

La norma parcialmente transcrita merece un análisis detallado.

El supuesto de hecho de la misma está constituido por un hecho nuclear, a saber, que la sociedad respecto de la que se practicó la corrección valorativa deja de formar parte del grupo de sociedades fiscal y por un hecho accesorio, pero no por ello menos importante, consistente en que dicha sociedad asume el derecho a la compensación de la base imponible negativa correspondiente a la pérdida que determinó la corrección de valor.

El mandato es que, cuando concurra el supuesto de hecho en su plenitud, deberá practicarse la incorporación de la eliminación efectuada en un período impositivo anterior.

La norma fiscal se aparta de la contable. Donde no hay reversión o anulación de la eliminación contable habrá incorporación de la eliminación fiscal, que también lo fue contable. Esta asimetría de tratamiento de una eliminación que, en el ejercicio en que se practicó, tuvo efectos contables y también fiscales, pero que en el ejercicio en el que se produce la transmisión de la participación se incorpora a efectos fiscales pero no se anula o revierte a efectos contables, está justificada por la regulación de la compensación de las bases imponibles negativas y de la deducción por doble imposición de dividendos y plusvalías de cartera en la Ley 43/1995.

Pero lo más interesante del precepto transcrito no es lo que dice, sino lo que calla. En efecto, el supuesto de abandono del grupo de sociedades sin que la entidad que deja de formar parte del mismo asuma el derecho a la compensación de bases imponibles negativas no está regulado. ¿Laguna legal? En absoluto. Más bien aplicación directa de la norma mercantil, en este caso, el artículo 27.3 del Real Decreto 1815/1991, a cuyo tenor, como acabamos de exponer, el hecho del abandono del grupo de sociedades por la entidad que motivó la corrección valorativa es absolutamente irrelevante.

La norma fiscal da entrada a las normas contables, y regula determinados supuestos, de manera tal que los supuestos no específicamente regulados, que son la mayoría, se atenderán a las normas contables.

Cabe concluir, por tanto, que cuando una entidad deje de formar parte del grupo de sociedades y no asuma el derecho a la compensación de la base imponible negativa correspondiente a la

pérdida que motivó la corrección valorativa en la que se fundamentó la eliminación, no podrá incorporarse la eliminación.

Por lo tanto, el derecho a asumir la compensación de bases imponibles negativas en el momento de dejar de formar parte del grupo es lo decisivo en relación con la procedencia de la incorporación de la eliminación. Pues bien, de acuerdo con lo previsto en el artículo 95.1.b) de la Ley 43/1995, el derecho a la compensación se asume, por causa de dejar de formar parte del grupo fiscal, cuando concurren dos circunstancias, a saber, que el grupo fiscal tiene pendientes de compensar bases imponibles negativas, y que la entidad en cuestión hubiere contribuido a la formación de las mismas.

Parece claro que, a estos efectos, cobra una gran importancia determinar la medida en la que la entidad que deja de formar parte del grupo de sociedades ha contribuido a la formación de la base imponible negativa que el grupo de sociedades tiene pendiente de compensación. Pero ni la redacción original del artículo 95 de la Ley 43/1995 ni la salida de la Ley 24/2001 abordan esta cuestión que, en la práctica, se ha venido resolviendo en base a los criterios de que las bases imponibles negativas se compensan por orden de antigüedad, y de que todas las entidades que sufrieron bases imponibles negativas contribuyeron indistintamente a la determinación de la base imponible negativa.

De acuerdo con la argumentación precedente podemos concluir que la aplicación del artículo 27.3 del Real Decreto 1815/1991 para regular la corrección valorativa interna puede resumirse en los siguientes mandatos con eficacia fiscal:

- La dotación a la provisión para reflejar contablemente la corrección valorativa debe ser eliminada.
- La reversión de la provisión para reflejar contablemente la anulación de la corrección valorativa debe motivar la incorporación de la eliminación anteriormente practicada o, lo que es lo mismo, la eliminación del ingreso derivado de la reversión.
- El abandono del grupo de una entidad no motiva, por sí misma, la incorporación de la eliminación anteriormente practicada.

A la regulación precedente debemos añadir la puramente fiscal, contenida en el artículo 87.3 de la Ley 43/1995 consistente en una excepción a la regla general de que el abandono o el dejar de formar parte del grupo fiscal no determina la incorporación de la eliminación previamente practicada, en cuya virtud la entidad asume el derecho a la compensación de las bases imponibles negativas correspondientes a las pérdidas que motivaron la corrección valorativa.

#### 11.10.1.3. Transmisión interna de participaciones intragrupo.

También forma parte de la eliminación inversión-fondos propios la relativa a las transmisiones internas de participaciones sobre las sociedades del grupo. Tampoco respecto de esta elimina-

ción la norma fiscal se pronuncia, de manera tal que deberá aplicarse la norma mercantil, que es la contenida en el artículo 31 del Real Decreto 1815/1991, la cual ordena:

- No modificar los importes de las revalorizaciones de elementos patrimoniales, del fondo de comercio de consolidación o de la diferencia negativa de consolidación preexistente.
- Diferir los resultados de la transmisión hasta que se realicen frente a terceros. Se entiende que los resultados se han realizado frente a terceros cuando se transmita la participación o cuando la sociedad dependiente haya dejado de formar parte del grupo de sociedades.
- El resultado que se debe diferir es «... el que resultaría sobre la base del valor de la participación, teniendo en cuenta las reservas en sociedades consolidadas generadas, incluidas las generadas en el ejercicio corriente sin perjuicio de que luzcan en resultados consolidados, hasta la fecha de la transmisión o la fecha en que la sociedad dependiente deje de formar parte del grupo...».

Nótese que los resultados que han nutrido las reservas generadas por la sociedad participada a partir de la primera consolidación ya han sido realizadas, de manera tal que no deben diferirse, aunque tampoco computarse como resultados del ejercicio porque están incluidas en las reservas en sociedades consolidadas. El razonamiento inverso, pero basado en los mismos criterios, debe hacerse en relación con las pérdidas.

La aplicación de las normas precedentes determina, tanto en el caso de que la sociedad participada cuya participación se transmite internamente haya tenido pérdidas como beneficios, que los resultados habidos en la referida transmisión se eliminan. Y es importante subrayar que los resultados que se eliminan son los habidos en la transmisión, los imputables a la misma, pero no los que, registrados en las cuentas individuales de la entidad transmitente, son reflejo de la variación de valor de la participación causados por los resultados (positivos o negativos) sufridos por la entidad participada. Sucede, sin embargo, que cuando dichos resultados han sido negativos a través de la corrección valorativa ya han sido «tomados en cuenta» en la contabilidad de la entidad partícipe, a diferencia de lo que ocurre cuando los resultados han sido positivos, de manera tal que los resultados a eliminar coinciden con los registrados en la contabilidad de la entidad transmitente.

El efecto positivo, en ambos supuestos, es que los resultados de la transacción interna se eliminan, sin que, en el caso de previas correcciones valorativas anteriormente eliminadas, estas eliminaciones deban ser objeto de incorporación. De esta forma la transmisión interna de la participación no tiene efectos sobre el resultado contable consolidado.

La aplicación de las normas mercantiles examinadas en el ámbito fiscal determina que la base imponible consolidada no quede afectada por las transmisiones internas de participaciones intragrupo, lo que parece correcto, considerando que el sujeto pasivo es el grupo fiscal.



Como se expuso anteriormente, la reversión de la corrección valorativa interna debe motivar la incorporación de la eliminación. La transmisión interna de la participación determina la desaparición de la provisión, de manera tal que, en caso de recuperación de beneficios por parte de la sociedad participada no se producirá la citada reversión. Consecuentemente, tampoco procederá la incorporación de la eliminación anteriormente practicada. No obstante, dicha incorporación sí será procedente cuando hubiere sido aplicable la norma de recuperación del valor del artículo 19.6 de la Ley 43/1995, ya que, en este caso, el ingreso habrá lucido en el resultado contable individual de la entidad tenedora de la participación. Adviértase, sin embargo, que el referido precepto no parece tener una función en el régimen de los grupos fiscales porque las correcciones valorativas no tienen efectos debido a su eliminación.

#### 11.10.1.4. Transmisión de la participación intragrupo a terceros.

Ya hemos visto en apartados anteriores que existen normas específicas, tanto contables como fiscales, relativas a los efectos que la transmisión a terceros de la participación intragrupo produce respecto de ciertas eliminaciones practicadas en relación con hechos que afectan a dicha participación: correcciones valorativas (artículo 87.3 de la Ley 43/1995), transmisiones intragrupo (artículo 31 del Real Decreto 1815/1991).

Ahora nos ocupamos, con carácter general, de los efectos de la transmisión de la participación interna haciendo abstracción, inicialmente, de las posibles eliminaciones practicadas en relación con la misma.

El artículo 29 del Real Decreto 1815/1991 regula los efectos que la reducción en el porcentaje de dominio y de la inversión en las sociedades participadas producen, de una parte, en «... el fondo de comercio de consolidación o la diferencia negativa de consolidación... y las reservas en sociedades consolidadas...», y de otra, la forma en que deberá tomarse en cuenta «... la parte imputada a resultados del fondo de comercio o de la diferencia negativa de consolidación... para determinar el resultado de la operación que deberá lucir en la rúbrica de resultados extraordinarios en la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada...».

Enseguida advertimos que, habiendo privado de efectos fiscales el artículo 85.3 de la Ley 43/1995 tanto al fondo de comercio de consolidación como a la diferencia negativa de consolidación, el artículo 29 del Real Decreto 1815/1991 no tendrá efectos fiscales. La remisión que efectúa el artículo 85.2 de la Ley 43/1995 al Real Decreto 1815/1991 a efectos del régimen de las eliminaciones y las incorporaciones no cubre al artículo 29 de la citada norma reglamentaria, pero de ello no se deriva la existencia de una laguna.

El régimen de consolidación fiscal no es, en puridad, un régimen basado en el resultado contable consolidado, sino en el resultado contable individual corregido por las eliminaciones e incorporaciones propias de la consolidación. La transmisión de la participación a terceros determina una

ganancia o una pérdida para la entidad transmitente, que se refleja en el resultado contable individual de la misma, a través del cual influye en la base imponible consolidada. Si, respecto de la participación transmitida, no se han producido eliminaciones, sea por correcciones valorativas o por transmisiones internas, la transmisión a terceros de la participación no determina un supuesto de eliminación o incorporación.

Cuando se transmite la participación en el precio se incorporan idealmente el capital, las reservas y los valores latentes (materiales o inmateriales) de la entidad participada, y de su confrontación con el valor contable luce una ganancia o pérdida en la cuenta de pérdidas y ganancias de la entidad transmitente. Puesto que las reservas de la entidad participada proceden de beneficios que han tributado en períodos impositivos precedentes o que tributarán por el hecho de la transmisión de la participación (artículos 87.2 y 95.3 de la Ley 43/1995), podría entenderse que se produce una doble imposición, a menos que dichas reservas se tomen en cuenta, como ordena el artículo 29 del Real Decreto 1815/1991, para determinar el resultado de la transmisión de la participación. No es correcto dicho entendimiento. En efecto, la doble imposición no se producirá por aplicación de lo previsto en el artículo 28.5 de la Ley 43/1995. Este precepto permite deducir de la cuota íntegra «... el resultado de aplicar el tipo de gravamen al incremento neto de los beneficios no distribuidos... generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación...», cuando entre las rentas del sujeto pasivo se computan las derivadas de la transmisión de acciones o participaciones, bajo el cumplimiento de determinados requisitos.

La base de cálculo de la deducción coincide, básicamente, con las reservas en sociedades consolidadas, ya que éstas son, de acuerdo con lo establecido en el artículo 27 del Real Decreto 1815/1991 «... las reservas generadas por las sociedades dependientes desde la fecha de la primera consolidación...». De esta manera, la normativa fiscal, que es la que procede aplicar al supuesto de transmisión de la participación, procura, sin embargo, una solución armónica con la establecida por la normativa contable.

La conclusión que se obtiene de los razonamientos precedentes es que la renta derivada de la transmisión de la participación se rige por las reglas generales. Por tanto, se integrará en la base imponible consolidada, a través de la base imponible individual de la entidad transmitente, la renta derivada de la transmisión de la participación, que no será otra que la determinada por diferencia entre el valor de transmisión y el valor contable, como regla general. Ninguna corrección de carácter fiscal ha de realizarse por el hecho de que la participación transmitida lo sea sobre una entidad que ha formado parte del grupo fiscal.

Cuando la participación transmitida ha soportado una corrección valorativa que permanece viva en el momento de la transmisión debido a que las pérdidas de la entidad participada no se han compensado con beneficios posteriores de la misma, pero sí con los del propio grupo fiscal, el artículo 87.3 de la Ley 43/1995 establece, de manera indirecta, que la corrección valorativa no debe incorporarse. Fuera de esta regla no existen otras aplicables al caso, de forma tal que la renta derivada de la transmisión se rige por las reglas generales.

También en este caso puede advertirse una sintonía entre la regulación fiscal y la contable. En efecto, la eliminación de la corrección valorativa practicada en el período impositivo en el que se produjo la misma tiene efectos contables y fiscales por aplicación del artículo 27.3 del Real Decreto 1815/1991, y la transmisión de la participación no determina, ni a efectos contables ni fiscales, la incorporación de la eliminación anteriormente practicada. Por lo demás, el resultado de la transmisión de la participación es la diferencia entre el valor de transmisión y el valor contable.

Cuando la participación intragrupo ha sido objeto de una transmisión interna, el artículo 31 del Real Decreto 1815/1991 ordena diferir los resultados de la transmisión hasta que se realicen frente a terceros, entendiéndose que dicha realización se produce cuando la participación intragrupo se transmita o la misma deje de formar parte del grupo de sociedades. Este precepto es fiscalmente aplicable, de acuerdo con lo previsto en el artículo 85.2 de la Ley 43/1995. El resultado intragrupo, positivo o negativo, deberá incorporarse con ocasión de la transmisión de la participación. Al mismo tiempo, para evitar la doble imposición interna, la entidad transmitente podrá aplicar la deducción del artículo 28.5 de la Ley 43/1995. ¿Sobre qué base de cálculo? Caben ciertas alternativas.

Si con ocasión de la transmisión interna procede aplicar la deducción del artículo 28.5, la base de cálculo será el importe de los beneficios no distribuidos generados desde dicha transmisión, pero, si con ocasión de la referida transmisión no procede tal deducción, la base de cálculo será la suma de los beneficios no distribuidos generados durante el tiempo de tenencia de la participación por parte de la entidad que realizó la transmisión interna y de los beneficios no distribuidos generados a partir de dicha transmisión.

A nuestro modo de ver, en las transmisiones internas de participaciones intragrupo no procede la deducción del artículo 28.5 porque es condición de la misma que «... entre las rentas del sujeto pasivo se computan las derivadas de la transmisión de valores...» y, si bien es cierto que en la base imponible de la entidad transmitente se integran las rentas derivadas de la transmisión de la participación, también lo es que el sujeto pasivo es el grupo fiscal y que en la base imponible del mismo no se integra la referida renta porque es eliminada.

#### 11.10.1.5. Correcciones de valor anteriores a la consolidación fiscal.

Estas correcciones no fueron objeto de eliminación. Por tanto, la reversión de las mismas tampoco debe motivar su incorporación. En este sentido, el último inciso del apartado 3 del artículo 87 de la Ley 43/1995 establece que «... no se incorporará la reversión de las correcciones de valor practicadas en períodos impositivos en los que la entidad participada no formó parte del grupo fiscal...».

La doctrina administrativa contenida en consultas del artículo 107 de la Ley General Tributaria ya había venido manteniendo un criterio coincidente con el nuevo inciso del artículo 87.3 de la Ley 43/1995, cuya lógica es inapelable. En efecto, la corrección valorativa no fue eliminada por corresponder a un período impositivo en el que la entidad que la practicó no pertenecía al grupo fiscal, sea porque éste no existía o porque existiendo aquélla no estaba integrada en el mismo, de manera tal

que, no habiendo habido eliminación, no procede la incorporación. De lo contrario, se produciría un déficit de tributación.

#### *11.10.2. Eliminación de partidas recíprocas.*

El artículo 34 del Real Decreto 1815/1991 ordena eliminar en las cuentas anuales consolidadas «... los créditos y débitos entre empresas del grupo...», y el artículo 35, también del Real Decreto 1815/1991, «... los gastos e ingresos entre empresas del grupo...». Estas eliminaciones no alteran el importe de la base imponible consolidada, pero no por ello son fiscalmente irrelevantes. En efecto, la eliminación de los créditos y débitos internos es el fundamento de la eliminación de las dotaciones a provisiones relacionadas con los créditos.

#### *11.10.3. Eliminación de resultados.*

Los artículos 36 a 42, ambos inclusive, regulan la eliminación de resultados por operaciones internas. Los artículos 86 y 87 de la Ley 43/1995 también regulan, aunque de manera muy general, esta eliminación.

El artículo 36 del Real Decreto 1815/1991 establece las reglas generales concernientes a las eliminaciones e incorporaciones de resultados por operaciones internas, y los restantes artículos regulan operaciones específicas. Las operaciones específicas son las siguientes:

- Operaciones internas de existencias.
- Operaciones internas de inmovilizado.
- Operaciones internas de servicios.
- Operaciones internas de activos financieros.
- Adquisición a terceros de activos financieros.
- Dividendos internos.
- Provisiones.

##### *11.10.3.1. Reglas generales de la eliminación de resultados por operaciones internas.*

El artículo 36.2 del Real Decreto 1815/1991 establece que deberá eliminarse «... la totalidad del resultado producido por las operaciones internas... y diferirse hasta que se realice frente a terceros ajenos al grupo...». De manera similar, el artículo 86.1 de la Ley 43/1995 prevé que para la

determinación de la «... base imponible consolidada se practicarán la totalidad de las eliminaciones de resultados por operaciones internas efectuadas en el período impositivo...».

Ni la norma contable ni la fiscal definen las operaciones internas, aunque sí las describen, estableciendo ambas como característica distintiva que las entidades que las realizan forman parte del grupo, contable o fiscal según proceda. En este sentido, el párrafo segundo del artículo 86.1 establece que se entenderán «... por operaciones internas las realizadas entre sociedades del grupo fiscal en los períodos impositivos en que ambas forman parte del mismo y se aplique el régimen de consolidación fiscal...».

La operación interna se caracteriza por estar realizada entre entidades que forman parte del grupo fiscal. La eliminación afecta a la totalidad de las operaciones internas.

Es condición de la eliminación de los resultados por operaciones internas que los mismos «... estuvieran comprendidos en las bases imponibles individuales de las entidades que forman parte del grupo fiscal...». Los resultados exentos o no integrados en la base imponible no podrán ser eliminados. Es el caso, por ejemplo, de las plusvalías de valores extranjeros del artículo 20 bis o de las amparadas en el Capítulo VIII del Título VIII de la Ley 43/1995. Esto significa, en primer lugar, que el régimen de exención de plusvalías de valores extranjeros o del Capítulo VIII del Título VIII se aplica preferentemente respecto de la consolidación fiscal, y, en segundo lugar, que los resultados derivados de la operación interna no serán eliminados. Consecuentemente, cuando los títulos se transmitan a terceros tampoco deberán ser incorporados.

Sin embargo, nada se establece respecto de aquellas rentas que se integran en la base imponible pero que disfrutan de una deducción de la cuota que, en la práctica, las exime de tributación, como son las del artículo 28.5 de la Ley 43/1995. Más adelante examinaremos este supuesto.

Los resultados por operaciones internas se entienden realizados, según el artículo 87.1 y 2 de la Ley 43/1995, por dos motivos:

- Cuando se realicen frente a terceros.
- Cuando alguna de las entidades intervinientes en la operación interna dejen de formar parte del grupo fiscal.

El efecto de la realización del resultado es que los importes de «... los resultados eliminados se incorporarán a la base imponible del grupo fiscal...». La incorporación no es un concepto fiscal específico, sino el efecto fiscal de la realización del resultado previamente eliminado. Sin embargo, la modificación del régimen de la consolidación fiscal introducida por la Ley 24/2001 parece haber dado cuerpo a la incorporación no sólo como efecto de la realización del resultado frente a terceros sino como concepto específicamente fiscal, puesto que el artículo 85.2 se refiere a las «... eliminaciones y las incorporaciones...» contraponiéndolas, al tiempo que efectúa una remisión al Real

Decreto 1815/1991. Entonces, por incorporación debemos entender la realización del resultado frente a terceros, o, con mayor amplitud, la circunstancia que obliga a incorporar a la base imponible consolidada una eliminación previamente practicada.

Es fundamental, por tanto, el criterio normativo en el que se sustenta la incorporación. Sin embargo, ni la Ley 43/1995 ni el Real Decreto 1815/1991 establecen una definición de realización del resultado diferido o incorporación, ni tampoco regulan, con carácter general, los requisitos o circunstancias que deben determinar la incorporación. El Real Decreto 1815/1991 describe la realización de los resultados diferidos en relación con un conjunto, amplio, de operaciones, que, sin embargo, no agotan todos los casos.

Por tal razón, es útil intentar esbozar un concepto de incorporación, a efectos fiscales.

Debemos considerar, ante todo, que las incorporaciones descritas en los artículos 37 a 42, ambos inclusive, del Real Decreto 1815/1991, tienen eficacia fiscal. Y es a partir de ellas de donde debemos extraer los criterios básicos para construir el concepto fiscal de incorporación.

El hecho en el que se apoyan los referidos preceptos para definir la realización del resultado diferido es la transmisión a terceros del elemento objeto de la transacción interna. Pero detrás de este hecho late una justificación: cuando se transmite el elemento patrimonial a terceros ha cesado para el grupo el riesgo en relación con tal elemento patrimonial, en el sentido de que el mismo ya no generará ni costes ni ingresos. En este sentido podemos definir la incorporación en función de la concurrencia del hecho que determina que el elemento patrimonial objeto de la transacción interna no es susceptible de producir ni costes ni ingresos, lo cual puede suceder en dos casos, básicamente:

- Cuando el elemento patrimonial objeto de la transmisión interna se transmita a terceros ajenos al grupo.
- Cuando el elemento patrimonial objeto de la transmisión interna, aun siendo susceptible de ser transmitido a terceros, racionalmente no se transmitirá, debido a que la utilidad que procuraría a su adquirente es idéntica a la del dinero.

#### 11.10.3.2. Eliminaciones de resultados por operaciones internas de existencias.

Sobre esta clase de eliminaciones no existen normas en la Ley 43/1995. Por lo tanto, se aplicarán las contenidas en el artículo 37 del Real Decreto 1815/1991.

El importe a eliminar «... será igual a la diferencia entre el precio de adquisición o coste de producción, neto de provisiones, y el precio de venta...». Teniendo en cuenta que no existen normas fiscales específicas respecto de la valoración de existencias, el importe a eliminar normalmente estará incluido en la base imponible.

El resultado se entiende realizado, y, por tanto, la incorporación de la eliminación previamente practicada debe producirse cuando:

- Se enajenan a terceros las mercaderías adquiridas o los productos de los que forman parte las materias primas adquiridas.
- Cuando exista una depreciación respecto del precio de adquisición o coste de producción de las existencias.

La calificación de los elementos objeto de la operación interna, sea como inmovilizado o circulante, se efectúa en relación con la entidad adquirente. Por esta razón, cuando las existencias se integran, como coste, en activos inmovilizados, deberán aplicarse las normas relativas a operaciones internas de inmovilizado.

#### 11.10.3.3. Eliminación de resultados por operaciones internas de inmovilizado.

Tampoco sobre esta eliminación existen normas en la Ley 43/1995, de aquí que se apliquen las contenidas en el artículo 38 del Real Decreto 1815/1991. El artículo 38 se refiere a «... operaciones internas de inmovilizado...», de manera que, en principio, parecería que también a las que versan sobre el de carácter financiero. Sin embargo, el artículo 40 se refiere a las «... operaciones internas de activos financieros...». El artículo 40 no define el conjunto de los activos financieros concernidos, aunque, al excluir expresamente a «... las participaciones en el capital de las Sociedades del mismo (el grupo)...», parece claro que en el mismo se albergan también las participaciones en el capital de entidades que no pertenecen al grupo, de forma tal que las operaciones sobre el inmovilizado financiero se regulan en el artículo 40, y también las del circulante de tal carácter.

El importe a eliminar «... será igual a la diferencia entre el precio de adquisición o coste de producción, neto de amortizaciones, y el precio de venta».

Teniendo en cuenta que la amortización contable no siempre coincide con la fiscal, nos encontramos con que el importe a eliminar no necesariamente coincidirá con la renta que se integra en la base imponible de la entidad transmitente, excepto si las amortizaciones que deben tomarse en cuenta son las contables corregidas por aplicación de las normas fiscales. Lo más lógico es que se tomen en consideración las amortizaciones contables que surtieron efecto fiscal, puesto que así coinciden el importe de la renta integrada en la base imponible de la entidad transmitente con el de la eliminación.

El resultado se entiende realizado, y, por tanto, la incorporación de la eliminación previamente practicada debe producirse cuando:

- Se enajene a terceros el inmovilizado.

- Se enajene a terceros el activo al que se ha incorporado como coste la amortización del inmovilizado.
- En proporción a la amortización o baja en inventario de cada ejercicio, en el caso de que no se incorpore como coste de producción del inmovilizado.

Nuevamente aparece el problema de la amortización que se debe tomar para establecer la proporción en la que se debe incorporar la eliminación a lo largo de los sucesivos períodos impositivos. Puesto que para calcular el importe de la eliminación se tomó la amortización contable que hubiere surtido efecto fiscal, parece oportuno sostener el mismo criterio.

- Cuando exista una depreciación respecto del precio de adquisición o coste de producción del inmovilizado, neto de amortización.

#### 11.10.3.4. Eliminación de resultados por operaciones internas de servicios.

Tampoco existen normas sobre esta eliminación en la Ley 43/1995. Por tanto, serán de aplicación las del artículo 39 del Real Decreto 1815/1991.

Son operaciones internas por servicios «... todas aquellas en las que una sociedad del grupo adquiera servicios a otra, también del grupo, incluidos los financieros...».

Puesto que el ingreso por servicios es equivalente al gasto por servicios, únicamente procede la eliminación cuando los servicios adquiridos se incorporen como coste de existencias o de inmovilizado.

El importe a eliminar será igual a la diferencia entre el precio de venta del servicio y su precio de adquisición o coste de producción.

El resultado se entiende realizado, y, por tanto, la eliminación debe incorporarse:

- Cuando proceda, de acuerdo con las reglas de los artículos 37 (existencias) y 38 (inmovilizado).
- Cuando exista una depreciación respecto del precio de adquisición o coste de producción de los activos, en su caso netos de amortizaciones.

#### 11.10.3.5. Eliminación de resultados por operaciones internas de activos financieros.

Tampoco hay normas sobre esta eliminación en la Ley 43/1995, de manera tal que se aplica el artículo 40 del Real Decreto 1815/1991. Todas las transacciones sobre activos financieros, tanto



de renta fija como variable, están comprendidas en dicho precepto, a excepción de las que versan sobre participaciones en el capital de sociedades del propio grupo, las cuales, como sabemos, se regulan en el artículo 31 del Real Decreto 1815/1991.

El importe a eliminar «... será igual a la diferencia entre el precio de adquisición neto de provisiones y el precio de venta».

Puede suceder que no todas las dotaciones a la provisión hayan resultado ser fiscalmente deducibles. En este caso, nos inclinamos por entender que deberán tomarse las fiscalmente deducibles para calcular el importe de la eliminación, ya que de esta manera coincide dicho importe con la cantidad integrada en la base imponible de la entidad transmitente derivada de la operación interna.

La eliminación debe incorporarse:

- Cuando los actos financieros se enajenan a terceros.
- Cuando se produzca una depreciación respecto del precio de adquisición.

Seguidamente abordamos el análisis de determinadas operaciones que ofrecen particularidades:

- Transmisión de participaciones de valores extranjeros amparados en el artículo 20 bis.2 de la Ley 43/1995.
- Transmisiones de valores extranjeros no amparados en el artículo 20 bis.2 de la Ley 43/1995.
- Transmisiones de valores españoles amparados en el artículo 28.5 de la Ley 43/1995, en el régimen individual.
- Transmisiones de valores españoles no amparados en el artículo 28.5 de la Ley 43/1995.

Las transmisiones de valores extranjeros amparados en el artículo 20 bis.2 de la Ley 43/1995 generan rentas no susceptibles de eliminación porque las mismas no se incluyen en la base imponible, de manera tal que sería aplicable la excepción a la práctica de las eliminaciones prevista en el artículo 86.2 de la Ley 43/1995. Ahora bien, de acuerdo con lo previsto en el artículo 20 bis.3.c) de la Ley 43/1995, el sujeto pasivo puede optar por integrar dicha renta en la base imponible, en cuyo caso no se aplicará la exención prevista en el apartado 2 del mismo artículo ni, por lo tanto, la excepción a la práctica de las eliminaciones del citado artículo 86.2. Teniendo en cuenta la restricción a la integración de rentas negativas prevista en el apartado 4 del artículo 20 bis, por razón de la anterior obtención de rentas exentas, pudiera parecer que es más beneficioso para el sujeto pasivo optar por no aplicar la exención del artículo 20 bis.2, para así poder computar pérdidas futuras, y, al tiempo, eliminar la renta obtenida en la previa transmisión interna. Sin embargo, no es así porque la elimi-

nación de la renta interna determina la incorporación de la misma en el momento de la transmisión de la participación, de manera tal que es lo mismo disfrutar de la exención del artículo 20 bis.2 y no eliminar ni incorporar ni integrar las pérdidas derivadas de la transmisión, que no disfrutar de la exención, eliminar e incorporar e integrar la pérdida derivada de la transmisión.

Las transmisiones de valores extranjeros no amparados en el artículo 20 bis.2 de la Ley 43/1995 generan rentas susceptibles de eliminación puesto que las mismas se integran en la base imponible. La eliminación, además, es compatible con la deducción para evitar la doble imposición internacional del artículo 29 de la Ley 43/1995, aunque es poco probable que sobre la plusvalía obtenida en la transmisión de la participación recaiga un tributo extranjero, máxime en relación con los países con convenio para evitar la doble imposición internacional.

Las rentas derivadas de la transmisión de valores españoles, tanto si en el régimen de tributación individual pudieran ampararse en el artículo 28.5 de la Ley 43/1995 como si tal amparo no fuere posible, podrán eliminarse. Ahora bien, ello no genera un solapamiento de la eliminación con la deducción, ya que esta última no procede. En efecto, es requisito de la deducción del artículo 28.5 que «... entre las rentas del sujeto pasivo se computen las derivadas de la transmisión de valores representativos del capital o de los fondos propios...», pero, justamente, la eliminación impide que la renta se integre en la base imponible del grupo fiscal, que es el sujeto pasivo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 79 de la Ley 43/1995. La interpretación precedente podría combatirse alegando que la deducción del artículo 28.5 debe referirse a la entidad transmitente, considerada en sí misma y en sus circunstancias, pero, como veremos más adelante, esto no es así, porque el artículo 92 de la Ley 43/1995 establece que los requisitos para aplicar las deducciones de la cuota «... se referirán al grupo fiscal...».

#### 11.10.3.6. Adquisición a terceros de activos financieros.

A diferencia de las restantes eliminaciones, que se derivan de transmisiones intragrupo, la que ahora nos ocupa se origina a causa de la adquisición a terceros de activos financieros emitidos por cualquiera de las sociedades del grupo, a excepción de los representativos de la participación en el capital de las mismas.

El importe a eliminar es, de acuerdo con lo previsto en el artículo 41 del Real Decreto 1815/1991, «... la diferencia entre el valor de reembolso, deducidos los gastos financieros a distribuir en varios ejercicios que correspondan, y el precio de adquisición de dicho activo, minorado por los intereses devengados y no cobrados».

En rigor, no estamos ante una eliminación de resultados por operaciones internas sino ante la generación de un resultado en relación con las cuentas anuales consolidadas, positivo o negativo, derivado de la adquisición de títulos emitidos por un valor diferente a su valor contable. Por esta razón, el artículo 41 del Real Decreto 1815/1991 advierte que el resultado derivado de esta operación lucirá «... a los exclusivos efectos de formulación de las cuentas consolidadas...».

¿Tiene efectos fiscales este resultado? En la medida que la operación surta efectos sobre el resultado contable de la entidad adquirente, sin duda alguna. Si no es así, la respuesta es más dudosa, ya que no estamos ante una eliminación propiamente dicha.

#### 11.10.3.7. Eliminación de dividendos internos.

El artículo 86.3 de la Ley 43/1995 establece una norma relativa a la eliminación de los dividendos internos, cuyo objeto es excluir la eliminación de «... los dividendos incluidos en las bases imponibles individuales respecto de los cuales no hubiere procedido la deducción por doble imposición interna prevista en el artículo 28.4 de esta ley».

Esta norma implica una restricción respecto de otra, de carácter general, según la cual deben eliminarse los dividendos internos. Pero esta norma no está expresamente formulada en la Ley 43/1995, sino en el artículo 42 del Real Decreto 1815/1991, a cuyo tenor los dividendos internos deben ser eliminados, entendiéndose por dividendos internos «... los registrados como ingresos del ejercicio de una sociedad del grupo que hayan sido distribuidos por otra perteneciente al mismo...». A diferencia de otras eliminaciones, ésta no va seguida de una posterior incorporación.

De acuerdo con lo expuesto, existe un régimen general de la eliminación de dividendos y un régimen especial conformado alrededor de una restricción a la eliminación.

En los dividendos susceptibles de eliminación deben concurrir los siguientes requisitos:

- Ser ingresos de una sociedad del grupo fiscal.
- Haber sido distribuidos por otra sociedad también del grupo fiscal.
- Ambas circunstancias concurrir en el mismo período impositivo.

El período impositivo relevante es aquel en el que se produce la distribución. En ese período impositivo ambas entidades, la que distribuye y la perceptora, deben formar parte del mismo grupo fiscal. Por el contrario, no es relevante el período impositivo en el que se ha generado el beneficio del que procede el dividendo. Consecuentemente, dividendos procedentes de períodos impositivos en los que la entidad distribuidora no formaba parte del grupo fiscal, o la perceptora, podrían ser eliminados, con tal que en el período impositivo en el que se produzca la distribución del dividendo ambas pertenezcan al grupo fiscal.

El porcentaje de participación de la entidad perceptora del dividendo sobre la entidad pagadora es irrelevante. Cualquiera que sea dicho porcentaje procede la eliminación.

En cuanto a los dividendos que, a pesar de ser internos y cumplir con todos los requisitos anteriormente mencionados, no son susceptibles de eliminación, son todos los mencionados en el artículo 28.4 de la Ley 43/1995. Podemos sistematizar estos dividendos en tres grupos:

- Los que no proceden de beneficios obtenidos por la entidad que los distribuye [letras a) y b)].
- Los que proceden de valores que han sido poseídos durante un período inferior, en relación con el momento de distribución del dividendo, al legalmente establecido [letra d)].
- Los que no se han integrado en la base imponible o, habiéndose integrado, han motivado la depreciación de la participación [letra e)].
- Los que proceden de beneficios amparados en el régimen de la Zona Especial Canaria [letra f)].

La no eliminación de los dividendos se fundamenta en que, en el régimen individual, estos dividendos no tienen derecho a la deducción para eliminar la doble imposición. Ahora bien, este argumento no es siempre consistente, y puede dar lugar a supuestos de excesos de imposición. Así sucederá cuando la causa de la restricción a la deducción por doble imposición de dividendos sea que la distribución del dividendo provoca una depreciación de la participación. En este caso, que, por otra parte, es el más generalizado de entre los previstos en el artículo 28.4 de la Ley 43/1995, la depreciación no se integra en la base imponible consolidada, ya que procede la eliminación de la corrección valorativa, y el dividendo se integra plenamente al no proceder la eliminación. Por el contrario, en el régimen individual de tributación la depreciación sí se integra en la base imponible de la entidad perceptora del dividendo y, por esta razón, tiene pleno sentido la exclusión de la deducción por doble imposición de dividendos.

Lo correcto hubiera sido permitir la eliminación del dividendo, aun cuando no hubiere procedido la deducción por doble imposición de dividendos en el régimen individual, cuando la corrección valorativa derivada de la distribución de dicho dividendo no hubiese surtido efectos en la formación de la base imponible consolidada por haber sido eliminada.

El legislador no ha visto que el apartado 3 del artículo 86 de la Ley 43/1995 tuvo pleno sentido con la redacción original del artículo 28 de la citada Ley 43/1995, pero una vez que el Real Decreto-Ley 81/1996, y posteriormente la Ley 10/1996, modificaron dicho precepto con la finalidad de excluir la deducción por doble imposición de dividendos cuando la distribución determinaba una depreciación de la participación, tal sentido ya no existía. Se equivocó el legislador de 1996 al no captar esa circunstancia, y también el de 2001, por la misma razón.

#### 11.10.3.8. Eliminación de provisiones para cubrir contingencias.

Nada se establece en el Capítulo VII del Título VIII de la Ley 43/1995, respecto de las provisiones para cubrir contingencias nacidas de operaciones internas. Por ello, una vez más, se aplicará

la norma mercantil, que en este caso es el artículo 36.7 del Real Decreto 1815/1991, a cuyo tenor «Deberán eliminarse en las cuentas anuales consolidadas las provisiones correspondientes a elementos del activo que hayan sido objeto anterior de tales correcciones conforme a lo establecido en el artículo 34. También se eliminarán las provisiones derivadas de garantías o similares otorgadas en favor de otras Empresas del grupo».

En virtud del primer párrafo deberán eliminarse, entre otras, las dotaciones a la provisión por dudoso cobro respecto de créditos nacidos en operaciones intragrupo. En efecto, al eliminarse los créditos y débitos entre empresas del grupo, las provisiones relativas a los mismos también deberán ser eliminadas. Se trata de una eliminación de resultados por operaciones internas que deriva de una eliminación de partidas recíprocas. La eliminación debe producirse cualquiera que sea la técnica empleada para dotar la provisión. Es decir, no sólo procederá la eliminación cuando la dotación se ha realizado atendiendo a créditos específicos, sino a una masa de créditos.

Si la dotación a la provisión no ha sido fiscalmente deducible, no procederá la eliminación por cuanto que dicha dotación no ha surtido efecto en la base imponible individual.

En virtud del segundo párrafo, deberán eliminarse todas las dotaciones a las provisiones por riesgos y gastos que tengan su origen en quebrantos potenciales derivados de relaciones intragrupo.

La incorporación de las dotaciones a ambos tipos de provisión deberá producirse cuando reviertan a la cuenta de pérdidas y ganancias de la entidad que las dotó.

### **11.11. La deducción por reinversión.**

El artículo 2.Veintinueve de la Ley 24/2001 ha dado nueva redacción al artículo 89 de la Ley 43/1995, anteriormente dedicado al diferimiento por reinversión, y ahora a la deducción por reinversión.

La deducción por reinversión del artículo 36 ter de la Ley 43/1995 versa sobre una renta obtenida por una entidad del grupo fiscal. En efecto, es ella la que transmite el elemento patrimonial cualificado para disfrutar, en relación con las rentas obtenidas, de la deducción por reinversión. Sin embargo, dicha deducción será aprovechada por el grupo fiscal, en cuanto sujeto pasivo que es. En atención a ello, la deducción por reinversión está sometida a las siguientes normas en el régimen de consolidación fiscal:

- La deducción por reinversión no procede respecto de las rentas positivas obtenidas en las transmisiones intragrupo (artículo 89.2).

Esto es lógico porque la deducción por reinversión exige que la renta positiva se integre en la base imponible, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 36 ter.1 de la Ley 43/1995, y, por causa de la pertinente eliminación, dicha integración no se producirá. Pero, por lo mismo, cuando el resultado intragrupo se entienda realizado, la base de cálculo de la deducción por

reversión deberá incorporarlo, de manera tal que dicha base debería estar constituida no sólo por la renta obtenida por la entidad que transmite a un tercero el elemento patrimonial sino también por la renta previamente eliminada.

- La reversión puede realizarla la entidad transmitente o cualquier otra del grupo fiscal (artículo 89.1).

También esta regla deriva de que el grupo fiscal ostenta la condición de sujeto pasivo.

- Los requisitos establecidos para la aplicación de la deducción por reversión deben referirse al grupo fiscal (artículo 92.1).

Nuevamente esta regla deriva de la condición de sujeto pasivo que ostenta el grupo fiscal. Entre otras consecuencias de la misma citamos las siguientes:

- Tratándose de valores, el porcentaje de participación se calculará tomando en cuenta la totalidad de las transmisiones realizadas por las distintas sociedades que componen el grupo fiscal.
- El mantenimiento de los elementos patrimoniales en los que se haya materializado la reversión no se interrumpirá por causa de su transmisión intragrupo.
- La incompatibilidad entre la deducción por reversión y el cómputo de gastos derivados de la posterior adquisición o utilización del elemento patrimonial transmitido deberá, igualmente, referirse al grupo fiscal, y no sólo a la entidad transmitente.
- La reversión debe, con carácter general, realizarse adquiriendo los correspondientes elementos patrimoniales a terceros. Sin embargo, excepcionalmente, puede realizarse mediante adquisiciones intragrupo con tal que se trate de elementos patrimoniales nuevos (artículo 89.2).

### **11.12. La exención de dividendos y plusvalía de fuente extranjera.**

El último inciso del artículo 92.1 de la Ley 43/1995 establece que se referirán al grupo fiscal los requisitos «... para aplicar el régimen de exención establecido en el artículo 20 bis de esta Ley».

Seguidamente examinamos algunos requisitos del artículo 20 bis en relación con el régimen de consolidación fiscal.

#### *11.12.1. El porcentaje de participación.*

El porcentaje de participación de, al menos, el 5 por 100, establecido por el artículo 20 bis.1.a) de la Ley 43/1995, se determinará tomando en consideración las participaciones poseídas por todas y cada una de las entidades del grupo fiscal.

El cómputo del plazo de tenencia de la participación no se verá interrumpido por transmisiones intragrupo.

#### *11.12.2. Transmisiones intragrupo de la participación.*

El artículo 20 bis.2.c) de la Ley 43/1995 exceptúa la exención de la renta positiva obtenida en la transmisión de la participación cuando dicha participación «... hubiera sido previamente transmitida por otra entidad que reúna las circunstancias a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio para formar parte de un mismo grupo de sociedades con el sujeto pasivo, habiendo obtenido una renta negativa que se hubiere integrado en la base imponible».

Esta regla no se puede aplicar, de manera literal, al grupo fiscal, porque el mismo no puede formar parte de un grupo de sociedades mercantil, ya que este grupo está formado por sociedades.

Las rentas positivas generadas en las transmisiones intragrupo de una participación que reúne los requisitos del artículo 20 bis.2.c) pueden acogerse a dicho precepto. En efecto, si bien es cierto que los requisitos para aplicar el régimen de exención del artículo 20 bis.2 deben referirse al grupo fiscal, quien transmite la participación no es el grupo fiscal sino una entidad integrada en el mismo. Por tanto, dicha entidad podrá aplicar la exención, aunque el adquirente sea otra entidad del grupo fiscal, si bien no procederá la eliminación por aplicación del artículo 86.2 de la Ley 43/1995.

Por consiguiente, la norma del artículo 20 bis.2.c) ha de referirse a la entidad que ha obtenido la renta positiva, y de su aplicación podrá derivarse una restricción, total o parcial, de la exención, de manera tal que deberá integrar en su base imponible total o parcialmente aquella renta. Ahora bien, la renta integrada en la base imponible individual de la entidad transmitente derivada de una transmisión intragrupo podrá ser eliminada.

Cuando la participación se transmita a terceros, o de otra forma proceda la incorporación, la renta positiva eliminada deberá incorporarse y, entonces, tendrá plenos efectos la regla del artículo 20 bis.2.c) de la Ley 43/1995, impidiendo, total o parcialmente, el disfrute de la exención.

## **12. LA FUSIÓN IMPROPIA**

### **12.1. Introducción.**

El artículo 2.Treinta y siete de la Ley 24/2001 ha dado nueva redacción al artículo 103.3 de la Ley 43/1995. Este artículo tiene por objeto valorar los elementos patrimoniales adquiridos como consecuencia de una operación del Capítulo VIII del Título VIII de la Ley 43/1995, cuando la entidad adquirente participa en el capital o los fondos propios de la entidad transmitente.

Como es sabido, la regla general de valoración prevista para los elementos patrimoniales adquiridos a través de operaciones del Capítulo VIII del Título VIII está contenida en el artículo 99 de la Ley 43/1995. Esta regla ordena que dichos elementos patrimoniales se valoren «... por los mismos valores que tenían en la entidad transmitente antes de realizarse la operación...».

El artículo 103.3 exceptúa esta regla cuando concurren dos requisitos:

- Que la entidad adquirente participe en, al menos, un 5 por 100 en el capital de la entidad transmitente.
- Que la persona o entidad de la que se adquirió la participación reúna las circunstancias previstas en las letras a) y b) del artículo 103.3 de la Ley 43/1995.

La excepción consiste en que los elementos patrimoniales adquiridos no se valorarán por el valor que tenían en la entidad transmitente, sino que su valor se verá incrementado en «... el importe de la diferencia entre el precio de adquisición (de la participación) y su valor teórico...». Así pues, los elementos patrimoniales recibidos, incluso aquellos que no estaban registrados en el inventario de la entidad transmitente, como es el fondo de comercio generado por la misma, disfrutarán de una valoración fiscal peculiar por relación a la que se deduce de la regla general del artículo 99. Esta valoración peculiar implica que el importe de la diferencia a que se refiere la norma, generalmente conocida como diferencia de fusión, aumenta el valor de los elementos patrimoniales adquiridos, si bien no de todos ellos necesariamente.

## 12.2. La diferencia de fusión.

### 12.2.1. Concepto de diferencia de fusión.

La diferencia de fusión es la diferencia existente entre dos magnitudes: el precio de adquisición de la participación y su valor teórico. Si la fusión u operación asimilada se produce inmediatamente después de la adquisición de la participación, la diferencia de fusión representa el mayor valor de la empresa respecto del valor según libros de contabilidad, supuesto que se haya cumplido fielmente el principio del precio de adquisición. En un momento posterior dicha diferencia ya no tendrá esa significación, e incluso es posible que desaparezca. Y esto plantea el primer problema: ¿en qué momento ha de definirse la diferencia de fusión?

Dos respuestas son posibles. La primera, la define en el momento de la adquisición de la participación. La segunda, en el momento de la realización de la operación de fusión. Esta última creemos que es la acertada. En efecto, la diferencia de fusión sólo tiene sentido y operatividad con ocasión de la fusión. Por tanto, deberá ser en tal momento cuando se determine.



La diferencia entre las magnitudes referidas difícilmente será igual en los dos momentos citados. Si la entidad participada acumula beneficios, la diferencia inicial irá progresivamente disminuyendo, pero si acumula pérdidas sucederá lo contrario, siempre y cuando que el precio de adquisición no deba entenderse disminuido a estos efectos en el importe de las correcciones valorativas practicadas. ¿Debe disminuirse?

Opinamos que, efectivamente, el precio de adquisición debe disminuirse en las provisiones constituidas, porque debiendo imputarse la diferencia de fusión de acuerdo con criterios contables según veremos más adelante, no es lógico que exista una diferencia de fusión fiscal superior a la contable. No hay sino una diferencia de fusión, que es la contable, si bien tiene efectos fiscales en la forma que más adelante se expondrá.

La interpretación precedente incita a realizar fuertes distribuciones de beneficios antes de realizar la operación de fusión. Concretamente, todos los generados a partir de la adquisición de la participación. De esta manera, la diferencia de fusión alcanzará el valor más alto posible. Pero de esta conclusión no se sigue la inexactitud de la interpretación ofrecida sino la tacha de no neutralidad de la norma.

#### *12.2.2. Imputación de la diferencia de fusión.*

La diferencia de fusión, calculada en la forma expuesta, debe imputarse «... a los bienes y derechos adquiridos, de conformidad con los criterios establecidos en el Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre...». Más adelante veremos los efectos que tiene esta imputación, pero ahora debemos centrarnos en exponer los criterios del Real Decreto 1815/1991.

Esta disposición regula las normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas, de manera tal que en la misma no hallamos nada respecto de la diferencia de fusión. Se regula, eso sí, en el artículo 23, la diferencia de primera consolidación, que, en realidad, es exactamente igual a la diferencia de fusión, sólo que referida al hecho de la consolidación. En efecto, la diferencia de primera consolidación es «... la existente entre el valor contable de la participación, directa o indirecta, de la sociedad dominante en el capital de la sociedad dependiente y el valor de la parte proporcional de los fondos propios de la mencionada sociedad dependiente atribuible a dicha participación en la fecha de primera consolidación...», de manera tal que, si sustituimos el hecho de la consolidación por el de la fusión u operación asimilada, vemos que se trata de la misma diferencia.

Es interesante notar que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 23.3 del Real Decreto 1815/1991, el valor de la participación que debe tomarse en consideración a efectos de calcular la diferencia de consolidación es el valor contable, es decir, el precio de adquisición de la participación minorado en las correspondientes correcciones de valor, de manera tal que este precepto viene a reforzar el criterio interpretativo anteriormente expuesto en relación con el cálculo de la diferencia de fusión. Hubiera debido aprovecharse la reforma para sustituir la referencia al «precio de adquisición de la participación» por su «valor contable».

Pues bien, de acuerdo con lo previsto en el artículo 23.3 del Real Decreto 1815/1991, la diferencia de consolidación y, por tanto, la diferencia de fusión, debe imputarse de la siguiente manera:

- A los elementos patrimoniales adquiridos «... aumentando el valor de los activos o reduciendo el de los pasivos... hasta el límite de su valor de mercado».
- Una vez efectuada la imputación a los elementos patrimoniales, la diferencia que subsista se considerará «... fondo de comercio de consolidación...»; en caso de fusión será «fondo de comercio de fusión». El fondo de comercio de fusión es, pues, la diferencia de fusión que no ha podido ser adscrita a algún elemento patrimonial.

### *12.2.3. Efectos fiscales de la diferencia de fusión.*

El último inciso del segundo párrafo del artículo 103.3 establece que «... la parte de aquella diferencia que no hubiera sido imputada será fiscalmente deducible de la base imponible, con el límite anual de la veintava parte de un importe...», y el penúltimo párrafo del citado precepto que «... la valoración que resulte de la parte imputada a los bienes del inmovilizado adquirido tendrá efectos fiscales...».

Por tanto, si contemplamos el esquema de balance establecido en el artículo 175 del TRLSA, podemos afirmar que tiene eficacia fiscal la diferencia de fusión imputada a:

- El inmovilizado, en todas sus variedades: material, inmaterial y financiero.
- La no imputada a ningún otro elemento patrimonial o a la reducción de pasivo.

Y, también, que no tendrá eficacia fiscal la imputada a:

- El activo circulante.
- La reducción de pasivos.

Bien se comprende que la distinción entre inmovilizado y circulante cobra una importancia singular en orden a la aplicación de la norma. El artículo 184 del TRLSA establece que el «... inmovilizado comprenderá los elementos del patrimonio destinados a servir de forma duradera en la actividad de la sociedad...», pero en la práctica no siempre es fácil realizar una calificación indubitada. Probablemente el sector más conflictivo sea, a estos efectos, el inmobiliario.

La novedad de la modificación consiste en que se ha dado eficacia fiscal a la parte de la diferencia de fusión que es imputable a elementos del inmovilizado. Con la anterior redacción del artículo

lo 103.3 de la Ley 43/1995, reiteradas consultas de la Dirección General de Tributos habían venido negando eficacia fiscal a dicha parte, concediéndola tan sólo a la constitutiva del «fondo de comercio de consolidación», si bien preciso es reconocer que el referido criterio fue objeto de abundantes críticas basadas en la incoherencia que suponía tratar de manera diferente la diferencia de fusión según cual fuera el destino de la misma.

La nueva norma reconoce, en cierto modo, la incoherencia de dar un tratamiento dispar a las diversas imputaciones de la diferencia de fusión, si bien han quedado algunas imputaciones, ciertamente que de menor rango (exceptuando el sector inmobiliario), discriminadas. En este sentido la norma ha ganado mayor coherencia, aunque, como demostraremos más adelante, en sí misma supone una quiebra de principios básicos de la imposición.

#### *12.2.4. Condición de la persona o entidad transmitente como requisito de la eficacia fiscal de la diferencia de fusión.*

##### 12.2.4.1. Tipología por razón de la naturaleza del transmitente.

La eficacia fiscal de la diferencia de fusión es plena cuando la participación ha sido adquirida a entidades residentes en territorio español. Si ha sido adquirida a personas físicas residentes en territorio español, la eficacia fiscal está supeditada a la prueba de que «... la ganancia patrimonial obtenida por dichas personas físicas se ha integrado en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas...». Si ha sido adquirida a no residentes, la eficacia fiscal está supeditada a la prueba de que la diferencia de fusión «... ha tributado en España a través de cualquier transmisión de la participación...», o bien, tratándose de residentes en algún Estado miembro de la Unión Europea, tal tributación se ha producido en el mismo. Finalmente, cuando la entidad transmitente está vinculada con la adquirente, la diferencia de fusión no tiene eficacia fiscal alguna, ni aun cuando se pruebe que un importe equivalente a la diferencia de fusión ha tributado en España.

La restricción a la eficacia fiscal de la diferencia de fusión en función de la naturaleza y circunstancias de la entidad transmitente tiene por objeto evitar un déficit de imposición. Entendiendo que existe déficit de imposición cuando la renta de elementos patrimoniales afectos a entidades jurídicas no soporta tributación por el Impuesto sobre Sociedades, y que existe exceso de imposición cuando, además de dicha tributación, se solapa otra por el Impuesto sobre Sociedades o por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, sin mediar eliminación de la doble imposición, podemos construir el siguiente esquema:

## TRANSMITENTE

Entidad residente en España	Vinculada (art. 42 (C. de c.) ..... no (salvo prueba de la depreciación) (exceso nac) No vinculada ..... Sí (neutral)				
Persona o entidad no residente en España	UE	Convenio	Vinculada ..... no (exceso int)		
			No vinculada	Prueba tributación en UE ..... sí (déficit nac)	
		No prueba tributación en UE ..... no (exceso int)			
		No Convenio	Vinculada ..... no (exceso int)	No vinculada	Prueba tributación en España ..... sí (neutral)
					No existe tributación en España
			No prueba tributación en UE ..... no (exceso int)	No prueba tributación en UE ..... no (exceso int)	
	No UE			Convenio ..... no (exceso int)	Vinculada ..... no (exceso int)
		No Convenio	No existe tributación en España ..... no (exceso int)		
			Vinculada	Prueba tributación ..... sí (déficit nac)	
		No prueba tributación ..... no (neutral)			
		No vinculada	Prueba tributación ..... sí (déficit nac)		
			No prueba tributación ..... no (neutral)		

no: la diferencia de fusión carece de efectos.

sí: la diferencia de fusión tiene efectos.

En el cuadro anterior aparecen cuatro calificaciones: exceso nacional (exceso nac), exceso internacional (exceso int), déficit nacional (déficit nac) y neutral.

El exceso nacional se produce cuando el transmitente es una entidad jurídica vinculada por pertenecer al mismo grupo mercantil que la entidad adquirente. En este caso la diferencia de fusión no tiene efectos fiscales, y como quiera que el transmitente o los anteriores transmitentes que se hallaran en la misma situación han debido tributar por un importe equivalente a dicha diferencia, en concepto de plusvalía derivada de la transmisión de la participación, se produce un exceso de imposición.

El exceso internacional se produce cuando el transmitente está vinculado, por los mismos motivos que en el exceso nacional, pero en este supuesto por la concurrencia del impuesto extranjero sobre la plusvalía y la carencia de efectos fiscales de la diferencia de fusión. Obviamente no existirá exceso internacional si la plusvalía disfruta en el extranjero del denominado régimen de exención-participación. También se produce el exceso internacional cuando, aun no siendo el transmitente vinculado, no existe tributación en España y no prueba tributación en un país de la Unión Europea. Obviamente tampoco existirá exceso internacional si no existe tributación en el extranjero, debido al referido régimen de exención-participación.

El déficit nacional se produce en dos casos. El primero es cuando, por probarse tributación en la Unión Europea, la diferencia de fusión tiene efectos fiscales, de manera tal que no habrá doble imposición, pero a costa de la Hacienda Pública española, de manera incorrecta, como seguidamente se expondrá. El segundo es cuando el transmitente es una persona física que prueba la tributación, porque, en tal supuesto, la tributación por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas sustituye a la tributación por el Impuesto sobre Sociedades, lo que no es correcto, como también exponremos seguidamente. Así pues, los casos de déficit nacional responden a una aplicación sesgada de las medidas para eliminar la doble imposición económica internacional y a la eliminación de la tributación por el Impuesto sobre Sociedades en base a su sustitución por la tributación por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Los demás casos son neutrales, en el sentido de que el gravamen de la renta efectivamente habida se produce de manera correcta.

#### 12.2.4.2. Transmisiones realizadas por personas físicas.

Cuando el transmitente es una persona física, la diferencia de fusión carece de efectos, excepto «... cuando se pruebe que la ganancia patrimonial obtenida... se ha integrado en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas».

La carga de la prueba corre a cargo de la entidad absorbente, que es la que desea hacer valer la diferencia de fusión. Innecesario es subrayar la dificultad de realizar la prueba, en particular en el caso de acciones adquiridas a través de ofertas públicas de adquisición.

Las ganancias patrimoniales obtenidas por las personas físicas se integran en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, sea en la parte general o en la especial, excepto si son de aplicación los porcentajes reductores de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria novena de la Ley 40/1998. Como es sabido, los porcentajes reductores se aplican de manera directamente proporcional al tiempo de tenencia, de forma tal que pueden tener por efecto la exoneración total (ocho años de tenencia para acciones no cotizadas y cinco para cotizadas) o parcial, y dentro de esta última en diversos grados, siendo el menor de ellos el 14,28 por 100 para acciones no cotizadas y 25 por 100 para cotizadas.

No es claro si, cuando operan los porcentajes reductores, la diferencia de fusión quedará totalmente privada de efectos fiscales, los tendrá en su plenitud, o, finalmente los tendrá parcialmente.

Las tres interpretaciones tienen fundamento. La primera, porque el porcentaje reductor impide la integración plena de la diferencia de fusión en la base imponible; el punto débil de esta interpretación es que la norma no exige la integración plena, sino, simplemente, la integración. La segunda, porque el efecto del porcentaje reductor no es impedir la integración de la ganancia patrimonial en la base imponible sino determinar el importe que ha de integrarse; el punto débil de esta interpretación es que el efecto práctico del porcentaje reductor es la no tributación, sea total o parcial, de la ganancia patrimonial. La tercera, porque parece de equidad admitir la eficacia de la diferencia de fusión en la misma medida y proporción en la que la ganancia patrimonial ha tributado efectivamente.

La eficacia fiscal de la diferencia de fusión, cuando se prueba que la ganancia patrimonial se ha integrado en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, estimula la realización de fusiones impropias, ya que pueden conseguirse los mismos efectos económicos que a través de una fusión ordinaria con el aliciente o ventaja de la citada eficacia. La no neutralidad de la norma es patente, y sus efectos recaudatorios no deben ser despreciables.

Seguidamente proponemos un caso práctico en el que se exponen las dos opciones.

		<b><u>Balance sociedad absorbida</u></b>	
		T 100	C 20
Accionista persona física.			
Coste adquisición .....	20		R 80
Precio de la transmisión .....	220		
		100	100
Ganancia patrimonial .....	200		
Cuota al 18% .....	36		
Diferencia de fusión .....	120 (220 – 100)		

La opción por la fusión impropia se realiza mediante la previa adquisición de las acciones por parte de la entidad absorbente y la posterior ampliación de capital para permitir la reentrada de los socios.

<u>Asientos de fusión impropia</u>			<u>Asientos de fusión ordinaria</u>		
T100					
Dif 120	a	Cv 220			
_____	x	_____			
I. 70	a	Dif. 120			
F.c 50					
_____	x	_____			
T 220	a	C 130	I 170	a	C 130
	a	RPEA 90	F.c 50	a	RPEA 90
(ampliación a metálico)			_____	x	_____
_____	x	_____			

Estos asientos conducen al mismo balance, es decir, al mismo resultado económico, pero por el cauce de la fusión impropia se crea un gasto fiscal, en tanto que por la vía de la fusión propia tal gasto fiscal no existe, debido a que el valor fiscal de los elementos patrimoniales recibidos no varía en relación con dicho valor en sede de la entidad transmitente.

La deducción por reinversión del nuevo artículo 36 ter resta aliciente a esta operación de transformación de fusiones ordinarias en la medida en que la diferencia de fusión sea imputable a elementos patrimoniales del inmovilizado no depreciables, puesto que minorará el importe de renta cuyo tipo efectivo de tributación será el 18 por 100 (35% – 17%), es decir, el mismo tipo que el nominal de las ganancias patrimoniales a largo plazo.

La eficacia fiscal de la diferencia de fusión cuando la participación ha sido adquirida de personas físicas determina los siguientes efectos:

- El mayor valor de los elementos patrimoniales adquiridos en virtud de la operación de fusión, incluidos los valores inmateriales no contabilizados, no tributarán por el Impuesto sobre Sociedades, ni en la entidad transmitente ni en la entidad adquirente, por causa de lo previsto en los artículos 98 y 103.3 de la Ley 43/1995, respectivamente.
- El mayor valor de los elementos patrimoniales adquiridos en virtud de la operación de fusión, incluidos los valores inmateriales no contabilizados, no aflora contablemente en la entidad adquirente, de manera tal que no dan lugar a rentas distribuibles. Consecuentemente, el citado mayor valor únicamente habrá tributado, de manera indirecta, a través del gravamen de la ganancia patrimonial, en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, derivada de la transmisión de la participación.

Ahora bien, estos efectos fiscales contradicen el principio que articula las relaciones entre el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el Impuesto sobre Sociedades, a cuyo tenor las

rentas inherentes a elementos patrimoniales de las entidades jurídicas deben tributar en el Impuesto sobre Sociedades y cuando se distribuyan en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aplicándose algún método para evitar la doble imposición, sea la imputación del impuesto subyacente o la exención del dividendo.

¿Incurrirá una fusión impropia en el supuesto del artículo 110.2 de la Ley 43/1995, cuando por las circunstancias en las que se ha realizado puede apreciarse que el fondo de la operación es el de la fusión ordinaria?

No nos atrevemos a contestar a tan comprometida pregunta. Pero, desde luego, parece claro que si los primitivos socios de la sociedad absorbida finalmente entran en la sociedad absorbente, sea como consecuencia de una ampliación de capital o de la adquisición de las correspondientes acciones a los socios de la sociedad absorbente, tal vez se podría razonar que la operación de fusión impropia no tiene otra justificación que la «... mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal...» (artículo 110.2). Sin embargo, si la fusión, en sí misma, se efectúa por motivos económicos válidos, tal vez sería excesivo no aplicar el régimen fiscal del Capítulo VIII del Título VIII, sino aplicar dicho régimen, pero solamente en relación con los hechos propios de la fusión ordinaria, lo que llevaría a negar la eficacia fiscal de la diferencia de fusión. Se trata de un asunto vidrioso al que es conveniente, en la práctica, prestar la máxima atención.

La modificación del artículo 103.3 no ha regulado satisfactoriamente la diferencia de fusión derivada de una fusión impropia en la que la participación hubiere sido adquirida a personas físicas. En efecto, la única regulación satisfactoria consiste en no conceder eficacia fiscal a dicha diferencia de fusión, porque esta regulación es también la única que determina una neutralidad puesta de manifiesto en la tributación de dos hechos: la ganancia patrimonial obtenida por la persona física que transmite la participación y la renta obtenida por la entidad participada.

#### 12.2.4.3. Transmisiones realizadas por entidades no residentes.

Cuando la participación es transmitida por una persona o entidad no residente en territorio español, la diferencia de fusión carece de efectos, excepto «... cuando el importe de la diferencia mencionada... ha tributado en España a través de cualquier transmisión de la participación...», y «... cuando el sujeto pasivo pruebe que un importe equivalente a la misma ha tributado efectivamente en otro Estado miembro de la Unión Europea, en concepto de beneficio obtenido con ocasión de la transmisión de la participación, soportando un gravamen equivalente al que hubiera resultado de aplicar este Impuesto...».

En el primer supuesto, la tributación se producirá por el Impuesto de no Residentes, al ser el hecho imponible realizado por un no residente. Se trata del hecho imponible contenido en el artículo 12.1.h) a') de la Ley 41/1998.

No queda claro a quién corresponde la carga de la prueba de la tributación, ni tampoco si la tributación se produce por el hecho de la sujeción o de la sujeción sin exención o, finalmente, del pago



del tributo. Esta última cuestión decide la primera. En efecto, si la tributación se produce por el hecho de la sujeción, bastará al contribuyente probar la residencia del transmitente puesto que dicha residencia decide la tributación por el Impuesto de no Residentes. Sin embargo, la expresión «... ha tributado en España...» parece implicar algo más que la sujeción, parece implicar una tributación efectiva. Entonces el contribuyente deberá probar el ingreso de la deuda tributaria. Mas esta prueba, en principio, sólo puede realizarse a través del correspondiente documento de ingreso en el Tesoro, y este documento no obrará en su poder, a menos que el transmitente de la participación se lo hubiere cedido, lo cual no siempre acontecerá aun a pesar de que el tributo se hubiere satisfecho. Para evitar que el sujeto pasivo quede indefenso en el ejercicio de su derecho, entendemos que la Administración Tributaria está obligada a facilitar copia del documento de ingreso, a requerimiento del contribuyente, sin que a ello se oponga el carácter reservado de la información obtenida por la Administración Tributaria.

La tributación por el Impuesto de no Residentes se produce al 35 por 100 (artículo 18 de la Ley 41/1998), y la diferencia de fusión minorará una base imponible que también tributa al 35 por 100. En este sentido, la norma es correcta ya que al tiempo que evita el exceso de imposición protege los intereses del Tesoro Público.

Cuando medie un convenio para evitar la doble imposición, la tributación corresponde, de ordinario, al país en que reside la persona o entidad transmitente. En este supuesto la plusvalía obtenida en la transmisión no habrá tributado en España, de manera que la diferencia de fusión no tendrá eficacia. Si la plusvalía ha tributado en el país de residencia del transmitente, se produce un supuesto de doble imposición, pero los intereses del Tesoro Público quedan salvaguardados.

No obstante, cuando la tributación de la plusvalía se produce en otro Estado miembro de la Unión Europea, la diferencia de fusión sí tiene efectos. Por tanto, no habrá doble imposición, pero los intereses del Tesoro Público quedan preteridos.

Los intereses del Tesoro Público se perjudican porque la eficacia de la diferencia de fusión implica que rentas generadas en España no tributarán por el Impuesto sobre Sociedades.

La justificación de tal quebranto parece residir en el principio de no discriminación, que, supuestamente, obligaría a tratar por igual, a efectos de la diferencia de fusión, a las participaciones adquiridas a entidades residentes en España o en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea.

La discriminación se supera, ciertamente, pero se quebranta un principio del Derecho Tributario Internacional, implícito en los convenios para evitar la doble imposición, a saber, el del derecho del Estado de la fuente a gravar las rentas generadas en su territorio. Que la tributación en el Estado de la residencia determine la no tributación de beneficios empresariales generados en el país de la fuente es algo realmente insólito.

La eficacia fiscal de la diferencia de fusión está supeditada a la tributación del importe equivalente a la diferencia de fusión, de manera tal que dicho importe hubiere soportado «... un gravamen equivalente al que hubiera resultado de aplicar este Impuesto...». ¿Qué gravamen sufren por el Impuesto sobre Sociedades las transmisiones de participaciones significativas? Ninguno, bajo deter-

minadas condiciones, si las participaciones lo son en el capital de las entidades no residentes (artículo 20 bis), y del 35 por 100, minorando, en su caso, en el 17 por 100 de la deducción por reinversión, tratándose de participaciones en el capital de entidades residentes. ¿A qué clase de tributación se refiere la norma? Debemos entender, para no caer en el absurdo, que a la tributación de las participaciones sobre entidades residentes.

#### 12.2.4.4. Transmisiones intragrupo.

Cuando la transmisión de la participación se ha producido entre entidades del grupo mercantil del artículo 42 del Código de Comercio, la diferencia de fusión carece de efectos, excepto si, siendo la entidad transmitente residente en territorio español o habiendo tributado la renta derivada de la transmisión en España, «... se prueba que responden (las dotaciones para la amortización de la diferencia de fusión) a una depreciación irreversible...».

Con la redacción original del artículo 103.3 esta norma tenía un sentido inequívoco, porque la diferencia de fusión que surtía efectos fiscales era la imputable al fondo de comercio de fusión, y tal elemento patrimonial puede depreciarse irreversiblemente o conservar su valor, de manera tal que la prueba de la depreciación tiene pleno sentido. Pero la redacción actual da eficacia a la práctica totalidad de la diferencia de fusión, de manera tal que la parte de la misma imputable al inmovilizado amortizable necesariamente sufrirá un proceso de depreciación irreversible. Entonces, o bien respecto de estos elementos patrimoniales la diferencia de fusión no surte efecto fiscal en el caso de las transmisiones intragrupo, o bien la prueba se entiende efectuada por la simple constatación de la naturaleza del elemento patrimonial al que corresponde la diferencia de fusión.

De ser válida esta última interpretación nos encontraríamos con que, en las transmisiones intragrupo, la diferencia de fusión tendría el siguiente tratamiento:

- Parte imputable al inmovilizado amortizable: plena eficacia fiscal.
- Parte imputable al inmovilizado no amortizable: sin eficacia fiscal.
- Parte imputable al fondo de comercio: eficacia fiscal supeditada a la prueba de la depreciación irreversible.

#### 12.2.5. Aplicación de la norma en el tiempo.

La disposición transitoria sexta de la Ley 24/2001 regula los efectos temporales de la diferencia de fusión en función de la naturaleza de los elementos patrimoniales afectados. La forma en la que se establece dicha regulación es confusa, y posiblemente encierra un error de técnica legislativa, fácilmente perceptible analizando el proceso de tramitación parlamentaria del proyecto de ley.

En efecto, la citada disposición transitoria establece un mandato en relación con el inmovilizado amortizable, sin que nada se prevea respecto del inmovilizado no depreciable y del fondo de comercio de fusión.

La diferencia de fusión puede hallarse respecto de las dos regulaciones que para la misma ha previsto el artículo 103.3 de la Ley 43/1995 en las situaciones que resume el cuadro siguiente:

<b>Operaciones</b>	{	Inscritas antes de 1-01-2002	{	Períodos impositivos iniciados después de 1-01-2002
		Inscritas después de 1-01-2002		Períodos impositivos iniciados antes de 1-01-2002

Aunque la norma transitoria solamente se refiere a la diferencia de fusión correspondiente a operaciones inscritas a partir de 1 de enero de 2002, es evidente que su interpretación conjunta con el nuevo texto del artículo 103.3 es obligada para definir el régimen de la diferencia de fusión correspondiente a operaciones inscritas antes de 1 de enero de 2002. Analizamos por separado el régimen de la diferencia de fusión en función de la fecha de realización de la operación de fusión.

La disposición transitoria sexta de la Ley 24/2001 está basada en los siguientes criterios:

- No retroactividad de la norma nueva, de manera tal que los hechos realizados antes de su entrada en vigor se rigen por la legislación precedente. Como quiera que los hechos regulados son los constituidos por la amortización o aplicación de la diferencia de fusión, habrá de observarse el período impositivo de producción de los mismos, y no el período impositivo de producción del hecho que da origen a la diferencia de fusión, esto es, la inscripción de la diferencia de fusión, excepto si la norma prevé otra cosa.
- No ultraactividad de la norma derogada, de forma tal que los hechos realizados después de la entrada en vigor de la nueva norma se rigen por la legislación nueva, entendiendo igualmente que los hechos son los constituidos por la amortización o aplicación de la diferencia de fusión, de manera tal que el período impositivo en el que se produjo la inscripción de la diferencia de fusión es irrelevante, excepto si la norma prevé otra cosa.

De ambos criterios se deriva que la disposición transitoria sexta no responde estrictamente a la estructura de una norma transitoria sino a la de una norma que restringe la aplicación en el tiempo de la nueva norma del artículo 103.3 de la Ley 43/1995, y, de manera indirecta, prolonga en el

tiempo la aplicación de la norma modificada, es decir, de la norma antigua, pero sólo en relación con determinados elementos patrimoniales. La norma transitoria no protege los efectos fiscales derivados de unos hipotéticos derechos adquiridos sino que, por el contrario, impide la normal aplicación de la norma nueva a hechos que se producirán durante su vigencia.

#### 12.2.5.1. Operaciones inscritas antes de 1 de enero de 2002.

Estas operaciones se rigen de la siguiente manera:

##### a) Períodos impositivos iniciados después de 1 de enero de 2002.

- Parte de la diferencia de fusión imputable al fondo de comercio de fusión: será fiscalmente deducible con el límite anual máximo de la veinteaava parte de su importe.

Por lo tanto, el nuevo régimen es menos favorable que el precedente, en el que el límite era la décima parte anual del importe de la diferencia de fusión imputable al fondo de comercio de fusión. La base de cálculo del límite continuará siendo el importe de la diferencia de fusión.

- Parte de la diferencia de fusión imputable al inmovilizado amortizable: no tendrá efectos fiscales por impedirlo la disposición transitoria sexta de la Ley 24/2002.
- Parte de la diferencia de fusión imputable al inmovilizado no amortizable: tendrá efectos fiscales en el período impositivo en el que se transmitan los elementos patrimoniales, básicamente acciones y participaciones y solares, unas y otros pertenecientes al inmovilizado.

¿Por qué un tratamiento diferente al inmovilizado según que sea amortizable o no? Desde el punto de vista lógico es imposible hallar una respuesta satisfactoria a esta pregunta. Por ello, nos atrevemos a intuir que ha existido un error en el procedimiento legislativo.

En la redacción que del artículo 103.3 de la Ley 43/1995 se contenía en el proyecto de ley, la diferencia de fusión sólo tenía efecto fiscal en relación con el fondo de comercio de fusión (al igual que en la redacción original) y respecto del inmovilizado amortizable (novedad normativa); consecuentemente, la disposición transitoria se refería al inmovilizado amortizable. La enmienda número 406, en el Congreso, extendió los efectos fiscales de la diferencia de fusión a la totalidad del inmovilizado, sin que ninguna enmienda de carácter técnico, ni en el Congreso ni en el Senado, hiciera la oportuna modificación de la disposición transitoria, que hubiera consistido, evidentemente, en extender el ámbito de su aplicación a todo el inmovilizado.

Los efectos prácticos de este olvido son muy importantes. Los mayores valores imputables al inmovilizado no amortizable (acciones, solares...) por operaciones de fusión inscritas antes de 1 de enero de 2002 tendrán efectos fiscales.

Cabe una respuesta alternativa, según la cual ya con la anterior redacción del artículo 103.3 la diferencia de fusión imputable al inmovilizado no amortizable tendría eficacia fiscal, de manera tal que, no habiendo habido innovación normativa, ninguna restricción procedía respecto de este supuesto. Evidentemente esta explicación no es satisfactoria, máxime teniendo en cuenta la tramitación parlamentaria del proyecto de ley.

Cabe, finalmente, que se trate de una decisión deliberada del legislador. En tal caso, lo que no cabe es encontrar un soporte lógico a la misma.

Advirtamos, por último, que una gran parte de las numerosísimas diferencias de fusión generadas al amparo de la Ley 29/1991 y de la Ley 43/1995 anidan, presumiblemente, en elementos patrimoniales del inmovilizado no amortizable.

#### b) Períodos impositivos iniciados antes de 1 de enero de 2002.

En estos períodos impositivos rige la norma original. La nueva norma carece de efectos retroactivos. Por tanto, según doctrina reiterada de la Dirección General de Tributos, la diferencia de fusión sólo tiene eficacia fiscal en relación con la parte de la misma imputable al fondo de comercio financiero. Nótese que la nueva redacción del artículo 103.3 ha venido, en cierto modo, a confirmar la doctrina administrativa.

#### 12.2.5.2. Operaciones inscritas después de 1 de enero de 2002.

Obviamente, aquí no es preciso distinguir dos conjuntos de períodos impositivos. El mandato es el mismo para todos los períodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2002.

- Parte de la diferencia de fusión imputable al fondo de comercio de fusión: será fiscalmente deducible con el límite anual máximo de la veintea parte de su importe.
- Parte de la diferencia de fusión imputable al inmovilizado amortizable: será fiscalmente deducible en concepto de amortización.
- Parte de la diferencia de fusión imputable al inmovilizado no amortizable: tendrá efectos fiscales en concepto de mayor valor de los elementos patrimoniales afectados.

### 12.3. Fusiones impropias internacionales.

Entendemos por fusión impropia internacional aquella en la que la entidad absorbida es residente en el extranjero. Esta operación no determina rentas sujetas al Impuesto sobre Sociedades, excepto si la entidad no residente absorbida tiene establecimiento permanente o bienes situados en territorio español.

Por causa de la fusión impropia, la entidad residente en territorio español pasa a tener un establecimiento o varios establecimientos permanentes y bienes en el extranjero, y, en su caso, elementos patrimoniales situados en territorio español. Como en toda fusión impropia nace una diferencia de fusión. ¿Qué efectos fiscales tiene esta diferencia de fusión?

Esta operación está amparada por el Capítulo VIII del Título VIII respecto de los elementos patrimoniales situados en territorio español, y es ajena al Impuesto sobre Sociedades por lo que se refiere a los elementos patrimoniales situados en el extranjero.

La parte de la diferencia de fusión imputable a elementos patrimoniales del inmovilizado, amortizable o no, situados en territorio español, se regirán por las normas del artículo 103.3 de la Ley 43/1995. La que corresponda a elementos patrimoniales situados en el extranjero carece de una regulación específica, por lo que nos inclinamos a entender que sería aplicable, con carácter supletorio, la norma mercantil de naturaleza contable relativa a la valoración de los elementos patrimoniales o, alternativamente, el propio artículo 103.3 de la Ley 43/1995, por analogía.

La parte de la diferencia de fusión que corresponde a fondo de comercio, igualmente por analogía, podría recibir el tratamiento previsto en el artículo 103.3 de la Ley 43/1995. Debe notarse que es necesario distribuir el fondo de comercio de fusión entre los distintos establecimientos permanentes en el extranjero y las actividades situadas en territorio español, ya que no sería correcto cargar la totalidad de los efectos fiscales de la diferencia de fusión imputable al fondo de comercio sobre la renta interior, máxime considerando el efecto de exención del artículo 20 ter de la Ley 43/1995.

#### **12.4. La diferencia de fusión y la deducción por reinversión.**

Cuando la entidad absorbente ha adquirido la participación de una entidad residente en territorio español, no perteneciente al mismo grupo mercantil, la diferencia de fusión tiene eficacia fiscal en la forma expuesta anteriormente, sin que la aplicación de la deducción por reinversión por parte de la referida entidad transmitente de la participación implique restricción alguna.

### **13. EMPRESAS DE REDUCIDA DIMENSIÓN**

#### **13.1. Descripción de las modificaciones.**

El artículo 2, apartados Cuarenta, Cuarenta y uno, Cuarenta y dos, Cuarenta y tres y Cuarenta y cuatro de la Ley 24/2001, ha dado nueva redacción a los artículos 122, 123, 124 y 127 bis de la Ley 43/1995, todos ellos relativos al régimen de las empresas de reducida dimensión.

Sin embargo, las modificaciones introducidas son de muy escasa significación:

- El límite de importe neto de la cifra de negocios a que se refiere el artículo 123 se sitúa en 5.000.000 de euros. Recordemos que la cifra inicial fue 250.000.000 de pesetas, la cual fue elevada a 3.000.000 de euros por el Real Decreto-Ley 3/2000 y la Ley 6/2000.
- El artículo 123.4.b) incorpora como beneficio fiscal incompatible con la libertad de amortización la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios.

Debemos distinguir esta incompatibilidad de la prevista en el artículo 36 ter.5 de la Ley 43/1995 en relación con la formación de la base de cálculo de la deducción por reinversión. El artículo 123.4.b) establece una incompatibilidad entre ambos beneficios fiscales «...respecto de los elementos en los que se reinvierta el importe de la transmisión...», en tanto que el artículo 36 ter.5 excluye de la base de cálculo de la deducción por reinversión a las «...cantidades aplicadas a la libertad de amortización...».

El artículo 123.4.b) excluye del beneficio fiscal de la deducción por reinversión a las rentas derivadas de la transmisión de elementos patrimoniales que han disfrutado de la libertad de amortización regulada en el mismo, pero el artículo 36 ter.5 se limita a excluir de la base de cálculo de la deducción que en el mismo se regula las cantidades aplicadas a la libertad de amortización. Por aplicación del principio de especialidad prevalece el artículo 123.4.b), de manera tal que la libertad de amortización a que se refiere el artículo 30 ter.5 será la regulada en el artículo 11.2 de la Ley 43/1995, básicamente.

Pese a que una interpretación sistemática de los artículos 36 ter.5 y 123.4.b) lleva a tal conclusión, la lógica de la misma es discutible, porque no se comprende bien la causa de este tratamiento desfavorable para las empresas de reducida dimensión.

Llama la atención, por otra parte, que la nueva redacción del artículo 123 se siga refiriendo a la «reinversión de beneficios extraordinarios» y a la «exención por reinversión», siendo así que ambos regímenes tributarios han sido derogados, sin perjuicio del régimen transitorio previsto en la disposición transitoria tercera de la Ley 24/2001 y la disposición transitoria novena de la Ley 50/1998, respectivamente.

- Los artículos 124 y 127 bis han sido modificados con el único objeto de establecer los importes en euros.
- El coeficiente multiplicador de la amortización a que se refiere el artículo 127 será de 4. El plazo para la reinversión será el previsto en el artículo 36 ter.4.

Recordemos que el referido coeficiente inicial fue 2,5, según lo previsto en la Ley 50/1998, y que posteriormente fue elevado a 3 por la Ley 6/2000.

### **13.2. Los incentivos fiscales de las empresas de reducida dimensión y la deducción por reinversión.**

El régimen de las empresas de reducida dimensión incluye cuatro incentivos fiscales que versan sobre el régimen de amortización fiscal de determinados elementos patrimoniales. A su vez, la deducción por reinversión del artículo 36 ter versa sobre las rentas obtenidas en la transmisión de determinados elementos patrimoniales, para cuyo cálculo es preciso tener en cuenta la amortización, y, además, está condicionada a la reinversión en ciertos elementos patrimoniales. Por estas razones ambos regímenes tienen puntos de contacto que conviene examinar. Dos son, en particular, las cuestiones a examinar, que formulamos en base a dos interrogaciones:

¿Es compatible el régimen de la deducción por reinversión con los distintos regímenes de amortización fiscal de las empresas de reducida dimensión? ¿De qué manera influyen en la determinación de la base de cálculo de la deducción por reinversión los diferentes regímenes de amortización fiscal de las empresas de reducida dimensión?

Por lo que se refiere a la primera cuestión, la incompatibilidad únicamente se produce respecto de la libertad de amortización vinculada a la creación de empleo del artículo 123, por disponerlo así expresamente el apartado 4.b) de dicho precepto. Corresponderá al sujeto pasivo aplicar el régimen que prefiera.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, el artículo 36 ter.5 establece que no formarán parte de la renta obtenida «...las cantidades aplicadas a la libertad de amortización...». En el régimen de amortización fiscal de las empresas de reducida dimensión encontramos regímenes de libertad de amortización, cuales son el del artículo 123 (libertad de amortización vinculada a la creación de empleo) y el del artículo 124 (libertad de amortización para inversiones de escaso valor), y también regímenes de amortización acelerada, cuales son el del artículo 125 (amortización del inmovilizado material nuevo y del inmovilizado inmaterial) y el del artículo 127 (amortización de elementos patrimoniales objeto de reinversión).

Como ya sabemos, entre el régimen de libertad de amortización del artículo 123 y la deducción por reinversión del artículo 36 ter existe una incompatibilidad absoluta, de manera tal que huelga preguntarse por el efecto de las cantidades aplicadas a la libertad de amortización amparadas en tal precepto sobre la formación de la base de cálculo de la deducción por reinversión.

Las cantidades aplicadas a la libertad de amortización del artículo 124 parece claro que disminuyen la base de cálculo de la renta afecta a la deducción por reinversión. Lo contrario debemos decir de las cantidades aplicadas a la aceleración de amortizaciones al amparo de los artículos 125 y 127, aunque la misma lógica que sostiene la exclusión de las cantidades aplicadas a la libertad de amortización soportaría la de las cantidades aplicadas a la aceleración de la amortización.



## 14. APORTACIONES NO DINERARIAS ESPECIALES

El artículo 2.Treinta y nueve de la Ley 24/2001 ha dado nueva redacción al artículo 108 de la Ley 43/1995, concerniente a las aportaciones no dinerarias especiales.

El objeto de la nueva redacción consiste en incorporar un nuevo supuesto de aportación, efectuado por contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Se trata de las aportaciones de acciones o participaciones sociales que reúnan las siguientes características:

- Que la entidad cuyos valores se aportan sea residente en territorio español y que no tenga la condición de entidad sometida al régimen de transparencia fiscal [letra c) a'].
- Que los valores aportados representen una participación de, al menos, un 5 por 100 en los fondos propios de la entidad beneficiaria de la aportación [letra c) b'].
- Que los valores aportados se hubiesen poseído, de manera ininterrumpida, por el aportante durante el año anterior a la fecha del documento público en el que se formalice la aportación [letra c) c'].

Se trata, por tanto, de aportaciones de participaciones significativas.

Esta aportación también debe cumplir los requisitos previstos en las letras a) y b) del artículo 108.1, es decir, la entidad beneficiaria de la aportación debe ser residente en territorio español o realizar en el mismo actividades por medio de establecimiento permanente [letra a)], y que una vez realizada la aportación el contribuyente participe en los fondos propios de la entidad que recibe la aportación en, al menos, el 5 por 100.

De manera descriptiva podríamos decir que se trata de aportaciones significativas de entidades residentes en territorio español que permiten obtener o continuar en la posesión de participaciones significativas de entidades residentes en territorio español. La nueva redacción del artículo 108 abre la puerta a las aportaciones, sin carga fiscal, realizadas por personas físicas, de participaciones significativas, de manera tal que no se aplicará, respecto de las mismas, el artículo 35.1.d) de la Ley 40/1998. Así pues, una norma del Impuesto sobre Sociedades impide la aplicación de otra del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, lo que no parece técnicamente muy correcto. Sería oportuno que las aportaciones no dinerarias especiales realizadas por personas físicas se regulasen en la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

El principal efecto del nuevo precepto, tal vez sea que, va a permitir la constitución de entidades *holding* por personas físicas, sin carga fiscal, lo que facilitará la planificación fiscal respecto de los Impuestos sobre el Patrimonio y de Sucesiones. Seguramente este último impuesto, antaño

paradigma del principio de redistribución de la riqueza, y con una tarifa verdaderamente exigente, es hoy en día una de las mayores fuentes de discriminación fiscal debido a los regímenes de exención relativos a actividades empresariales y participaciones significativas.

El artículo 4.Octavo de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, desarrollado por el Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, declara exentas a las participaciones en entidades que reúnan un conjunto de requisitos, entre ellos que el porcentaje de participación sea al menos del 15 por 100 o del 20 por 100 referido a un grupo familiar. Para alcanzar tal porcentaje puede utilizarse una entidad instrumental a la que se aportan las participaciones sobre la entidad o entidades operativas en las que se tiene una participación no inferior al 5 por 100. Tal agrupación, además, también facilitará el cumplimiento del requisito de que el sujeto pasivo ha de ejercer funciones de dirección por las que perciba una remuneración que represente más del 50 por 100 de la totalidad de los rendimientos del trabajo y de actividades económicas.

Pues bien, la nueva redacción del artículo 108 de la Ley 43/1995 permitirá constituir la referida entidad instrumental sin carga fiscal. Ya en los primeros comentarios espigados en las conferencias y coloquios habidos en relación con la Ley 24/2001 se ha puesto de relieve que la nueva redacción del artículo 108 de la Ley 43/1995 ofrece un cauce adecuado para diseñar una estructura patrimonial tendente a disfrutar de la exención del artículo 4.Ocho de la Ley 18/1991 y de la bonificación de los artículos 20.2.c) y 20.6 de la Ley 29/1987. Y es en este punto donde conviene reflexionar respecto de la posible aplicación del artículo 110.2 de la Ley 43/1995, el cual podría excluir la aplicación del artículo 108 de la Ley 43/1995 en relación con una operación como la descrita porque la misma, tal vez, no se ha efectuado «...por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal». ¿El legislador abre una puerta que es conveniente no franquear? Ni nos atrevemos a sostener, contrariamente a la opinión bastante generalizada, que uno de los objetivos de la modificación del artículo 108 de la Ley 43/1995 es, precisamente, facilitar las operaciones tendentes al aprovechamiento de la exención del artículo 4.Ocho de la Ley 18/1991, ni tampoco que, en todo caso, dichas operaciones chocarían con los rigores del artículo 110.2 de la Ley 43/1995. Pero sí nos atrevemos a intuir que la máxima prudencia nunca será excesiva ante un precepto, como el artículo 110.2 de la Ley 43/1995, que se construye en base a materiales tan sinuosos como los «motivos económicos válidos», «la reestructuración o la racionalización de las actividades» y «la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal».

## 15. ENTIDADES NO LUCRATIVAS

El artículo 2.Cuarenta y nueve de la Ley 24/2001 ha dado nueva redacción al artículo 142.3 de la Ley 43/1995, al objeto de obligar a los sujetos pasivos parcialmente exentos «...a declarar la totalidad de sus rentas, exentas y no exentas».

La redacción original del citado precepto únicamente obligaba a declarar «...respecto de las rentas no exentas...» e, inclusive, si las mismas estaban sujetas a retención, tampoco existía obligación de declarar siempre que dichas rentas fuesen las únicas obtenidas.

Así pues, la obligación de declarar se amplía de manera notable, hasta igualar su contenido con la que incumbe a los sujetos pasivos sujetos y no exentos.

La no declaración de las rentas sujetas a retención fue correcta mientras el tipo de retención y el tipo de gravamen de las entidades parcialmente exentas coincidieron. En la actualidad tal coincidencia se ha quebrado. En efecto, el tipo de gravamen de las entidades parcialmente exentas continúa siendo el 25 por 100, de acuerdo con lo previsto en el artículo 26.2 de la Ley 43/1995, pero el tipo general de retención es el 18 por 100, de acuerdo con lo previsto en el artículo 62 del Real Decreto 537/1997, según redacción del Real Decreto 1088/2000.

La declaración de las rentas exentas reviste algunos aspectos extrafiscales, considerando la naturaleza, funciones y significación de algunas entidades parcialmente exentas, como pueden ser los sindicatos y los partidos políticos. Tal vez, para no incidir en estos aspectos, la redacción original del artículo 142.3 excluyó de la obligación de declarar respecto de las rentas exentas, esto es, generalmente las más estrechamente vinculadas con la finalidad de dichas entidades.

## 16. ARRENDAMIENTO FINANCIERO Y AGRUPACIONES DE INTERÉS ECONÓMICO

El artículo 2.Cuarenta y cinco de la Ley 24/2001 ha añadido un nuevo apartado al artículo 128 de la Ley 43/1995, relativo al arrendamiento financiero, cuyo objeto es habilitar al Ministerio de Hacienda para que determine «...el momento temporal a que se refiere el apartado 6, atendiendo a las peculiaridades del período de contratación o de construcción del bien...». A su vez, el artículo 2.Dieciséis de la Ley 24/2001 ha dado nueva redacción al artículo 66 de la Ley 43/1995, relativo a la agrupación de interés económica española, con el objeto de incrustar un nuevo párrafo, a cuyo tenor «...La aplicación de lo dispuesto en el apartado 11 del artículo 128 de esta ley exigirá que los activos allí referidos sean arrendados a terceros no vinculados con la agrupación de interés económico que lo afecten a su actividad, y que los socios de la misma mantengan su participación hasta la finalización del período impositivo en el que concluya el mencionado arrendamiento».

El párrafo incrustado en el artículo 66 de la Ley 43/1995 parece dar a entender que la agrupación de interés económico puede realizar operaciones de arrendamiento financiero activas para terceros. Pero la agrupación de interés económico, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3 de la

Ley 12/1991, sólo puede realizar «...una actividad económica auxiliar de la que desarrollen sus socios...», de manera tal que realizar operaciones de arrendamiento financiero con terceros no parece que quepa, en todo caso, dentro de dicho objeto.

La disposición adicional decimoquinta de la Ley 43/1995, añadida por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, relativa a los incentivos para la renovación de la flota mercante, establece el beneficio fiscal de la amortización acelerada para los buques, embarcaciones y artefactos navales que cumplan un conjunto de requisitos, entre ellos, que el sujeto pasivo explote el buque, embarcación o artefacto naval «...mediante su afectación a su propia actividad, o bien mediante su arrendamiento a casco desnudo, siempre que, en este último caso, la entidad arrendadora sea una Agrupación Española o Europea de Interés Económico...». A su vez, el apartado 3 de la disposición adicional decimoquinta establece que los citados elementos patrimoniales «...podrán acogerse, alternativamente, a la amortización especial prevista en la presente norma o a lo dispuesto en el artículo 128 de esta Ley...». La amortización acelerada puede practicarse «...con anterioridad a la puesta del buque, embarcación o artefacto naval en condiciones de funcionamiento...».

Si vinculamos la modificación de los artículos 66 y 128 de la Ley 43/1995 al incentivo fiscal de la disposición adicional decimoquinta de la misma, podemos entender:

- Que la habilitación reglamentaria del artículo 128.11 tiene por objeto que las cuotas de arrendamiento financiero puedan ser fiscalmente deducibles antes de que el buque, embarcación o artefacto naval se halle en condiciones de funcionamiento.
- Que la agrupación de interés económico puede realizar operaciones de arrendamiento financiero sobre buques, embarcaciones y artefactos navales, cumpliendo los requisitos del nuevo párrafo incrustado en el artículo 66.

## **17. TRANSMISIONES DE ELEMENTOS PATRIMONIALES DE CARÁCTER OBLIGATORIO**

El artículo 2.Cincuenta y dos de la Ley 24/2001 establece un régimen especial para la renta positiva que se obtenga en la transmisión de elementos patrimoniales contenidos en el artículo 36 ter de la Ley 43/1995 «...que se efectúen en cumplimiento de obligaciones establecidas por disposiciones con rango de ley, publicadas a partir de 1 de enero de 2002, o por acuerdos de la Comisión Europea o del Consejo de Ministros, adoptados a partir de esa misma fecha, en aplicación de las normas de defensa de la competencia en procesos de concentración empresarial...».

Dos supuestos cubre la norma parcialmente transcrita:

- Transmisiones realizadas en cumplimiento de obligaciones legales, derivadas de leyes publicadas a partir de 1 de enero de 2002.

Aquí no están comprendidas las transmisiones derivadas de expropiaciones forzosas, habida cuenta de que la Ley de Expropiación Forzosa fue publicada antes de 1 de enero de 2002.

- Transmisiones realizadas en cumplimiento de acuerdos, sea de la Comisión Europea o del Consejo de Ministros, también adoptados a partir de 1 de enero de 2002, en aplicación de normas de defensa de la competencia en procesos de concentración empresarial.

La Ley de Defensa de la Competencia faculta al Gobierno para que, ante su proceso de concentración empresarial, ordene la adopción de las medidas necesarias para el restablecimiento de una competencia efectiva. Pues bien, las transmisiones realizadas en ejecución de estas órdenes son las contempladas por la disposición adicional decimocuarta de la Ley 43/1995.

De igual manera, la Comisión de la Unión Europea, al amparo de las normas sobre competencia del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, puede adoptar medidas que impliquen la necesidad de transmitir elementos patrimoniales con ocasión de la realización de operaciones de concentración empresarial.

La renta positiva derivada de las referidas transmisiones tiene el siguiente régimen:

- No se integran en la base imponible, a condición de reinversión, en las condiciones previstas en el artículo 36 ter. Sin embargo, no se trata de una exención, porque dicha renta positiva «...se integrará sin reducción ni exención alguna, en la base imponible del período en el que se transmiten, o por cualquier motivo se den de baja en el balance, los bienes y derechos objeto de la reinversión...» [letra a bis)].
- Los elementos patrimoniales en que se materialice la reinversión «...se valorarán, a los exclusivos efectos de cálculo de la renta positiva, por el mismo valor que tenían los bienes y derechos transmitidos...» [letra b)].

El mandato de la letra a bis) y el de la letra b), parcialmente transcritos, se compaginan bastante mal. En efecto, según la letra a bis), la renta positiva, que es la obtenida en la transmisión obligatoria y que está perfectamente determinada, debe integrarse en la base imponible cuando se transmitan los elementos patrimoniales en los que se hubiese materializado la reinversión o los mismos causen baja en el balance. Sin embargo, la letra b) establece una valoración fiscal respecto de los elementos patrimoniales objeto de la reinversión, justamente para calcular la renta positiva.

¿Está o no está determinada la renta positiva? A nuestro juicio sí lo está, y por lo tanto la letra b) es superflua. No hay que calcular una renta positiva en función del valor fiscal dado a los elementos patrimoniales objeto de la reinversión. La renta positiva es la obtenida en la transmisión obligatoria. Cualquier otro cálculo de la misma es superfluo.

Es posible que el legislador haya pretendido con la letra b) reproducir el modelo de tributación de las fusiones y operaciones asimiladas del capítulo VIII del título VIII, de la Ley 43/1995, pero, en tal caso, la letra a bis) sobraba, y, por otra parte, hay una diferencia sustancial entre una transmisión con precio cierto, en la que, necesariamente, la renta positiva está inequívocamente determinada, y una transmisión derivada de una operación de fusión o asimilada, en la que, si bien existe una valoración, la misma se predica respecto del patrimonio total y no constituye precio cierto de los elementos patrimoniales en particular.

Así las cosas, resulta claro que la renta positiva obtenida en la transmisión obligatoria se integrará en la base imponible cuando el elemento patrimonial en el que se materializó la reinversión se transmita, pero no es tan claro el significado que debemos dar a la «baja en balance», ni tampoco cuál será la base de cálculo de las amortizaciones de los elementos patrimoniales objeto de la reinversión.