

TRIBUTACIÓN

**RÉGIMEN DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES
EN EL PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS
FISCALES, ADMINISTRATIVAS Y DEL
ORDEN SOCIAL: UNA NOTA DE URGENCIA**

**Núm.
69/2001**

EDUARDO SANZ GADEA

Licenciado en Derecho y en Ciencias Económicas

Extracto:

EL artículo 2.Doce del Proyecto de Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social da nueva redacción al capítulo VII del título VIII de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. La práctica totalidad de las modificaciones introducidas tienen carácter técnico, de manera tal que la arquitectura de la redacción original apenas queda afectada. Por eso llama la atención que el Gobierno haya optado por dar nueva redacción a todo el capítulo. Seguidamente se exponen las modificaciones más relevantes.

Sumario:

1. Nueva denominación.
2. El establecimiento permanente como sociedad dominante (artículo 81.2.a).
3. Porcentaje de participación (artículo 81.2.b).
4. Tiempo previo de tenencia de la participación (artículo 81.2.b).
5. Órgano competente para adoptar el acuerdo de tributación en régimen de consolidación fiscal (artículo 84.2).
6. Efectos de la falta de acuerdos (artículo 84.4).
7. Duración del régimen de consolidación fiscal (artículo 84.5).
8. Comunicación de la composición del grupo de sociedades (artículo 84.6).
9. Compensación de bases imponibles negativas (artículo 85.1.d).
10. Aplicación supletoria del Real Decreto 1815/1991 (artículo 85.4).
11. Eliminación de la inversión-fondos propios y las correcciones valorativas.
 - 11.1. Régimen actualmente vigente.
 - 11.2. Régimen según las normas del Proyecto.
12. Límite de la compensación de bases imponibles negativas correspondientes a períodos impositivos anteriores a la consolidación fiscal.
13. Mención del método de exención del artículo 20 bis.
14. Régimen transitorio.
15. Una breve reflexión.

1. NUEVA DENOMINACIÓN

El capítulo VII del título VIII 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*».

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.

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.

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.

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 concurra «...*el primer día del período impositivo en que sea de aplicación este régimen de tributación...*» (artículo 81.2.b).

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.

6. EFECTOS DE LA FALTA DE ACUERDOS (ARTÍCULO 84.4)

El artículo 84.4 precisa que la falta de acuerdos «...*determinará la imposibilidad de aplicar el régimen de consolidación fiscal...*». Siendo de carácter voluntario el régimen de consolidación fiscal, parece obvio que la falta de acuerdos en tal sentido imposibilite su aplicación. Sin embargo, en relación con las entidades a incorporar al grupo fiscal una vez constituido el mismo, la nueva norma viene a colmar una laguna de la legislación anterior.

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.

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.

9. COMPENSACIÓN DE BASES IMPONIBLES NEGATIVAS (ARTÍCULO 85.1.d)

En la nueva redacción del artículo 85 se añade una letra d) a cuyo tenor se considera como partida para determinar la base imponible a «... la compensación de bases imponibles negativas del grupo fiscal, cuando el importe de la suma de las letras anteriores resulte positiva...».

Estamos ante una norma que perfecciona técnicamente el régimen de consolidación fiscal, aunque no añade nada nuevo.

Por otra parte la mejora técnica no ha sido plena, puesto que también hubieran debido mencionarse las bases imponibles negativas pendientes de compensación en el momento en que las sociedades se integran en el grupo fiscal. En efecto, estas bases imponibles negativas también se compensan con la base imponible del grupo de sociedades.

Es muy posible que si el defecto técnico no se subsana se abra paso el criterio, entendemos que erróneo, consistente en considerar que las bases imponibles negativas correspondientes a períodos impositivos en los que se tributó en régimen individual se compensan con la base imponible de la sociedad para formar su base imponible individual, en lugar de prevalecer el criterio, que entendemos correcto, consistente en que la compensación se produce en relación con la base imponible del grupo fiscal con el límite de la base imponible individual.

10. APLICACIÓN SUPLETORIA DEL REAL DECRETO 1815/1991 (ARTÍCULO 85.4)

El nuevo artículo 85.4 establece que «...*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 cuentas anuales consolidadas...*».

Esta norma debe ser entendida sin perjuicio de lo previsto en los artículos 85.2 (Eliminación de la inversión-fondos propios), 86 (Eliminaciones), 87 (Incorporaciones) y 95 (Efectos de la pérdida del régimen de consolidación fiscal y de la extinción del grupo fiscal), y en el nuevo apartado 3 del propio artículo 85 relativo a la corrección de valor de las participaciones internas.

Fundamentamos el criterio precedente en el principio de especialidad, según el cual la norma particular debe ser aplicada preferentemente respecto de la general. Hubiera sido conveniente que en el propio texto del nuevo precepto se hiciera alusión al referido principio, al modo en como, por ejemplo, lo hace el artículo 10.3 de la Ley 43/1995, al dar entrada al resultado contable salvando expresamente «...*la aplicación de los preceptos establecidos en la presente Ley...*».

El nuevo artículo 85.4 no añade nada sustantivo al régimen de la consolidación fiscal. En efecto, puesto que la Ley 43/1995 no regula en su integridad las eliminaciones y las incorporaciones es pacífico que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9.2 de la Ley General Tributaria, la regulación mercantil de las eliminaciones e incorporaciones es fiscalmente aplicable con carácter supletorio, de manera tal que en los aspectos no regulados por las normas fiscales deben aplicarse los artículos 42 a 49 del Código de Comercio y el capítulo III del Real Decreto 1815/1991. Ahora bien, el resultado de la aplicación directa del Real Decreto 1815/1991, sin perjuicio de las especialidades contenidas en las normas fiscales, es idéntico al resultado de la aplicación de las normas fiscales suplidas por las normas mercantiles, señaladamente las del Real Decreto 1815/1991. Estamos, pues, ante una modificación de forma que, sin embargo, resulta clarificadora.

Seguidamente se examinan las eliminaciones e incorporaciones reguladas mercantilmente y las especialidades de carácter fiscal.

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

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

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 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 regulación mercantil de la inversión-fondos propios no se aplica a efectos fiscales, habida cuenta que el artículo 85.2 de la Ley 43/1995, en su redacción original, que no ha sido afectada por el Proyecto, excluye de la consideración de partida fiscalmente deducible a la diferencia de consolidación positiva, si bien tampoco considera como ingreso a la que tenga carácter negativo. Advertimos, sin embargo, que esta norma tiene valor meramente cautelar, puesto que la base imponible consolidada no se determina a partir del resultado contable consolidado, sino de los resultados contables individuales, corregidos por las eliminaciones y las incorporaciones propias de la consolidación.

En las consolidaciones posteriores la eliminación inversión-fondos propios debe hacerse de la misma manera, y las reservas generadas por la sociedad dependiente a partir de la fecha de la primera consolidación deben figurar con la denominación apropiada.

Forma parte de la eliminación inversión-fondos propios de las consolidaciones posteriores la relativa a las correcciones valorativas realizadas en relación con la participación sobre una sociedad dependiente. El artículo 27.3 del Real Decreto 1815/1991 así lo establece, afirmando que *«...en todo caso, 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...»*.

Tampoco este precepto será fiscalmente aplicable ya que de esta cuestión se ocupan expresamente los nuevos artículos 85.3 y 87.3. Ambos preceptos constituyen la novedad más enjundiosa de la modificación del régimen de consolidación fiscal, si bien, como veremos más adelante, no determinan un resultado práctico diferente al que se deriva de la legislación vigente.

Finalmente, también forman parte de la eliminación inversión-fondos propios las relativas a las transmisiones internas de participaciones sobre las sociedades del grupo. A esta eliminación se refiere el artículo 31 del Real Decreto 1815/1991 el cual ordena diferir los resultados hasta que se realicen frente a terceros, sea porque se transmite la participación o porque la entidad participada deja 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...» (artículo 31.2). Nótese que los resultados que han nutrido las reservas generadas por la sociedad participada a partir de la primera consolidación ya han sido realizados, de manera tal que no deben diferirse, aunque tampoco computarse como resultados del ejercicio porque están incluidos en las «reservas en sociedades consolidadas». El razonamiento inverso, pero basado en los mismos criterios, debe hacerse en relación con las pérdidas.

Ni la regulación original del capítulo VII del título VIII de la Ley 43/1995 ni las normas introducidas por el Proyecto abordan esta eliminación y posterior incorporación, de manera tal que se aplicarán las normas mercantiles, antes de la nueva regulación con carácter supletorio y a partir de la entrada en vigor de la misma de manera directa.

Sin perjuicio de que más adelante abordemos de manera específica el tratamiento de las correcciones de valor y de las transmisiones internas de participaciones, sí parece conveniente señalar la proximidad de ambos supuestos. Por eso no se entiende bien que el Proyecto aborde, de manera minuciosa aunque técnicamente discutible, la cuestión de la corrección de valor y olvide la concerniente a la transmisión interna de la participación sobre entidades dependientes.

La eliminación de partidas recíprocas afecta a los créditos y débitos y a los gastos e ingresos entre sociedades del grupo (artículos 34 y 35 del Real Decreto 1815/1991). Esta eliminación no modifica el resultado contable consolidado. Sin embargo no es fiscalmente irrelevante, porque la eliminación de partidas recíprocas es el antecedente lógico de la eliminación de lo que podríamos denominar provisiones internas, cuya dotación sí afecta al resultado contable individual y consolidado y, por tanto, sí tiene relevancia fiscal.

La regulación que de la eliminación de partidas recíprocas se contiene en los artículos 34 y 35 del Real Decreto 1815/1991 es aplicable a efectos fiscales.

La eliminación de resultados por operaciones internas afecta a los obtenidos en las operaciones entre dos sociedades del grupo realizadas desde el momento en que ambas sociedades pasaron a formar parte del mismo (artículo 36 del Real Decreto 1815/1991). Las normas mercantiles regulan las eliminaciones y las correlativas incorporaciones bajo los siguientes criterios:

- Debe eliminarse la totalidad del resultado producido por las operaciones internas y diferirse hasta que se realice frente a terceros (artículo 36.2 del Real Decreto 1815/1991).

- Los resultados se entienden realizados frente a terceros cuando el elemento patrimonial objeto de la operación se transmite a terceros, si bien existen excepciones en relación con ciertos elementos patrimoniales, o cuando una de las entidades participantes en la operación deje de formar parte del grupo (artículo 36.3 del Real Decreto 1815/1991).

Sobre estos dos principios el Real Decreto 1815/1991 regula pormenorizadamente un conjunto, bastante amplio, de operaciones determinantes de resultados internos, en lo que concierne, esencialmente, a las eliminaciones e incorporaciones: eliminación de provisiones de activo o derivadas de garantías o similares (artículo 36.7), eliminación de existencias (artículo 37), eliminación de inmovilizado (artículo 38), eliminación de servicios (artículo 39), eliminación de activos financieros (artículos 40 y 41), y eliminación de dividendos (artículo 42).

Los artículos 86 y 87 de la Ley 43/1995, regulan las eliminaciones y las incorporaciones relativas a resultados por operaciones internas, si bien de una manera muy general y bajo los mismos criterios que las normas mercantiles, a excepción de la norma relativa a la no eliminación de dividendos internos «...respecto de los cuales no hubiere procedido la deducción por doble imposición interna prevista en el artículo 28.4...», y la cautela, tal vez innecesaria, de supeditar la eliminación de resultados a que los mismos «...estuvieren comprendidos en las bases imponibles individuales...». En consecuencia, las normas mercantiles relativas a la eliminación e incorporación de resultados por operaciones internas serán, en cuanto a sus principios o criterios básicos, aplicables de manera concurrente con las normas fiscales, y en cuanto a los desarrollos relativos a operaciones concretas tendrán eficacia fiscal directa, salvando las dos peculiaridades mencionadas.

11. ELIMINACIÓN DE LA INVERSIÓN-FONDOS PROPIOS Y LAS CORRECCIONES VALORATIVAS

Como ha quedado expuesto en el apartado anterior, la eliminación inversión-fondos propios en el Real Decreto 1815/1991 comprende tres supuestos básicos: eliminación de primera consolidación (artículos 22 a 25), eliminación de consolidaciones posteriores, en la que se comprende la eliminación de las correcciones valorativas (artículos 26 a 29), y la eliminación de las transmisiones de las participaciones internas entre sociedades del grupo (artículo 31).

11.1. Régimen actualmente vigente.

La Ley 43/1995 no regula todas y cada una de las eliminaciones e incorporaciones posibles, sino tan sólo aquellas respecto de las cuales ha pretendido establecer un régimen diferente del mercantil, como sucede en los casos de la diferencia de consolidación (artículo 85.2) y los dividendos internos (artículo 86.3).

La corrección de valor sobre las participaciones internas no está específicamente regulada en la Ley 43/1995, de aquí que deba aplicarse, en calidad de Derecho supletorio, la regulación mercantil, todo ello de acuerdo con lo previsto en el artículo 9.2 de la Ley General Tributaria. Esta técnica responde, por otra parte, fielmente a los principios de la Ley 43/1995, que, como es sabido, descansa ampliamente en el ordenamiento mercantil.

La norma supletoria que resulta aplicable es el artículo 46.8.a) del Código de Comercio, el cual ordena que se practiquen cuantas eliminaciones, incorporaciones y ajustes sean necesarios para la formación de las cuentas consolidadas. El desarrollo reglamentario de este precepto está contenido en el capítulo III del Real Decreto 1815/1991, dentro del cual hallamos un artículo, el 27.3, que se refiere expresamente a las correcciones valorativas sobre participaciones internas. Como ya sabemos este artículo ordena que se eliminen las correcciones valorativas correspondientes a las inversiones en el capital de las sociedades dependientes.

Las correcciones valorativas referidas deben eliminarse, lo que depara un resultado fiscalmente satisfactorio, ya que de lo contrario la pérdida sufrida por la sociedad dependiente participada se computaría dos veces.

Se combate, en ocasiones, tal conclusión porque en el régimen individual de tributación la pérdida luce en dos sujetos pasivos, de manera tal que la eliminación vendría a hacer de peor condición al grupo fiscal. No compartimos esta opinión. En el régimen de los grupos de sociedades hay un solo sujeto pasivo, el propio grupo fiscal, y no es correcto que en la base imponible del mismo la pérdida se integre dos veces.

El artículo 27.3 del Real Decreto 1815/1991 no se refiere a la incorporación de la corrección valorativa previamente eliminada, a diferencia de lo que hacen otros preceptos, como el 36.3 que prevé la incorporación cuando una de las entidades participantes en la operación interna abandone el grupo. Este silencio no presenta, sin embargo, serios inconvenientes interpretativos, porque no debiendo mantenerse la corrección valorativa cuando cesaron las razones que la motivaron su reversión debe traer como consecuencia la reversión de la eliminación, o, si se quiere, la práctica de la incorporación.

La solución contable también es fiscalmente satisfactoria, porque de lo contrario, es decir de no ser procedente la incorporación, se duplicaría la tributación del beneficio obtenido por la sociedad dependiente participada.

La incorporación de la eliminación previamente practicada debe producirse tan pronto como la sociedad participada obtenga beneficios, y en la medida de su importe. Por tanto, si la sociedad participada abandona el grupo fiscal antes de haber obtenido beneficios no procede la incorporación de la eliminación previamente practicada.

También la solución contable relativa a la sociedad que abandona el grupo es fiscalmente satisfactoria, porque si se produjera la incorporación la pérdida se computaría dos veces en el mismo sujeto pasivo, esto es, el grupo fiscal. Por otra parte la solución contable halla perfecto acomodo en la norma fiscal. En efecto, el artículo 95.1.a) prevé, en caso de extinción del grupo fiscal o abando-

no de alguna o algunas sociedades, que se incorporen «...*las eliminaciones pendientes de incorporación...*», de manera tal que no habiéndose producido recuperación de beneficios en la sociedad participada, la eliminación de la corrección valorativa no está pendiente de incorporación.

También el criterio precedente ha sido combatido, en algunas ocasiones, en base a que tanto el artículo 36.3 del Real Decreto 1815/1991 como el artículo 87.3 de la Ley 43/1995, prevén la incorporación de las eliminaciones previamente practicadas cuando una de las sociedades participantes en la operación hubiere abandonado el grupo de sociedades. Tampoco podemos aceptar este argumento, porque ambos preceptos se están refiriendo a la eliminación de resultados por operaciones internas, y no a la eliminación de la inversión-fondos propios.

Por excepción, cuando las pérdidas que motivaron la corrección valorativa no hubieran sido compensadas con rentas del grupo fiscal, sí procederá la incorporación cuando la sociedad abandone el grupo, ya que la misma asume el derecho a la compensación de las pérdidas de acuerdo con lo previsto en el artículo 95.1.b), lo que implica que, en ese momento, se retorna a la situación de tributación individual respecto de dichas pérdidas.

11.2. Régimen según las normas del Proyecto.

Los nuevos apartados 3 de los artículos 85 y 87 de la Ley 43/1995 regulan la eliminación y la correspondiente incorporación de las correcciones valorativas de las participaciones internas. La nueva regulación fiscal conduce a los mismos resultados prácticos que los derivados de la aplicación supletoria de la regulación mercantil, pero está basada en unos principios ajenos a los que rigen la consolidación mercantil.

El apartado 3 del artículo 85 aborda en su inciso primero la corrección valorativa y en el segundo la recuperación de valor. Tanto respecto de la corrección valorativa como en relación con la recuperación de valor ordena que no se integren en la base imponible individual.

Allí donde las normas mercantiles de la consolidación ordenan la «...*eliminación de las correcciones valorativas...*» (artículo 27 del Real Decreto 1815/1991), y la correlativa incorporación cuando dejan de mantenerse (artículo 39.4 del Código de Comercio), las normas fiscales ordenan que las correcciones valorativas y su recuperación no tengan efectos sobre las bases imponibles individuales. Ambos caminos llevan a Roma, pero el camino que recorre la norma fiscal es extraño a la regulación mercantil de la consolidación.

El apartado 3 del artículo 87 aborda el caso particular en el que la sociedad participada abandona el grupo de sociedades, ordenando que la corrección de valor se incorpore «...*en la base imponible de la sociedad que la dotó... siempre que haya asumido el derecho a la compensación de bases imponibles negativas...*», de donde se infiere que cuando dicha asunción no se produzca no procederá la incorporación de la corrección de valor como así lo explicita el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 87. En suma, si, como es lo más común, las pérdidas de la entidad participada que moti-

varon la corrección de valor fueron compensadas con beneficios de otras sociedades del grupo, la salida del grupo de dicha entidad no motiva la incorporación, con carácter negativo, a la base imponible individual de la entidad que dotó la corrección valorativa. Pues bien, la no incorporación de la corrección valorativa en su día eliminada es también lo que ordena el artículo 27 del Real Decreto 1815/1991. En efecto, si la sociedad participada abandona el grupo antes de que se produzca la recuperación de valor la corrección valorativa debe mantenerse y, por tanto, no ha lugar a la incorporación.

Allí donde las normas mercantiles ordenan eliminar y no incorporar por ausencia del supuesto de hecho determinante de la misma, las normas fiscales ordenan que la corrección valorativa no tenga efectos sobre la base imponible individual y, también por ausencia del supuesto de hecho, que ningún efecto se produzca sobre dicha base imponible individual con ocasión del abandono del grupo por la sociedad participada. Una vez más ambos caminos conducen a Roma, pero también una vez más el camino que recorre la norma fiscal es extraño a la regulación mercantil de la consolidación.

Proponemos un *ejemplo* que reúne las siguientes circunstancias:

- *A* participa en el 100 por 100 sobre *B*.
- *B* sufre pérdidas, que se compensan con beneficios de *A*.
- *A* transmite a *C* la participación sobre *B* antes de que *B* obtenga beneficios. En este ejercicio no se realizan otras operaciones.
- *B* obtiene beneficios en ejercicios en los que depende de *C*. *B* y *C* no forman grupo fiscal.
- *B* se disuelve.

El ejemplo afecta, por tanto, a todos los hechos imposables posibles en relación con la renta obtenida por *B*.

CONTABILIDAD

A		B	
Cv _B 100	a (constitución de <i>B</i>)	T 100	T 100
	x		
T 60	a (beneficios operaciones propias)	P y G 60	P y G 40
	x		x
P y G 26	a (corrección valorativa)	Prov _B 26	A 14 (40/0,35)
	x		x
			T 40
			(pérdidas)
			a
			P y G 14
			(impuesto sobre el beneficio)

P y G 14	a	B 14	C 26	a	P y G 26
	(impuesto sobre el beneficio)			(reducción capital para sanear)	
_____	x	_____	_____	x	_____
T 74	a	Cv _B 100			
Prov 26					
	(venta de la participación a C)				
_____	x	_____			
C					
Cv _B 74	a	T 74	T 26	a	P y G 26
	(adquisición de la participación)			(obtención beneficios)	
_____	x	_____	_____	x	_____
			P y G 9,1	a	HP 9,1
				(impuesto sobre el beneficio)	
			_____	x	_____
T 90,9	a	Cv _B 74	C 74		
	a	P y G 16,9	P y G 16,9	a	T 90,9
	(adjudicación)			(disolución)	
_____	x	_____	_____	x	_____

PERÍODOS Y TIPO DE LIQUIDACIÓN CONCEPTOS	B SUFRE PÉRDIDAS		TRANSMISIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DE B		B OBTIENE BENEFICIOS	DISOLUCIÓN DE B
	PROYECTO	RD 1815/1991	PROYECTO	RD 1815/1991	RÉGIMEN INDIVIDUAL	RÉGIMEN INDIVIDUAL
Resultado contable A	20 (60-26-14)	20 (60-26-14)	0	0		
Ajuste arts. 85.3 y 87.3	26	-	-	-		
Ajuste art. 14.1.b)	14	14	-	-		
Base imponible A	60	34	0	0		
Resultado contable B	(26)	(26)	0	0	16,9	0
Ajuste art. 14.a.b)	(14)	(14)	-	-	9,1	0
Base imponible B	(40)	(40)	0	0	26	0
Eliminaciones	-	26	-	-		
Incorporaciones	-	-	-	-		
Base imponible consolidada ...	20	20	0	0		
Resultado contable C						16,9
Ajuste equivalente art. 28.3						(16,9)
Base imponible equivalente C ..						0

El cuadro precedente pone de relieve que las liquidaciones derivadas de las normas contenidas en el Proyecto son cuantitativamente idénticas a las derivadas de la aplicación supletoria del Real Decreto 1815/1991. Las normas del Proyecto privan de efectos a la corrección valorativa, en tanto que las normas del Real Decreto 1815/1991 eliminan la corrección valorativa. La diferencia es cualitativa.

La causa de la nueva regulación se halla en la voluntad del Gobierno de clarificar un aspecto del régimen de los grupos de sociedades que, debido tal vez a lo singular de la materia, podía haber llevado a algunos sujetos pasivos a interpretaciones erróneas. Ahora bien, esta causa no tenía por qué motivar una regulación fiscal diferente de la mercantil. Por el contrario, lo más oportuno hubiera sido que la regulación fiscal hubiera seguido los principios de la mercantil. Para ello hubiera bastado incorporar un nuevo apartado al artículo 87 para especificar que las correcciones valorativas eliminadas en una consolidación precedente deberán incorporarse cuando las razones que motivaron la misma hubiesen dejado de existir, y también cuando las sociedades participadas respecto de las que se practicó la corrección valorativa abandonen el grupo y asuman el derecho a la compensación de la base imponible negativa correspondiente a la pérdida que determinó la corrección de valor.

Pudiera parecer que, puesto que las liquidaciones derivadas de las normas del Proyecto son idénticas a las que se derivan de la aplicación de las normas mercantiles, esto es, de las normas del Real Decreto 1815/1991, estamos ante una cuestión bizantina. No compartimos esta posible observación, por los siguientes motivos:

- La base imponible individual de la entidad que practicó la corrección valorativa queda distorsionada en relación a la que hubiera resultado por aplicación del régimen general, que es, justamente, el aplicable para determinar la base imponible individual, de manera tal que una norma del régimen de consolidación se aplica para determinar una magnitud propia del régimen general, y, además, para considerar no deducible lo que en el régimen general lo es. Son difíciles de prever las consecuencias que se derivarán de esta distorsión, pero ya en el propio régimen de consolidación fiscal se atisba una en relación con el límite que el artículo 88.2 establece para la compensación de bases imponibles negativas anteriores a la consolidación, es decir, «...*la base imponible individual de la propia sociedad...*», que aumentará por aplicación de la nueva norma.
- Se produce una contradicción de principios entre la elevación al rango de norma directamente aplicable del Real Decreto 1815/1991 (nuevo apartado 4 del artículo 85), y la regulación específica de las correcciones valorativas internas con criterios opuestos a los mercantiles (nuevos apartados 3 de los artículos 85 y 87). Esta contradicción es incluso predicable respecto de los principios de la propia Ley 43/1995, entre los que destaca el de armonización de las normas fiscales y mercantiles.
- Es llamativo que las nuevas normas no regulen un supuesto totalmente similar, a saber, la eliminación de los resultados negativos habidos en las transmisiones internas de participaciones sobre entidades que pertenecen al grupo fiscal. El efecto de estas transmisiones puede

ser idéntico al de las correcciones valorativas. Sin embargo no han merecido la regulación expresa. Por tanto deberán aplicarse las normas mercantiles, concretamente las contenidas en el artículo 31 del Real Decreto 1815/1991, de acuerdo con lo previsto en el artículo 85.4. No parece muy correcto que hechos que participan de la misma sustancia se regulen de manera diversa.

- Cuando la corrección valorativa fue practicada por una entidad dependiente en relación con la participación sobre otra del grupo fiscal, y ambas abandonan simultáneamente el grupo de sociedades (la dominante transmite la participación sobre la entidad que practicó la corrección valorativa), nos encontramos con una situación que no está expresamente prevista por las nuevas normas, lo que tal vez podría dar pie a la interpretación, a nuestro modo de ver errónea, de que la corrección valorativa debe minorar, a efectos fiscales, el resultado de la renta derivada de una futura transmisión de la participación, aun cuando las pérdidas que motivaron la corrección valorativa hubieran sido compensadas con rentas del grupo fiscal. Es claro que esta posible interpretación no tendría ningún punto de apoyo si la corrección valorativa hubiese sido fiscalmente deducible.
- Podría dar pie a entender que las nuevas normas vienen a modificar una situación precedente en la que la corrección valorativa necesariamente se incorporaba con carácter negativo cuando la entidad participada abandonaba el grupo fiscal, hubieran o no sido compensadas las pérdidas con las rentas del grupo fiscal.

Éste es el efecto más preocupante de las nuevas normas, sin duda no querido por las mismas, pero de inevitable producción por cuanto que ante toda innovación legislativa se tiende a pensar que viene a modificar una regulación preexistente o a regular lo hasta entonces carente de regulación. Este efecto es tanto más fuerte cuanto más diferencia existe entre la regulación precedente y la nueva. En el caso que nos ocupa la nueva regulación es muy diferente de la precedente. En primer lugar, porque la precedente se contenía, en lo esencial, en normas de carácter supletorio, y, en segundo lugar, porque dichas normas supletorias se basaban en los principios mercantiles de la consolidación. Aparece ahora una normativa específicamente fiscal que da la espalda a los principios mercantiles de la consolidación, y, además, en unión de otra norma, como es la contenida en el nuevo apartado 4 del artículo 85, que convoca de manera directa, para el resto de las operaciones, situaciones y relaciones que dan lugar a eliminaciones e incorporaciones, a las normas mercantiles del Real Decreto 1815/1991.

Las circunstancias precedentes no dibujan un panorama halagüeño en relación con el riesgo desvelado. Ahora bien, si volvemos nuestra vista a las liquidaciones contenidas en el cuadro precedente podemos observar que, caso de prosperar la interpretación que combatimos, se produciría un efecto de desimposición puesto que las pérdidas se computarían dos veces. Tamaña injusticia no debería prosperar.

Para conjurar el peligro de las interpretaciones erróneas, en algunas ocasiones el legislador ha acudido a la doctrinalmente denominada interpretación auténtica. Ésta se manifiesta a través de normas que tienen por objeto clarificar pasajes oscuros o ambiguos de una ley anterior (DÍEZ PICAZO).

Estas normas tienen carácter retroactivo (CASTÁN). En la Ley 43/1995 encontramos un ejemplo de norma cuyo objeto no es otro que clarificar el mandato de una norma precedente en el apartado 3 del artículo 15, según redacción de la Ley 13/1996.

La nueva regulación que de las correcciones valorativas internas efectúa el Proyecto no es apta para cumplir la función de norma clarificadora. En efecto, como venimos poniendo de relieve, la norma que hasta el momento viene regulando la materia con carácter supletorio se fundamenta en unos principios muy diferentes de los que animan a las nuevas normas. Hubiera sido posible la interpretación auténtica si las nuevas normas se hubieran concebido bajo los principios mercantiles de la consolidación, porque, en tal caso, no habrían sido otra cosa que la transposición a la Ley 43/1995 de unas normas mercantiles que hasta entonces se aplicaban a los efectos de la consolidación fiscal o régimen de los grupos de sociedades con carácter supletorio. Lo cierto es que las nuevas normas han huido de los referidos principios mercantiles, y por ello han cerrado el paso a la interpretación auténtica.

Las reflexiones precedentes sugieren la conveniencia de enmendar el Proyecto de Ley en el sentido de fundamentar la regulación de la corrección valorativa interna sobre los principios mercantiles de la consolidación. A tal efecto bastaría eliminar el apartado 3 del artículo 85 y redactar el apartado 3 del artículo 87 bajo los mismos criterios del Proyecto, pero refiriendo la incorporación a la base imponible del grupo fiscal.

12. LÍMITE DE LA COMPENSACIÓN DE BASES IMPONIBLES NEGATIVAS CORRESPONDIENTES A PERÍODOS IMPOSITIVOS ANTERIORES A LA CONSOLIDACIÓN FISCAL

El límite continúa siendo la base imponible de la sociedad que sufrió las pérdidas, pero a los efectos de la determinación de dicho límite se excluyen de aquélla «...los dividendos o participaciones en beneficios a que se refiere el apartado 2 del artículo 28 d...». Se sale al paso de un posible ardid consistente en distribuir dividendos intragrupo con el objetivo de elevar el límite.

La nueva norma es acertada, pero parece claro que de poco alcance práctico, puesto que la forma habitual de elevar el límite consiste en atribuir negocios rentables a la sociedad que aporta las pérdidas.

13. MENCIÓN DEL MÉTODO DE EXENCIÓN DEL ARTÍCULO 20 BIS

Al segundo párrafo del artículo 92 se añade un inciso para indicar que los requisitos establecidos para aplicar la exención del artículo 20 bis se referirán al grupo fiscal.

14. RÉGIMEN TRANSITORIO

La disposición transitoria quinta permite a los grupos que reúnan los requisitos establecidos en la nueva redacción del artículo 81 tributar en régimen de consolidación fiscal en el primer período impositivo que se inicie a partir de 1 de enero de 2002, cuando por no reunir los requisitos en la redacción vigente hasta dicha fecha no hubieran optado por el régimen de consolidación fiscal. La opción y su comunicación deberán producirse antes de que finalice el citado período impositivo.

La disposición transitoria quinta.1 ordena la integración en los grupos fiscales ya constituidos de las sociedades que cumplan con los requisitos de la nueva redacción del artículo 81, con efectos del primer período impositivo que se inicie a partir de 1.º de enero de 2002.

15. UNA BREVE REFLEXIÓN

La reforma de la consolidación fiscal que aborda el Proyecto no está carente de aciertos técnicos. Es muy positivo que se haya decidido regular de manera explícita la cuestión de las correcciones valorativas relativas a participaciones internas. Sin embargo, la forma en como se ha hecho no es satisfactoria. No parece, en efecto, oportuno regular aspectos de la consolidación fiscal dando la espalda a los principios mercantiles de la consolidación, máxime cuando los resultados prácticos son los mismos y, por añadidura, se corre el riesgo de apuntalar interpretaciones erróneas de la legislación actualmente vigente. La tramitación parlamentaria está abierta, y las modificaciones que deben hacerse para lograr una regulación más idónea son bastante discretas. Nuestra esperanza es que así sea.