

EDUARDO SANZ GADEA*Inspector de Hacienda del Estado***Extracto:**

LA presente colaboración tiene por objeto examinar el régimen de la compensación de bases imponibles negativas regulado en el artículo 23 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. Dicho artículo ha sido modificado por la disposición final segunda de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. El autor hace especial hincapié en las restricciones a la referida compensación, tomando en consideración los aspectos internacionales.

Sumario:

- I. Justificación de la compensación de pérdidas.
- II. Naturaleza jurídica de la compensación de bases imponibles negativas.
 1. La compensación de bases imponibles negativas y el principio de independencia de ejercicios.
 2. Condiciones de ejercicio de la compensación de bases imponibles negativas.
 - 2.1. Nacimiento de la facultad de compensación de bases imponibles negativas.
 - 2.2. La comprobación de la base imponible negativa.
 - 2.3. La compensación de la base imponible negativa.
 - 2.3.1. La compensación contable y la compensación fiscal.
 - 2.3.2. El saneamiento financiero y la compensación fiscal.
 - 2.3.3. Requisitos formales de la compensación.
 - 2.3.4. Compensación de bases imponibles negativas litigiosas.
 - 2.3.5. La compensación de bases imponibles no declaradas.
 - 2.3.6. Acreditación del importe de la base imponible negativa.
- III. Magnitudes susceptibles de compensación.
 1. Magnitud a compensar: la base imponible negativa.
 2. Magnitud respecto de la que se practica la compensación: la renta positiva.
 3. Importe de la compensación.
- IV. Plazo de compensación.
 1. Regulación original de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre.
 2. Regulación vigente.

3. Régimen transitorio.
 4. Medidas para proteger la correcta aplicación del plazo de compensación de bases imponibles negativas.
 5. El plazo de compensación en los países de nuestro entorno.
 - 5.1. El plazo de compensación en Francia.
 - 5.2. El plazo de compensación en el Reino Unido.
 - 5.3. El plazo de compensación en Alemania.
- V. Restricción a la compensación de bases imponibles negativas.
1. Elementos básicos de la restricción a la compensación de bases imponibles negativas.
 2. Determinación del importe de la base imponible negativa que no podrá compensarse.
 - 2.1. El concepto de aportaciones.
 - 2.2. La valoración de las aportaciones.
 - 2.3. Aportaciones computables.
 - 2.4. Precio de adquisición de la participación.
 - 2.5. Identificación de la base imponible negativa respecto de la que procede la restricción.
 - 2.6. Valoración del sistema de cálculo del importe de la restricción a la compensación de bases imponibles negativas.
 3. Circunstancias determinantes de la restricción a la compensación de bases imponibles negativas.
 - 3.1. Cambio significativo en la composición del grupo de socios.
 - 3.2. Inactividad de la sociedad participada.
 4. Aplicación temporal de la restricción a la compensación de bases imponibles negativas.
 - 4.1. Aplicación de la restricción respecto de bases imponibles negativas correspondientes a períodos impositivos ya prescritos.

- 4.2. Aplicación de la restricción respecto de bases imponibles negativas correspondientes a períodos impositivos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 43/1995.

VI. Supuestos especiales de compensación de bases imponibles negativas.

1. Entidades de nueva creación.
2. Sociedades concesionarias de autopistas, túneles y vías de peaje.
3. Entidades que realicen nuevas actividades empresariales.
4. Entidades de nueva creación bonificadas.
5. Entidades productoras de energía eléctrica.

VII. La compensación de bases imponibles negativas en la tramitación legislativa del Proyecto de Ley del Impuesto sobre Sociedades.

VIII. Aspectos internacionales de la compensación de bases imponibles negativas.

1. Las restricciones a la compensación de bases imponibles negativas y la transparencia fiscal internacional.
2. La restricción a la compensación de bases imponibles negativas en los países de nuestro entorno.
 - 2.1. Las restricciones a la compensación de pérdidas en Francia.
 - 2.2. Las restricciones a la compensación de pérdidas en el Reino Unido.
 - 2.3. Las restricciones a la compensación de pérdidas en Alemania.
3. Bases para la armonización de las restricciones a la compensación de bases imponibles negativas.

I. JUSTIFICACIÓN DE LA COMPENSACIÓN DE PÉRDIDAS

El apartado 1 del artículo 10 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, prevé que «La base imponible estará constituida por el importe de la renta del período impositivo minorada por la compensación de bases imponibles negativas de ejercicios anteriores», de manera tal que la base imponible de un determinado período impositivo se forma o deriva no sólo de las operaciones habidas en el mismo sino de las operaciones habidas en períodos impositivos anteriores en cuanto las mismas hubieran producido una base imponible negativa.

La compensación de bases imponibles negativas permite, por tanto, que la totalidad de las operaciones efectuadas por el sujeto pasivo se tomen en consideración para determinar la base imponible. Si no existiera compensación de pérdidas o bases imponibles negativas, un conjunto de operaciones no tendría eficacia fiscal, de manera tal que un conjunto de hechos quedaría al margen de la determinación de la obligación tributaria, lo que, obviamente, no es de recibo, esencialmente desde el prisma de la equidad.

La equidad reclama que todos los hechos contribuyan a la determinación de la carga tributaria que debe soportar el sujeto pasivo, y por ello raros son los países que ignoran el instituto de la compensación de bases imponibles negativas, si bien, como apuntaremos más adelante, las técnicas que al efecto se establecen son relativamente heterogéneas.

Desde la perspectiva de la equidad no parece dudoso que la regulación de la compensación de bases imponibles negativas debería establecerse de manera tal que las pérdidas o bases imponibles negativas quedasen siempre compensadas. Hay varias técnicas para lograr este efecto, siendo las más corrientes las siguientes:

- Compensación con rentas positivas futuras de manera ilimitada, y, en su caso, compensación con rentas positivas pasadas y devolución del impuesto que recayó sobre dichas rentas.
- Compensación con rentas positivas futuras de manera limitada, y, en su caso, compensación con rentas positivas pasadas y devolución del impuesto que recayó sobre dichas rentas.

No todos los países, sin embargo, incorporan las medidas referidas, sino que algunos, por diversas razones, limitan el plazo de compensación o no permiten la compensación retrospectiva.

El límite del plazo de compensación se suele justificar en razones de control. Se aduce que las pérdidas habidas en ejercicios muy antiguos no son fácilmente comprobables y, además, que podría chocarse con el instituto de la prescripción. Es cierto que si se permitiera la compensación de pérdidas o bases imponibles negativas no controladas o deficientemente controladas el fraude se estimularía sobremanera, pero también lo es que el control siempre puede realizarse, salvando la confrontación con la prescripción, realizando dicho control en el período impositivo en el que se realiza la compensación.

La no compensación retrospectiva no tiene otra justificación que la meramente recaudatoria. No es que se desdeñe la función recaudatoria del tributo, pues ésta es la esencia del mismo, pero la consecución de dicho objetivo puede realizarse en el marco del respeto a la equidad, lo que no sucede si las pérdidas o bases imponibles negativas no se compensan totalmente.

De lo hasta aquí expuesto se desprende que la compensación de pérdidas o bases imponibles negativas se justifica en la necesidad de que todos los hechos sean tomados en consideración para determinar la carga tributaria, ya que de otro modo el tributo no sería equitativo.

Ahora bien, los resultados contables de los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades y, por lo tanto, sus bases imponibles negativas, repercuten sobre la renta de los socios en la medida en que el valor de su participación se ve afectado. Si los socios son, a su vez, sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, las pérdidas se reflejan en los mismos a través del hilo conductor de la provisión por depreciación de la participación, y si lo son del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, a través de la transmisión de la participación. ¿Esa comunicación de pérdidas desde la sociedad a los socios debe variar nuestra opinión respecto de la compensación de bases imponibles negativas?

Comenzaremos por los socios que son sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades. En éstos, la comunicación de la pérdida a través de la provisión implica la neutralización, a efectos fiscales, de otras rentas que pudiesen haber generado, de manera tal que la tributación de la sociedad como «entidad separada» quiebra. Su tributación no sólo depende de las operaciones que ella realiza sino también de las que realiza la sociedad participada. La admisión de la dotación a la provisión como partida deducible menoscaba el principio de tributación como «entidad separada». Sin embargo, no produce un déficit de imposición, porque cuando las pérdidas se compensan con resultados positivos de ejercicios futuros la provisión deberá revertir a la cuenta de pérdidas y ganancias.

Mas cuando la sociedad transmite su participación antes de que las pérdidas de la sociedad participada hayan podido compensarse con resultados contables positivos, la pérdida, todas las demás circunstancias iguales, se consolidará puesto que la provisión desaparece y ya no podrá revertir a la cuenta de pérdidas y ganancias. Aparentemente estamos dibujando un caso de duplicidad en la compensación de las mismas pérdidas, pero no es así, porque la obtención de beneficios con los que com-

pensar la pérdida aumenta el valor de la participación de manera tal que cuando la misma se transmite existirá una ganancia gravable o, más inmediatamente, cuando se distribuyan los resultados contables positivos que han permitido la compensación.

Si en el plano de la teoría los razonamientos precedentes son, o nos parecen, adecuados, en el plano de lo real, es decir, de las prácticas fiscales al uso, dichos razonamientos podrían, sin dificultad, ser tachados de ingenuos. Porque, en efecto, siendo cierto que la teoría solamente detecta un diferimiento de la tributación que se extinguirá cuando se transmita la participación o se distribuya el resultado, es lo cierto que dichas circunstancias pueden aplazarse indefinidamente en el tiempo e incluso no producirse jamás, de manera tal que lo que en teoría es diferimiento en la práctica bien puede ser déficit de imposición. Y esto es ciertamente grave. Por eso los diferentes ordenamientos tributarios han establecido reglas para evitar o paliar dicho efecto de déficit de imposición.

Tratándose de socios personas físicas, los razonamientos que hemos expuesto en relación con las personas jurídicas son también válidos, pero admiten un matiz en la medida en que, por lo general, los impuestos sobre la renta de las personas físicas dificultan la compensación de las minusvalías padecidas en la transmisión de acciones o participaciones con rentas de otras fuentes.

Puede observarse que la consideración de la situación fiscal de los socios respecto de las pérdidas sufridas por la sociedad participada no desmerece los argumentos básicos que justifican la compensación de bases imponibles negativas, pero sí aconsejan la introducción de restricciones para evitar que, por la vía del diferimiento, se produzca un déficit de imposición.

Se razona, en ocasiones, que de la misma manera que los beneficios no deben ser gravados dos veces, primero en la sociedad y luego en los socios cuando se distribuyen, estableciéndose a tal efecto técnicas de integración del Impuesto sobre Sociedades con el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, o de deducción por doble imposición de dividendos en el propio Impuesto sobre Sociedades, las pérdidas sufridas por la sociedad participada no deberían comunicarse o reflejarse en los socios, a efectos fiscales, lo que supondría la proscripción, a efectos fiscales, de la provisión por depreciación de valores y de las pérdidas por transmisión de la participación. Este razonamiento no es correcto, porque del mismo se deriva un exceso de imposición. En efecto, en el caso de materialización de la pérdida a través de una transmisión de la participación dicho exceso se pondrá de manifiesto cuando, a su vez, el adquirente de la participación la vuelva a transmitir una vez generados los beneficios suficientes que hubieran permitido la compensación de pérdidas. Ahora bien, nuevamente, frente a este argumento teórico reaparece el argumento práctico, ya conocido, del déficit de imposición debido a su diferimiento.

De acuerdo con lo expuesto, la solución técnica más equilibrada consiste en restringir o impedir la compensación de bases imponibles negativas cuando se produzca un cambio significativo en la composición del grupo social, respecto de las pérdidas habidas con anterioridad a la toma de la participación, y, correlativamente, no gravar las rentas obtenidas en la posterior transmisión de la participación y, complementariamente, permitir la deducción por doble imposición de dividendos sin restricción alguna, ya que la compensación de bases imponibles negativas no se ha producido y por tanto la renta ha sido gravada por el Impuesto sobre Sociedades.

También, en ocasiones, se argumenta que la compensación de bases imponibles negativas debería impedirse cuando los acreedores de la sociedad no han podido hacer efectivos sus créditos sobre la misma, porque la pérdida que los mismos sufren implica o determina la compensación, de manera tal que se produciría una doble deducción de la pérdida. Tampoco podemos compartir este criterio porque o bien cuando la sociedad obtenga resultados positivos los acreedores podrán cobrar y la pérdida sufrida por los mismos en un ejercicio anterior desaparece o bien, si han condonado parcialmente sus créditos, la pérdida que con tal motivo consoliden se corresponde con una ganancia del mismo importe para la sociedad deudora.

El análisis precedente sugiere que la compensación de pérdidas o de bases imponibles negativas no genera déficit de imposición, sino que, por el contrario, restablece el gravamen correcto en cuanto que todas las operaciones son tomadas en cuenta para determinar la base imponible y, finalmente, que sí es posible que se generen fenómenos, por lo general buscados, de diferimiento de la tributación, tal vez con carácter indefinido, lo que en la práctica equivale a desimposición.

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMPENSACIÓN DE BASES IMPONIBLES NEGATIVAS

1. La compensación de bases imponibles negativas y el principio de independencia de ejercicios.

Hasta el año 1964, en el que el artículo 95 de la Ley 41/1964, introdujo, con ciertas limitaciones, la compensación de pérdidas, la aplicación del principio de independencia de ejercicios impidió cualquier género de compensación. Derivaba dicho principio o se contenía, en la disposición adicional 13.^a del Texto Refundido de 22 de septiembre de 1922, el cual establecía que «...la contribución por esta tarifa se liquidará por el mismo período de tiempo del ejercicio económico de la empresa y atendiendo solamente a los resultados económicos obtenidos en dicho ejercicio...».

El principio de independencia de ejercicios, sostenido incluso por la autoridad de NAVARRO REVERTER, arraigó fuertemente en las prácticas administrativas y en la doctrina, de manera tal que la ruptura del mismo en 1964 fue visto por algún sector de la doctrina como un auténtico beneficio fiscal. Si a esto unimos que no existía entonces, ni ahora, un concepto legalmente definido de beneficio fiscal, aunque como tal concepto sí es utilizado, incluso en el texto constitucional (art. 134.2 de la Constitución), no hemos de extrañarnos de que tal criterio del beneficio fiscal gozara de cierto predicamento, y no sólo a efectos teóricos, sino como impulsor o sostenedor de una interpretación de carácter restrictivo.

La Ley 61/1978, de 27 de diciembre, no arrumbó, como tampoco lo ha hecho la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, el principio de independencia de ejercicios, y mantuvo, como no podía ser de otra manera, la compensación de pérdidas o bases imponibles negativas. En la Memoria que acom-

pañó al Proyecto de Ley se terciaba en la polémica doctrinal diciéndose que «...la admisión de la compensación de pérdidas desde un punto de vista fiscal no hace más que reconocer a nivel de impuesto sobre los beneficios empresariales la relatividad del cálculo del mismo... el beneficio de la empresa sólo puede ser efectivamente conocido al final de su vida...».

Si pues, como así es, la división o fraccionamiento temporal en el cálculo del resultado contable y de la base imponible no debe ocultar que la verdadera magnitud del beneficio o pérdida no puede ser conocido sino una vez que haya finalizado la existencia de la empresa, parece claro que la compensación de pérdidas o bases imponibles negativas no es sino una técnica que permite, mediante una excepción al principio de independencia de ejercicios, determinar con mayor acierto y equidad la base imponible.

Hoy en día, la consideración de la compensación de bases imponibles negativas como beneficio fiscal está totalmente superada y, desde luego, nunca ha sido tomada como tal a los efectos del Presupuesto de Gastos Fiscales que se elabora en virtud del mandato establecido en el artículo 134.2 de la Constitución.

El reflejo contable de la técnica de la compensación de bases imponibles negativas contenido en el Plan General de Contabilidad ¹ puso en circulación la teoría de que la compensación tenía la naturaleza de un crédito contra el Tesoro Público, un crédito fiscal en términos comunes. La posibilidad de que la sociedad absorbente aplique a la compensación bases imponibles negativas sufridas por la sociedad absorbida ha reavivado esta teoría.

La valoración de esta teoría depende de la noción de crédito fiscal. Si por tal entendemos un crédito en sentido estricto cuyo deudor es el Tesoro Público, debemos rechazar que la compensación de bases imponibles negativas pueda dar origen a un crédito fiscal. Es claro, por tanto, que sería ilusoria la pretensión de un sujeto pasivo de extinguir una deuda tributaria determinada mediante compensación amparándose en el artículo 68 de la Ley General Tributaria. Si por crédito fiscal entendemos cualquier facultad del sujeto pasivo de cuyo ejercicio se deriva una minoración de la deuda tributaria que le hubiera correspondido por aplicación del tipo de gravamen a la renta del período impositivo, entonces la compensación de bases imponibles negativas podría ser considerada como un crédito fiscal.

1	<p><i>Crédito por pérdidas a compensar del ejercicio (4745)</i></p> <p style="text-align: right;">a <i>Impuesto sobre beneficios (630)</i></p> <p style="text-align: center;">(Por el crédito impositivo)</p> <hr style="width: 50%; margin-left: 0;"/> <p style="text-align: center;">x</p> <hr style="width: 50%; margin-left: 0;"/> <p><i>Impuesto sobre beneficios (630)</i></p> <p style="text-align: right;">a <i>Crédito por pérdidas a compensar en el ejercicio (4745)</i></p> <p style="text-align: center;">(Por la compensación de bases imponibles negativas)</p> <hr style="width: 50%; margin-left: 0;"/> <p style="text-align: center;">x</p> <hr style="width: 50%; margin-left: 0;"/>	
---	---	--

Lo verdaderamente importante no es, sin embargo, buscar un acomodo para la compensación de pérdidas o bases imponibles negativas entre las diversas categorías tributarias, sino determinar los rasgos esenciales de su aplicación y efectos en la liquidación del Impuesto sobre Sociedades.

En este sentido, entendemos que la compensación de bases imponibles negativas se configura legalmente como una facultad del sujeto pasivo que al mismo toca ejercitar en el marco de los requisitos legalmente establecidos. A nuestro entender ello se desprende de lo previsto en el apartado 1 del artículo 23 de la Ley 43/1995, a cuyo tenor las bases imponibles negativas «...podrán ser compensadas...», de manera tal que corresponde al sujeto pasivo ejercitar dicha facultad o poder.

La sumisión de la obligación tributaria a la ley no es incompatible con la existencia de facultades otorgadas al sujeto pasivo por la propia ley o, en sentido inverso, a la Administración tributaria, siempre que las condiciones de su ejercicio deriven directamente de la ley, incluso reglamentariamente desarrolladas.

Existe una cierta corriente doctrinal que tiende a identificar la subordinación de la obligación a la ley con la imposibilidad de su modulación por causa de la voluntad de los sujetos de la misma, lo que, a nuestro modo de ver, no es acertado. Por el contrario, el ejercicio de facultades por parte de los referidos sujetos no desmerece el carácter legal de la obligación tributaria con tal que vengan expresamente establecidas en la ley. En la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, hallamos ejemplos varios de facultades de cuyo ejercicio se deriva una deuda tributaria diferente de la que hubiera resultado caso de no producirse dicho ejercicio. Tal es el caso, entre otros, de los planes de amortización [art. 11.1 d)], de reparaciones extraordinarias [art. 13.1 d)], la imputación fiscal de contribución a sistemas alternativos de los planes de pensiones (art. 13.3), las propuestas de valoración de operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas (art. 16.6), la imputación temporal por el criterio de cobro (art. 19.4), la propuesta de coeficiente de subcapitalización (art. 20.3), los planes de reinversión de beneficios extraordinarios (art. 21.2) la renuncia al diferimiento en el régimen especial de las fusiones (art. 98.2)..., todo ello del lado de las facultades del sujeto pasivo y, del lado de las potestades de la Administración tributaria podemos citar como ejemplo y paradigma la potestad de valoración por el valor normal de mercado de las operaciones entre personas o entidades vinculadas (art. 16.1).

Este juego de facultades y potestades no desmerece la legalidad de la obligación tributaria porque unas y otras vienen establecidas en la ley. Cuestión distinta es que se las pueda contemplar con reservas desde la perspectiva del principio de capacidad económica, porque de su ejercicio se puede derivar que los mismos hechos determinen una deuda tributaria diferente de la que se hubiera derivado en caso de abstención. Obviamente es un tema que excede, ampliamente, el objeto de nuestro estudio.

La compensación de pérdidas o de bases imponibles negativas se configura así como una facultad que corresponde ejercitar al sujeto pasivo, cuyo efecto fundamental consiste en exceptuar el principio de independencia de ejercicios.

2. Condiciones de ejercicio de la compensación de bases imponibles negativas.

Configurada la compensación de bases imponibles negativas como una facultad del sujeto pasivo, nos preguntamos ahora por el nacimiento y condiciones de ejercicio de la misma.

2.1. Nacimiento de la facultad de compensación de bases imponibles negativas.

La facultad de compensación de bases imponibles negativas atraviesa tres momentos cruciales:

- La determinación del importe de la base imponible negativa por el propio sujeto pasivo.
- La comprobación, llegado el caso, del importe de la base imponible negativa.
- La compensación de la base imponible negativa.

Al formular la preceptiva declaración por el Impuesto sobre Sociedades, el sujeto pasivo determina una base imponible negativa. ¿Nace en ese momento la facultad a la compensación de bases imponibles negativas o, por el contrario, es preciso esperar a que la declaración sea comprobada?

A nuestro entender la declaración formulada por el sujeto pasivo en la que se contiene una base imponible negativa, a pesar de ser un acto unilateral del mismo, determina el nacimiento de la referida facultad, si bien con carácter provisional, por las siguientes razones:

- El artículo 33.1 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes establece que «La actuación de los contribuyentes se presume realizada de buena fe». La inclusión sistemática de este precepto en el Capítulo VII de la mencionada ley, relativo al procedimiento sancionador, no debe confundirnos y llevarnos a entender que solamente surte efectos en el referido procedimiento.

La presunción de actuación de acuerdo con el principio de buena fe es, realmente, un principio general del Derecho, una creencia o valor que se halla inserto en el núcleo de lo jurídico. La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1997 define la buena fe como «... la creencia íntima de que se ha actuado conforme a Derecho, o que se poseen bienes o se ejercitan derechos o se cumplen obligaciones de acuerdo con la ley, sin intención engañosa, abusiva o fraudulenta...». Pues bien, la presunción de buena fe implica que, en principio, y salvo prueba en contrario, los comportamientos jurídicos deben entenderse realizados conforme a Derecho.

Si trasladamos estas ideas al campo del Derecho tributario, tendremos que concluir que lo previsto en el artículo 33.1 de la Ley 1/1998, implica que todos los actos de los sujetos pasivos y demás obligados tributarios deben entenderse realizados conforme a Derecho. Así, cuando el sujeto pasivo declara una base imponible negativa, debe suponerse que dicha magnitud ha sido calculada conforme a Derecho y que conoce perfectamente la trascendencia de tal determinación. Y de aquí se sigue que la determinación de la base imponible negativa y su comunicación a la Administración tributaria a través de la pertinente declaración pueda ser considerado como el supuesto de hecho que da origen al nacimiento de la facultad de compensar las bases imponibles negativas.

- El artículo 116 de la Ley General Tributaria establece que «Las declaraciones tributarias a que se refiere el artículo 102 se presumen ciertas, y sólo podrán rectificarse por el sujeto pasivo mediante la prueba de que al hacerlo se incurrió en error de hecho». De acuerdo con dicho precepto, las declaraciones vinculan, aunque en sentido y con efecto diferentes, tanto al sujeto pasivo u obligado tributario como a la Administración tributaria. En lo que aquí interesa, debemos señalar que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 121 de la Ley General Tributaria, la Administración tributaria no está obligada a ajustar las liquidaciones a los datos consignados en las declaraciones formuladas por los sujetos pasivos, pero cuando la práctica de tales liquidaciones «...supongan un aumento de la base imponible respecto de la declarada por el interesado, la notificación deberá expresar de forma concreta los hechos y elementos que lo motivan». Quiere esto decir que la base imponible declarada disfruta de una presunción de corrección que solamente quedará destruida cuando la Administración tributaria esté en condiciones de probar hechos que desvirtúen dicha presunción o bien de motivar la incorrecta aplicación de las normas jurídicas por parte del sujeto pasivo. Es esa presunción de ser la declaración correcta la que, una vez más, justifica el nacimiento de la facultad de compensación por la sola existencia de una declaración en la que se ha consignado una base imponible negativa.
- El artículo 79 d) de la Ley General Tributaria tipifica como infracción tributaria grave «determinar o acreditar improcedentemente partidas... negativas... a compensar en la base... de declaraciones futuras...». Pues bien, este precepto carecería de sentido si la facultad de compensación no nace por el solo hecho de presentar una declaración en la que se consigna una base imponible negativa. Si la facultad de compensación naciera en el mismo acto en que se produce la compensación la infracción del artículo 79 d) carecería de fundamento o, cuando menos, lo tendría muy debilitado.
- La disposición transitoria duodécima de la Ley 43/1995, establece un régimen transitorio respecto de «...las bases imponibles negativas pendientes de compensación...», de manera tal que parece reconocer la existencia de una facultad de compensación de cuyo nacimiento nada establece, pero que, desde luego, no estando constreñido el mandato previsto en dicha disposición transitoria a las bases imponibles negativas ya comprobadas por la Administración tributaria, es lo cierto que también afecta a las no comprobadas, y si esto es así ello quiere decir que la facultad de compensación nace con la presentación de la declaración correspondiente al período impositivo en el que se ha producido la base imponible negativa.

2.2. La comprobación de la base imponible negativa.

Si, como así creemos, la facultad a la compensación de bases imponible negativas nace con la determinación de una base imponible negativa, debemos extraer como consecuencia obligada que tal facultad podrá ejercitarse aun cuando la declaración en que se contiene no haya sido comprobada. En este sentido la compensación de la base imponible negativa no está condicionada a su comprobación.

El Reglamento de 1982 establecía como requisito de compensación que «...se trate de bases imponible negativas con carácter definitivo, bien por haber ganado la prescripción...», pero, a continuación añadía. «...En tanto no tengan carácter definitivo, las compensaciones realizadas por el sujeto pasivo tendrán la consideración de provisionales...».

Esta distinción entre compensación definitiva y provisional no ha sido recogida ni por la Ley 43/1995 ni por su Reglamento, pero parece obvio que de ello no se debe inferir que ha quedado desterrada la compensación provisional. Sencillamente lo que acontece es que tal clasificación es inoperante y, por lo mismo, proclive a sembrar la confusión.

Las liquidaciones tributarias puedan ser provisionales o definitivas. Mientras está pendiente de realización la comprobación administrativa, dentro del plazo de prescripción, todos los elementos de las mismas son provisionales en el sentido de que pueden ser rectificadas o regularizadas en virtud de la comprobación de la Inspección de los Tributos. La compensación de unas bases imponible negativas no comprobadas es provisional como también lo es la deducción de unas retenciones, por ejemplo.

Lo importante no es, sin embargo, constatar que las bases imponible negativas no comprobadas sí pueden compensarse, sino determinar cuál es el momento en el que puede producirse dicha comprobación. En suma, de lo que se trata es de determinar si la comprobación ha de realizarse en relación con la declaración en la que se determinan las bases imponible negativas o con la declaración en la que se produce la compensación o, finalmente, si puede realizarse indistintamente en relación con ambas declaraciones.

La respuesta a esta cuestión debe realizarse a la luz de lo dicho respecto del nacimiento de la facultad de compensar las bases imponible negativas. Si la facultad de compensación nace con la declaración, la comprobación de la base imponible negativa no es más que un aspecto de la comprobación de la referida declaración, de manera tal que la comprobación de la base imponible negativa no podrá realizarse conjuntamente con la declaración correspondiente al período impositivo en el que se produce la compensación. Los hechos que han determinado que la base imponible sea negativa se han producido en el período impositivo al que se refiere la declaración en la que la misma consta y, por lo tanto, deben ser comprobados en relación con la declaración correspondiente a ese período impositivo.

El criterio precedente comporta que las bases imponibles negativas correspondientes a períodos impositivos ya prescritos deban ser admitidas a compensación sin que la Administración tributaria pueda rechazarlas por más que pudiera advertir *prima facie* alguna irregularidad. De esta manera la comprobación del período impositivo en el que se produce la compensación de la base imponible negativa debe detenerse ante el importe de la misma. No quiere decir esto que el sujeto pasivo pueda, sin más, compensar la base imponible negativa que se le antoje, pues parece obvio que deberá probar la existencia de la misma, básicamente exhibiendo la declaración correspondiente al período impositivo en el que se determinó dicha base imponible negativa, pero la Inspección de los Tributos no podrá discutir su importe ni efectuar otras comprobaciones que constatar que la declaración exhibida es la presentada en su día.

La reducción del plazo de prescripción efectuada por el artículo 24 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes en unión a la ampliación del plazo de compensación de bases imponibles negativas efectuada a diez años por la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, ha recrudecido el problema de la comprobación de las bases imponibles negativas.

Para dar una respuesta a este problema, el apartado tercero de la disposición final segunda de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, ha añadido un nuevo apartado 5 al artículo 23 de la Ley 43/1995, en el que se impone al sujeto pasivo que pretenda compensar las bases imponibles negativas la carga de «...acreditar, en su caso, mediante la exhibición de la contabilidad y los oportunos soportes documentales, la procedencia y cuantía de las bases imponibles negativas cuya compensación pretenda...».

Este precepto, sin duda concebido para alcanzar una situación equilibrada entre el instituto de la prescripción y el legítimo interés público de garantizar el cumplimiento de la ley mediante la oportuna comprobación, suscita algunas interrogantes: ¿Ha modificado el momento en el que deben comprobarse las bases imponibles negativas? ¿Cuál es la extensión de la carga que se impone al sujeto pasivo? ¿En base a qué criterios o elementos de juicio podrá la Administración tributaria rechazar una base imponible negativa generada en un período impositivo ya prescrito? ¿Podrá modificarla a la vista de la contabilidad y los soportes documentales?

Respecto de la primera cuestión se opina que sigue siendo válido el criterio anteriormente expuesto, es decir, que el momento para comprobar la base imponible negativa continúa siendo aquel en el que se comprueba la declaración del período impositivo en el que se generó. En efecto, el nuevo apartado del artículo 23 para nada se refiere a la comprobación. La comprobación tiene una significación y alcance bien determinados y precisados en los artículos 109 y 110 de la Ley General Tributaria.

La comprobación es la actividad administrativa, legalmente encomendada a la Inspección de los Tributos por el artículo 141 de la Ley General Tributaria, que tiene por objeto contrastar la veracidad de lo declarado por el sujeto pasivo. La comprobación es una actividad que la Inspección de los Tributos desempeña en el ejercicio de una potestad, de la que, como resultado más característico, se deriva «La integración definitiva de las bases tributarias...» [art. 141.b) Ley General Tributaria]. Pues bien, el apartado 5 del artículo 23 de la Ley 43/1995 no alude a la actividad administrativa de comprobación, por el contrario, omite toda referencia a la misma. A nuestro entender esta omisión es decisiva.

En consecuencia la comprobación de la base imponible negativa se realizará cuando y sólo cuando se compruebe la declaración del período impositivo al que dicha base imponible negativa corresponde.

En cuanto a la extensión de la carga que el apartado 5 del artículo 23 de la Ley 43/1995, impone al sujeto pasivo, entendemos que se compone de dos elementos interrelacionados pero diferenciados:

- Acreditar la procedencia y cuantía de las bases imponibles negativas que pretenda compensar.
- Exhibir, a tal efecto, la contabilidad y los oportunos soportes contables.

Respecto del primer elemento se trata de una consecuencia del juego de las reglas que rigen la prueba. El apartado 1 del artículo 114 de la Ley General Tributaria establece que «Tanto en el procedimiento de gestión como en el de resolución de reclamaciones, quien haga valer su derecho deberá probar los hechos normalmente constitutivos del mismo», de manera tal que, aplicando este mandato al caso que nos ocupa, se puede concluir que corresponde al sujeto pasivo probar la existencia de la base imponible negativa y su cuantía, a cuyo efecto debe exhibir la declaración del período impositivo al que corresponde la misma o bien indicar a la Administración tributaria que tal declaración obra en su poder limitándose a justificar que la referida declaración se presentó. Entendemos que no es exigible al sujeto pasivo descender a probar la veracidad de la propia declaración o de determinadas partidas de la misma, sencillamente porque esta función le corresponde a la Administración tributaria, mediante el ejercicio de la potestad de comprobación.

Respecto del segundo elemento, que es el verdaderamente innovador, opera a modo de caracterizador de la prueba que incumbe al sujeto pasivo. No es bastante la exhibición de la declaración del período impositivo al que corresponde la base imponible negativa, sino que, además, se exige la exhibición de la contabilidad y de la documentación contable correspondiente al ejercicio económico al que, a su vez, corresponde el referido período impositivo.

De acuerdo con lo expuesto, el artículo 23.5 de la Ley 43/1995, vendría, de una parte, a recordar una regla general de la prueba contenida en el artículo 114.1 de la Ley General Tributaria, y de otra, a establecer una regla respecto de la forma en como el sujeto pasivo debe realizar dicha prueba. La consecuencia lógica es que la base imponible negativa a compensar se entiende acreditada en su procedencia y cuantía, es decir, probada, cuando el sujeto pasivo, además de exhibir la declaración en la que la misma se contiene o de indicar a la Administración tributaria que dicha declaración se halla en un poder, exhibe la contabilidad y la documentación contable. Nada más es exigible el sujeto pasivo.

No es preciso decir que, aunque el artículo 23.5 de la Ley 43/1995 no lo explicita, la carga que impone al sujeto pasivo sólo tiene sentido en relación con las bases imponibles negativas correspondientes a períodos impositivos prescritos en el momento en el que se realiza la comprobación del

período impositivo en el que se ha producido la compensación, ya que si no se ha producido la prescripción se aplicarán las normas que regulan la comprobación recayendo en tal supuesto en el sujeto pasivo del deber de «...facilitar la práctica de inspecciones y comprobaciones y proporcionar a la Administración los datos, informes, antecedentes y justificantes que tengan relación con el hecho imponible» (art. 35 Ley General Tributaria).

En cuanto a la posibilidad de rechazar o modificar por parte de la Administración tributaria la base imponible negativa que se pretende compensar por el sujeto pasivo, una vez que éste haya cumplido la carga probatoria que le impone el artículo 23.5 de la Ley 43/1995, entendemos que tal posibilidad existe, pero dentro de ciertos límites.

De acuerdo con lo previsto en los apartados 1 y 3 del artículo 10 de la Ley 43/1995, la base imponible negativa se determina como una suma algebraica del resultado contable y las correcciones al mismo. El resultado contable es el saldo de la cuenta de pérdidas y ganancias, es decir, de un elemento de cálculo integrante de la contabilidad que el sujeto pasivo debe exhibir, y las correcciones al mismo constan en la declaración por el Impuesto sobre Sociedades. Pues bien, si de la declaración y de la contabilidad exhibidas por el sujeto pasivo para cumplir con lo previsto en el artículo 23.5 de la Ley General Tributaria no se deduce la base imponible negativa que el sujeto pasivo pretende compensar, teniendo en cuenta, en su caso, posibles compensaciones anteriores, la Administración tributaria podrá rechazar o modificar en el importe apropiado la base imponible negativa que se pretende compensar. Obsérvese bien que el rechazo o la modificación de la base imponible negativa que se pretende compensar no implica, en realidad, ninguna actividad de comprobación, en cuanto contraste de la veracidad de lo declarado, sino una mera fijación del importe de una cantidad que se deduce de los medios de prueba que corresponde aportar al sujeto pasivo a tenor de lo previsto en el artículo 23.5 de la Ley 43/1995. No creemos que la facultad de rechazar o modificar la base imponible que se pretende compensar en base a la simple suma algebraica anteriormente descrita pueda ser objeto de polémica. Ésta ha de surgir, sin embargo, cuando se plantee la posibilidad de que la Administración tributaria, a través de la Inspección de los Tributos, compruebe la veracidad de la contabilidad, es decir, de su regularidad.

A nuestro entender el apartado 5 del artículo 23 de la Ley 43/1995, no faculta a la Administración tributaria y, en particular, a la Inspección de los Tributos, para comprobar la veracidad de la contabilidad, ni para examinar si el resultado contable ha sido determinado correctamente por aplicación de las normas mercantiles. Fundamentamos nuestra opinión en que la mencionada norma no confiere la facultad de comprobación a la Administración tributaria, limitándose a establecer una carga adicional sobre el sujeto pasivo para que éste pueda acceder a la compensación de bases imponibles negativas correspondientes a períodos impositivos ya prescritos cuando se realiza la comprobación del período impositivo en el que el mismo pretende la compensación.

En ausencia de una norma que habilite la comprobación de las bases imponibles negativas en relación con el período impositivo en el que se produce la compensación debemos entender que se aplican las normas generales y, por tanto, dicha comprobación ha de producirse en relación con el período o períodos impositivos a que correspondan.

Obsérvese que el criterio expuesto no desmerece el mandato que el apartado 5 del artículo 23 incorpora, en cuanto innovador respecto de la situación previamente existente. En efecto, en ausencia de dicho precepto el sujeto pasivo no estaría obligado a exhibir la contabilidad y la documentación contable.

Cuestión diferente es que la Inspección de los Tributos pueda valorar si lo que exhibe el sujeto es «...la contabilidad y los oportunos soportes contables...». Es decir, pueda, en suma, calificar si el sujeto pasivo ha cumplido con la carga que le impone el apartado 5 del artículo 23 de la Ley 43/1995.

Teniendo en cuenta que el artículo 139 de la Ley 43/1995, establece que los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades deberán «...llevar su contabilidad de acuerdo con lo previsto en el Código de Comercio o con lo establecido en las normas por las que se rigen», ha de entenderse que la contabilidad a que alude el apartado 5 del artículo 23 de la Ley 43/1995 es, para la generalidad de los mencionados sujetos pasivos, la prevista en el Código de Comercio. Por tanto la Inspección de los Tributos deberá valorar si la contabilidad exhibida por el sujeto pasivo a efectos de lo ordenado en el citado apartado y artículo reviste las características y requisitos exigidos por el Código de Comercio, sin que, sin embargo, pueda entrar a verificar la veracidad de los hechos contables recogidos en la misma, la omisión de otros o la correcta aplicación de las normas rectoras de la denominada contabilidad material, pues ello implicaría una actividad de comprobación que, como hemos venido repitiendo, no puede ampararse en el artículo 23.5 de la Ley 43/1995.

Pueden presentarse situaciones variadas, de manera tal que no es posible establecer una tipología de las causas por las cuales la Inspección de los Tributos podrá rechazar que lo exhibido por el sujeto pasivo sea, realmente, una contabilidad. A título de mera orientación, la omisión de alguna de las cuentas anuales, o la no llevanza de alguno de los libros obligatorios, incluso de los concordantes cuando fuere preceptivo, o la omisión de los justificantes pueden ser, entre otras, causas que habiliten a la Inspección de los Tributos a rechazar que lo exhibido sea una auténtica contabilidad.

Somos conscientes de que el criterio expuesto ofrece un punto débil puesto que una contabilidad formalmente bien llevada pero que contenga anomalías sustanciales en lo concerniente a los hechos que recoge o a la aplicación de las normas de contabilidad material, señaladamente los principios de contabilidad del artículo 38 del Código de Comercio, no podrá ser rechazada por la Inspección de los Tributos, en tanto que una contabilidad respetuosa con el bloque de las normas que integran la contabilidad material pero formalmente defectuosa tal vez sí pueda serlo.

Esta debilidad es consecuencia del propio mandato del artículo 23.5 de la Ley 43/1995, que no permite una actividad de comprobación, pero sí la mera constatación de que aquello que exhibe el sujeto pasivo reviste los caracteres externos de la contabilidad.

Cuestión diferente es el enfoque pertinente *de lege ferenda*, en cuyo marco es oportuno debatir si la comprobación de la base imponible negativa debiera también ser posible, de forma alternativa, en el período impositivo en el que se produce la compensación.

La comprobación de la base imponible negativa conjuntamente con la declaración del período impositivo en el que se produce la compensación no sería contraria al instituto de la prescripción, en la medida en que los efectos de la compensación se producen en dicho período impositivo, si bien los hechos determinantes de la base imponible negativa se han producido en otro. Sin embargo, comprobar unos hechos producidos diez años atrás es, ciertamente, muy difícil en el plano práctico y ello supondría una carga muy pesada para los contribuyentes y la Administración tributaria.

Es cierto que la ampliación del plazo de compensación de bases imponibles negativas aumenta el aliciente para embarcarse en conductas irregulares con el fin de lograr una cómoda situación tributaria en el futuro e incluso negociar el importe de las bases imponibles negativas a través de la transmisión de la participación, pero igualmente lo es que la compensación total de las bases imponibles negativas, a lo que contribuye el alargamiento del plazo de compensación, mejora la equidad del tributo.

Para prevenir las conductas irregulares debe recurrirse a la tipificación de las mismas como infracciones, y así se hizo con la reforma de la Ley General Tributaria efectuada por la Ley 10/1985. El artículo 79 d) de la Ley General Tributaria tipifica como infracción tributaria grave «Determinar o acreditar improcedentemente partidas positivas o negativas o créditos de impuesto, a deducir o compensar en la base o en la cuota de declaraciones futuras, propias o de terceros», siendo la sanción correspondiente a dicha infracción del 10 por 100 de la cuantía de la base imponible negativa y su importe deducible en la parte proporcional correspondiente de las que pudieran proceder por las infracciones cometidas ulteriormente mediante la compensación (art. 88.1 Ley General Tributaria). ¿Tiene efectos disuasorios esta sanción? La respuesta es claramente negativa. En efecto, el 10 por 100 sobre base imponible negativa no llega al 30 por 100 sobre la cuota íntegra, de manera tal que la sanción específica se halla por debajo de la correspondiente a la infracción más común, a saber, dejar de ingresar. Si a ello unimos que la sanción sobre bases imponibles negativas es a cuenta de la sanción relativa a la infracción consistente en dejar de ingresar, podemos reafirmar que la infracción y la correspondiente sanción no son disuasorias.

Otra vía para impedir la utilización abusiva de la compensación de bases imponibles negativas consiste en endurecer las condiciones de la compensación, o, de otra manera, las restricciones del apartado 2 del artículo 23 de la Ley 43/1995. Como veremos más adelante estas restricciones son más bien timoratas y, además, encierran ciertas dudas interpretativas, por ejemplo, la relativa a su aplicación en relación con las bases imponibles negativas procedentes de sociedades absorbidas.

No es fácil, ciertamente, lograr un equilibrio en la materia que nos ocupa, pero no por ello deben dejar de proponerse las vías para intentar alcanzarlo.

2.3. La compensación de la base imponible negativa.

La facultad de compensación de bases imponibles negativas se ejercita y consume con la compensación. El único requisito que la norma establece para que se produzca válidamente la compensación es que exista renta positiva. Nada más.

2.3.1. La compensación contable y la compensación fiscal.

La dependencia de la base imponible del resultado contable (art. 10.3 Ley 43/1995) y la deducción por doble imposición de dividendos en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que implica recuperar el Impuesto sobre Sociedades con cargo a la cuota que los dividendos generen en el primer tributo, suscita la cuestión de la supeditación de la compensación de bases imponibles negativas a la correcta aplicación del resultado contable. La cuestión, por lo tanto, es si la correcta aplicación del resultado contable, en particular por lo que se refiere al saneamiento de pérdidas, es requisito de la compensación de bases imponibles negativas.

El artículo 213.2 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que, en caso de existir pérdidas de ejercicios anteriores que hicieran que el valor del patrimonio neto de la sociedad fuera inferior a la cifra del capital social, el beneficio se destinará a la compensación de pérdidas.

En cumplimiento de este precepto la junta general debe destinar el resultado a la compensación de pérdidas, no pudiendo, por tanto, distribuirlo como dividendo. Entonces, si la junta general infringe el mandato legal y distribuye el resultado como dividendo, nos preguntamos si la infracción jurídico-mercantil tiene alguna trascendencia fiscal, y, en particular, en orden a la compensación de bases imponibles negativas.

Para resolver adecuadamente esta cuestión debemos examinar si la infracción de la norma mercantil impide la correcta aplicación de la norma fiscal, cualquiera que fuere la misma.

Cuando el patrimonio neto es inferior a la cifra del capital social, la sociedad ha sufrido pérdidas por encima de los beneficios, pudiendo ello ser consecuencia de la obtención reiterada de pérdidas o de ejercicios cerrados con signo diverso. En el primer caso nunca se habrá satisfecho el Impuesto sobre Sociedades; en el segundo sí, supuesto que los beneficios hayan sido anteriores en el tiempo a las pérdidas.

En el primer supuesto la distribución del dividendo encubre, realmente, la distribución del capital social. En efecto, supuesto que el beneficio del ejercicio nivele las pérdidas sufridas en ejercicios anteriores, su distribución llevará al patrimonio neto por debajo de la cifra del capital social, lo que implica una distribución solapada del mismo. Veamos un *ejemplo*.

1

Ejemplo:

BALANCE (ANTES DEL ACUERDO DE DISTRIBUCIÓN)			
Activo	200	Capital	200
Resultado ejercicios anteriores	100	Resultado	100
	300		300
			.../...

.../...

ACUERDO DE DISTRIBUCIÓN			
A dividendo	20		
BALANCE (DESPUÉS DEL ACUERDO DE DISTRIBUCIÓN)			
Activo	100	Capital	200
Resultado ejercicios anteriores	100		
.....	200		200

Si se produce la compensación de bases imponibles pese a no haberse producido la compensación mercantil de las pérdidas, no se pagará Impuesto sobre Sociedades y, sin embargo, los socios tendrían un ingreso y derecho a la deducción por doble imposición de dividendos, al tiempo que su participación se deprecia, supuesto que el precio de adquisición hubiera sido el nominal, y dicha depreciación surtiría efectos fiscales en el período impositivo en el que se transmita la participación o, tratándose de sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, en uno anterior si así lo permite la regulación de la provisión por depreciación de valores mobiliarios (art. 12.3 Ley 43/1995).

Supongamos, en el ejemplo propuesto, que hay dos socios, uno de ellos persona física y el otro jurídica. Pues bien, la distribución del dividendo y la posterior transmisión de la participación genera la tributación que seguidamente exponemos comparándola posteriormente con la que se hubiera producido caso de no haberse infringido la norma mercantil:

	SOCIO PERSONA JURÍDICA	SOCIO PERSONA FÍSICA
Dividendo	50	70 (50 x 1,4)
Cuota íntegra	17,5	24,5 (suponemos tgm = 35%)
Deducción dividendos	17,5 (50/100%/35%)	20 (50 x 0,4)
Pérdidas de capital	(50) (100 – 50)	(50) (100 – 50)
Cuota íntegra negativa equivalente	(17,5) (20/35%)	(10) (50/20%)
TOTAL TRIBUTACIÓN	(17,5)	(5,5)

Supuesto que la norma mercantil no se hubiera infringido la tributación sería:

	SOCIO PERSONA JURÍDICA	SOCIO PERSONA FÍSICA
Dividendo	–	–
Pérdida de capital	(0) (100 – 100)	(0)
Cuota íntegra negativa equivalente	(0)	(0)
TOTAL TRIBUTACIÓN	(0)	(0)

En el ejemplo propuesto la sociedad participada no obtiene ni beneficios ni pérdidas, en su conjunto, por ello es correcto que no satisfaga Impuesto sobre Sociedades, lo que se conseguirá si opera la compensación de bases imponibles negativas. Luego parece correcto que la compensación de bases imponibles negativas no quede supeditada a la compensación contable de las pérdidas, es decir, al cumplimiento de lo previsto en el artículo 213.2 del TRLSA respecto de la aplicación del resultado en caso de pérdida de ejercicios anteriores. Pero puede también observarse que la infracción de la norma mercantil determina una tributación inferior a la que se produce respetando la misma. La razón estriba en que la distribución de un resultado que sitúa el patrimonio neto por debajo de la cifra del capital social implica, en realidad, la distribución del propio capital social, de manera tal que el socio está recibiendo el capital aportado y no un dividendo o participación en beneficios.

El déficit de imposición que se produce deriva de la aplicación de la deducción por doble imposición de dividendos respecto de unos ingresos que formalmente proceden del acuerdo de aplicación del resultado del ejercicio pero que realmente no son tales ingresos. La irregularidad, por tanto, no se halla en la compensación de bases imponibles negativas, sino en la aplicación de la deducción por doble imposición de dividendos, tanto en el Impuesto sobre Sociedades como en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

La conclusión, por lo tanto, es doble. De una parte, es correcta la compensación de bases imponibles negativas, y de otra, no debe aplicarse la deducción por doble imposición de dividendos.

Aunque el enjundioso tema de la deducción por doble imposición de dividendos es ajeno al tema que nos ocupa, sin perjuicio de las relaciones entre ambos, sí creemos que es apropiado examinar si procede o no la deducción por doble imposición de dividendos en el caso de distribución de dividendos que infrinjan la norma contenida en el artículo 213.2 del TRLSA.

Desde luego, no encontramos una restricción expresa en el artículo 28 de la Ley 43/1995, referida al supuesto descrito, pero ello no es óbice para negar la aplicación de la deducción por doble imposición de dividendos por las siguientes razones:

- El presupuesto para la aplicación de la deducción por doble imposición de dividendos es que entre las rentas del sujeto pasivo se computen «...dividendos o participaciones en beneficios...» (art. 28.1 Ley 43/1995). Ahora bien, según hemos constatado antes, la distribución de un resultado infringiendo lo ordenado en el artículo 213.2 del TRLSA equivale, materialmente, a la distribución del capital aportado, de manera tal que la calificación que verdaderamente corresponde a las cantidades distribuidas por la entidad debe llevar, sin más, a rechazar la aplicación de la deducción por doble imposición de dividendos porque falta el presupuesto de hecho de la misma: la percepción de dividendos o participaciones en beneficios.
- Dada la verdadera naturaleza de la operación, es decir, distribución del capital aportado o, más exactamente, devolución de aportaciones, es lógico calificar la operación en su conjunto como de reducción de capital con devolución de aportaciones, debiendo aplicarse, por tanto, lo previsto en el artículo 15.4 de la Ley 43/1995, de manera tal que las sumas recibidas no se integrarían en la base imponible, disminuyendo el valor de adquisición de la participación.
- De acuerdo con lo establecido en el artículo 10.3 de la Ley 43/1995, la base imponible, en el régimen de estimación directa, se determina a partir del resultado contable, y, de acuerdo con lo previsto en el artículo 148 de la referida ley, la Administración tributaria puede «...a los solos efectos de determinar la base imponible... determinar el resultado contable, aplicando las normas a que se refiere el artículo 10.3...», de manera tal que la Inspección de los Tributos podrá aplicar las normas mercantiles que se refieran a la determinación del resultado contable para expulsar del mismo, aunque sólo sea con efectos fiscales, a los dividendos o participaciones en beneficios aparentes, y así, de forma indirecta, negar la deducción por doble imposición de dividendos. Debemos observar que al actuar en tal forma la Inspección de los Tributos no estará incidiendo respecto de la acción de restitución de dividendos prevista en el artículo 217 del TRLSA, ya que la misma sólo corresponde a la sociedad distribuidora. La Inspección de los Tributos, como hemos apuntado, aplicando normas contables para la determinación del resultado contable, expulsa al dividendo o participación en beneficios, que tan sólo lo es en apariencia, del resultado contable, y por tanto de la base imponible, alojándolo en el valor de adquisición de la cartera, como menor importe del mismo. ¿Qué normas contables son éstas? A nuestro entender, la norma mercantil de naturaleza contable que resulta aplicable al caso que nos ocupa es la prevista en el artículo 38.1 f) del Código de Comercio, a cuyo tenor «Los elementos del inmovilizado y del circulante se contabilizarán... por el precio de adquisición o coste de producción». En efecto, esta norma ha sido infringida, de manera refleja, en la sociedad perceptora de los dividendos, ya que está contabilizando como ingreso lo que es devolución de aportaciones. Es cierto que se trata, como hemos señalado, de una infracción no deliberada, o por mejor decir no realizada, al menos formalmente, por la sociedad perceptora del dividendo o la participación en beneficios distribuidos contraviniendo lo previsto en el artículo 213.2 del TRLSA: la sociedad perceptora infringe el artículo 38.1 f) del Código de Comercio porque la sociedad pagadora infringe el artículo 213.2 del TRLSA.

Sea cual fuere el origen de la infracción, sea o no de la misma consciente la sociedad perceptora, es lo cierto que su resultado contable no ha sido determinado «...de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio...» como ordena el artículo 10.3 de la Ley 43/1995, pues ha sido infringido un principio de contabilidad tan básico como el principio del precio de adquisición del artículo 148 de la Ley 43/1995. La determinación correcta del resultado contable exige que los ingresos que aparentemente son dividendos o participaciones en beneficios, pero que realmente constituyen devolución de aportaciones, minoran el mismo y se apliquen a la disminución del valor de adquisición de la participación.

De lo hasta aquí expuesto podemos concluir que la compensación contable de la pérdida no puede ser considerada como un requisito de la compensación de las correspondiente bases imponibles, pero que los dividendos o participaciones en beneficios distribuidos irregularmente deben ser excluidos del resultado contable, a efectos fiscales, minorar el precio de adquisición de la participación, igualmente a efectos fiscales, y no dar derecho a la deducción por doble imposición de dividendos.

2.3.2. El saneamiento financiero y la compensación fiscal.

En líneas anteriores hemos llegado a la conclusión de que la compensación contable de las pérdidas a que se refiere el artículo 213.2 del TRLSA no es requisito para la compensación fiscal, de manera tal que el incumplimiento de la norma mercantil no determina la exclusión de la compensación de bases imponibles negativas, pero sí tiene determinados efectos en relación con la deducción por doble imposición de dividendos.

Una cuestión relacionada con la de la compensación contable es la llamada doctrina del saneamiento financiero. Postula esta doctrina que el saneamiento financiero es requisito de la compensación de bases imponibles negativas.

La Ley de Sociedades Anónimas ordena el saneamiento financiero cuando las pérdidas han disminuido el patrimonio neto o haber social por debajo de las dos terceras partes del capital social y hubiera transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio (art. 163 TRLSA) y cuando las pérdidas hayan dejado el patrimonio o haber social por debajo de la mitad del capital social (art. 260.4.º TRLSA). En el primer caso la sociedad debe reducir obligatoriamente su capital social, y en el segundo la sociedad debe disolverse o bien aumentar o reducir el capital en la medida suficiente.

Cuando una sociedad está afectada por alguna de las dos obligaciones de saneamiento y obtiene beneficios, la doctrina del saneamiento financiero propugna que la compensación de los mismos, o de la base imponible positiva correspondiente por mejor decir, con bases imponibles negativas requiere el cumplimiento de lo previsto en los artículos 163 ó 260.4.º del TRLSA, según los casos.

Esta doctrina tuvo un cierto desenvolvimiento bajo la vigencia de la Ley 61/1978, y, en particular, a raíz de lo previsto en el artículo 13.2 del Real Decreto 382/1984 y en la disposición adicional decimoctava de la Ley 37/1988, las cuales autorizaron, respectivamente, que el saldo de la Cuenta de Actualización Ley de Presupuestos para 1983 y el saldo del Fondo de Previsión para Inversiones y la Reserva Especial de las sociedades acogidas a la Ley de 16 de diciembre de 1940 (Ley Larraz), se aplicaran a la eliminación de resultados contables negativos, advirtiendo, y esto era lo importante, que tal aplicación «...tendrá la consideración de saneamiento financiero realizado con cargo a cuenta de capitales propios, a efectos de la compensación de pérdidas establecida en el artículo 18 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades».

¿Qué vigencia podemos conceder a esta doctrina en la Ley 43/1995? A nuestro entender no estando mencionado en el artículo 23 el requisito del saneamiento financiero no cabe exigirlo. Ciertamente que tampoco estaba en el artículo 18 de la Ley 61/1978, pero las dos disposiciones posteriores mencionadas vinieron a suponer, en particular la segunda, una especie de interpretación auténtica. Pues bien, mientras no se produzca un pronunciamiento del legislador en tal sentido nos inclinamos por entender que el saneamiento contable no es un requisito de la compensación de bases imponibles negativas. Y el legislador ya ha tenido una ocasión para pronunciarse a raíz de la última actualización de balances aprobada mediante el Real Decreto-Ley 7/1996, de 6 de junio, desarrollado por el Real Decreto 2607/1996, de 20 de diciembre. En efecto, dispone el apartado 9 del artículo 5 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 6 de junio, que «...el saldo de la cuenta podrá destinarse a la eliminación de resultados contables negativos...», pero no añade nada en relación con la compensación de bases imponibles negativas, y lo propio podemos decir del artículo 15 del Real Decreto 2607/1996, de 20 de diciembre.

Ahora bien, el incumplimiento de la obligación de saneamiento financiero puede determinar la imposibilidad mercantil de distribuir beneficios, de acuerdo con lo previsto en el artículo 213.2 del TRLSA. En tal caso nos hallamos ante un supuesto exactamente igual al tratado en el apartado 2.3.1, al que nos remitimos.

2.3.3. Requisitos formales de la compensación.

En determinados supuestos, sea para el disfrute de beneficios fiscales o para la aplicación de determinados regímenes especiales, la Ley 43/1995 exige el cumplimiento de ciertas cargas o el cumplimiento de determinados requisitos formales. Así sucede, por ejemplo, en lo concerniente a las inversiones medioambientales (art. 35) o en los regímenes de los grupos de sociedades (art. 84) y de fusiones, escisiones y operaciones asimiladas (art. 110).

El artículo 23 de la Ley 43/1995 no establece requisitos de carácter formal para aplicar la compensación de bases imponibles negativas. No entendemos, por tanto, como requisito formal la carga de exhibir «...la contabilidad y los oportunos soportes documentales...» a que se refiere el apartado 5.

En cuanto un elemento más de la formación de la base imponible, que el sujeto pasivo determina a los efectos de la declaración-liquidación, la compensación de bases imponibles negativas se manifiesta como una corrección del resultado contable. Pero esta corrección no requiere el cumplimiento de requisito formal alguno.

Igualmente creemos que la contabilización de la facultad de compensación de bases imponibles negativas de acuerdo con lo previsto en el Plan General de Contabilidad carece de significación a efectos fiscales, al menos en relación con el ejercicio de tal facultad, si bien a otros efectos, incluso fiscales, pudiera no ser indiferente, por ejemplo, en lo concerniente al cálculo del valor teórico de la participación.

También entendemos ajeno a la compensación de bases imponibles negativas el denominado principio de inscripción contable del artículo 19.3 de la Ley 43/1995, pues se refiere a los gastos en sentido estricto y las bases imponibles negativas no lo son a pesar de cumplir una función de partida negativa para la determinación de la base imponible. Y, en el mismo sentido, abundando en lo ya expuesto anteriormente, nos parece que el referido artículo 19.3 no puede ser interpretado en el sentido de que, respecto de la compensación de bases imponibles negativas, es requisito la compensación contable.

2.3.4. Compensación de bases imponibles negativas litigiosas.

Pudiera suceder que en el momento de formular la declaración-liquidación del período impositivo en el que debe efectuarse la compensación de la base imponible negativa habida en un período impositivo anterior el importe de la misma estuviera pendiente de la resolución de un litigio. En tal caso la compensación sólo será posible si media suspensión del acto administrativo por el que se fijó el importe de la base imponible negativa. Si no media suspensión la compensación no es correcta. La liquidación del período impositivo en el que se practica la compensación es provisional ya que un elemento de la misma no ha ganado todavía firmeza.

2.3.5. La compensación de bases imponibles no declaradas.

En los supuestos anormales en los que el sujeto pasivo no ha presentado declaración-liquidación la prueba del importe de la base imponible negativa e incluso la existencia misma de la facultad de compensar la base imponible negativa revisten cierta dificultad.

Aplicando la legislación contenida en la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, reiteradas resoluciones del TEAC, ante el supuesto de hecho de no presentación de declaración-liquidación, pero concurriendo la llevanza de contabilidad, sentaron una doctrina que aparece perfectamente sintetizada en el Considerando 4.º de la resolución de 6-9-1994:

- Que la legislación vigente no hace ninguna referencia a que sea condición necesaria para la existencia de base imponible que el sujeto pasivo haya presentado o no declaración por el impuesto. Si no lo ha hecho, habrá incurrido en infracción que será sancionable en la forma que corresponda, pero ello no implica en absoluto que no exista base imponible.
- Que si el ejercicio ha prescrito, la Administración no puede practicar en el beneficio contable los ajustes previstos en el Reglamento del Impuesto, con la consecuencia de que el beneficio contabilizado se transforma sin más en base imponible definitiva. Y en consecuencia, en caso de pérdidas, las contabilizadas en un ejercicio prescrito son compensables en los cinco ejercicios inmediatos siguientes.

Ambos criterios se apoyan en el artículo 36.1 del Real Decreto 2631/1982, a cuyo tenor «...la base imponible se determinará por la suma algebraica de los rendimientos netos y de los incrementos y disminuciones de patrimonio obtenidos o producidos en el ejercicio, deducidos de la contabilidad del sujeto pasivo y de las normas contenidas en el presente Reglamento».

La doctrina del TEAC implica, de una parte que la presentación de declaración no es un requisito para el nacimiento de la facultad de compensación de bases imponibles negativas, y de otra, que el resultado contable negativo se transforma en base imponible negativa por el simple transcurso del período de prescripción.

Con independencia de la mayor o menor adecuación de esta doctrina a la legalidad vigente en los períodos impositivos respecto de los que se formuló debemos preguntarnos por su validez en el marco de la legislación vigente.

No ofrece dificultades entender que la determinación de una base imponible negativa tras el procedimiento de comprobación determina el nacimiento de la facultad de compensación, aunque el sujeto pasivo no hubiere presentado declaración-liquidación. La comprobación administrativa regulariza la situación tributaria del sujeto pasivo y determina unos efectos, dejando al margen las sanciones posibles, equivalentes a los derivados de la declaración-liquidación.

En el caso de prescripción la Administración tributaria no puede ejercer la potestad de comprobación. La base imponible, positiva o negativa, existe, en la medida en que se realizó el hecho imponible. Lo que ocurre es que no se conoce el importe de la misma. La doctrina económico-administrativa resolvía el problema de manera radical convirtiendo al resultado contable en base imponible, en este caso negativa. A nuestro entender esta doctrina no era correcta en su día ni, por las mismas razones, la reputamos válida en el momento presente. En efecto, al resolver así, el TEAC transforma una cuestión de prueba en otra de naturaleza sustantiva a la que da una solución radical. La doctrina económico-administrativa excluye de la determinación de la base imponible a las normas legales y reglamentarias aceptando, sin más, el resultado contable como base imponible, en este caso negativa, lo que no es aceptable. Diferente cosa es que para probar el importe de la base imponible, en este caso negativa, se admita la contabilidad del sujeto pasivo y lo que de la misma se desprenda en orden a determinar dicha base imponible.

La determinación de la base imponible a partir del resultado contable prevista en el artículo 10.3 de la Ley 43/1995, no cambia sustancialmente la situación. En efecto, la base imponible, en el régimen de estimación directa es «...el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha comprobación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas», de manera tal que no es correcto identificar base imponible y resultado contable.

A nuestro entender, lo correcto es reconducir el problema a su verdadera naturaleza. Al no existir declaración-liquidación y no poderse ejercitar la potestad de comprobación a causa de la prescripción, falta el medio de prueba esencial en el que el sujeto pasivo pueda hacer descansar el ejercicio de la facultad de compensación de bases imponibles negativas. La solución al problema debe venir por la vía de identificar el medio de prueba más idóneo para, en ausencia de la declaración-liquidación, crear la mayor certeza posible respecto de la existencia e importe de la base imponible negativa, y este medio de prueba será, en la generalidad de los casos, la contabilidad. Ahora bien, una cosa es aceptar la contabilidad como medio de prueba, por lo general, idóneo y otra bien diferente identificar la base imponible negativa con la pérdida contable. De la aceptación de la contabilidad como medio de prueba idóneo no debe seguirse que la pérdida contable se tome como base imponible negativa, sino que la base imponible negativa sea la que se deduce de los hechos reflejados en la contabilidad.

Esta conclusión no es contradictoria con lo previsto en el nuevo apartado 5 del artículo 23 incorporado por la disposición final segunda de la Ley 40/1998. En efecto, en dicho apartado no se establece que, una vez prescrito el ejercicio de la potestad de comprobación, el importe de la base imponible negativa es el de la pérdida contable, sino que el referido importe se debe acreditar, en su caso, mediante la exhibición de la contabilidad y de la documentación contable, lo cual es bien diferente. Por otra parte, la norma citada no contempla el supuesto anómalo de ausencia de declaración-liquidación, sino que más bien se proyecta respecto de la situación normal de presentación de una declaración-liquidación no susceptible de comprobación por haber transcurrido el plazo de prescripción.

2.3.6. Acreditación del importe de la base imponible negativa.

Corresponde al sujeto pasivo que ejercita la facultad de compensación de la base imponible negativa acreditar su importe. El medio ordinario de acreditación es la declaración-liquidación correspondiente, la cual podrá ser comprobada por la Administración tributaria dentro del período de prescripción. Transcurrido este último, la Administración tributaria debe aceptar el importe de la base imponible negativa que consta en la declaración-liquidación, si bien el sujeto pasivo deberá cumplir la carga de exhibir la contabilidad y la documentación contable sin que sobre tal medio de prueba la Administración tributaria pueda ejercer la potestad de comprobación, aunque sí valoran el correcto cumplimiento de la referida carga, en particular si la contabilidad y la documentación contable exhibida reúnen los requisitos para ser tenidas como medio de prueba.

En caso de no haberse presentado declaración-liquidación, el importe de la base imponible negativa podrá acreditarse a través de la contabilidad, que estará sujeta a comprobación dentro del período de prescripción, y una vez transcurrido el mismo la comprobación ya no podrá producirse, pero eso no implica que el importe de la pérdida contable deba considerarse como base imponible negativa, sino que la base imponible negativa será la que se deduzca de la contabilidad y de la documentación contable que reúna las condiciones para ser tomada como medio de prueba.

Puede apreciarse el importante papel que la contabilidad juega en relación con la acreditación del importe de la base imponible negativa. En los supuestos normales en los que existe una declaración-liquidación en la que se ha determinado el importe de la base imponible negativa, la exhibición de la contabilidad se configura como una carga del sujeto pasivo sin cuyo cumplimiento no será posible ejercer la facultad de compensación. En los supuestos anormales en los que no existe declaración-liquidación, la contabilidad se configura como el medio de prueba idóneo para determinar el importe de la base imponible negativa.

En este sentido interesa al sujeto pasivo, en orden al ejercicio de la facultad de compensación, conservar «...los libros, correspondencia, documentación y justificantes concernientes a su negocio...» más allá del plazo de seis años previsto en el artículo 30 del Código de Comercio. Concretamente, durante todo el tiempo que sea preciso para cumplir con la carga impuesta en el apartado 5 del artículo 23 o para disponer de un medio de prueba idóneo para dar certeza sobre el importe de la base imponible negativa en caso de no mediar declaración-liquidación. No se trata, obviamente, de que la legislación fiscal haya modificado el plazo de conservación de la contabilidad establecido por la legislación mercantil, sino de que para ejercitar la facultad de compensación de bases imponibles negativas es preciso exhibir y por tanto conservar la documentación contable en los términos previstos en el apartado 5 del artículo 23.

La conservación de la contabilidad y de la documentación contable más allá del plazo previsto en el artículo 30 del Código de Comercio, para dar cumplimiento a lo previsto en el apartado 5 del artículo 23 no conlleva la obligación de que en el balance permanezca el importe de la pérdida contable que dio lugar a la base imponible negativa. Dicha pérdida ha podido, y tal vez debido, ser saneada contablemente, sea por aplicación de beneficios posteriores, por reducción del capital o por aportaciones de socios, de manera tal que desaparezca del balance, sin que ello desmerezca el cumplimiento de lo previsto en el referido precepto, pues debe tenerse en cuenta que la carga de exhibición se produce en relación con la contabilidad del ejercicio en el que se produjo la pérdida.

De acuerdo con lo expuesto, podemos construir el siguiente esquema de situaciones posibles en orden a la acreditación de la base imponible negativa:

DECLARACIÓN- LIQUIDACIÓN	PRESENTADA	No prescripción: comprobación ordinaria que generalmente se extenderá a la contabilidad (art. 110 LGT); carece de sentido la carga de exhibir la contabilidad del artículo 23.5 de la Ley 43/1995.
		Prescripción: no comprobación; el importe de la base imponible negativa es el que consta en la declaración-liquidación; debe exhibirse la contabilidad y la documentación contable (art. 23.5 Ley 43/1995), que podrá ser valorada por la Administración tributaria.
	NO PRESENTADA	No prescripción: comprobación ordinaria que generalmente se extenderá a la contabilidad (art. 110 LGT); carece de sentido la carga de exhibir la contabilidad del artículo 23.5 de la Ley 43/1995.
		Prescripción: no comprobación; el importe de la base imponible negativa deberá ser acreditado por el sujeto pasivo a través de un medio de prueba suficiente, generalmente la contabilidad, sin que el resultado contable negativo pueda ser, sin más, considerado como base imponible negativa, ni baste, a estos efectos, la exhibición de la contabilidad y la documentación contable del artículo 23.5 de la Ley 43/1995.

III. MAGNITUDES SUSCEPTIBLES DE COMPENSACIÓN

1. Magnitud a compensar: la base imponible negativa.

Aunque en el lenguaje corriente, y en algunos textos normativos, se utilice la expresión «compensación de pérdidas», es lo cierto que lo que se compensa, la magnitud a compensar, no es el resultado contable negativo o pérdida contable, sino la base imponible negativa, de manera tal que puede acontecer que incluso habiendo resultados contables positivos exista una base imponible negativa susceptible de compensación, y también puede presentarse el supuesto inverso.

Que esto es así se deduce del artículo 10.1 de la Ley 43/1995 que se refiere a las «...bases imponibles negativas de ejercicios anteriores...», y también del artículo 23.1 de la misma ley que igualmente se refiere a «Las bases imponibles negativas...».

Se desprende del artículo 10.1 de la Ley 43/1995, que la base imponible negativa a compensar es un elemento que interviene para determinar la base imponible del período impositivo en el que se produce la compensación, de manera tal que en este sentido debemos considerar que se trata de una corrección más, sobre el resultado contable, de las aludidas en el apartado 3 del artículo 10 de la referida ley. Así pues, la compensación de bases imponibles negativas se configura como una corrección al resultado contable, a los efectos de determinar la base imponible. Esta reflexión nos permite recordar lo que denominamos las ecuaciones básicas definitorias de la relación entre el resultado contable y la renta, en cuanto elemento objetivo del hecho imponible, que dan vigor y arquitectura a las previsiones del artículo 10 de la Ley 43/1995:

$$\text{Base imponible} = \text{Renta del período impositivo} - \text{Bases imponibles negativas de ejercicios anteriores}$$

$$\text{Base imponible} = \text{Resultado contable} \pm \text{Correcciones}$$

$$\text{Correcciones} = \text{Definidas en la Ley 43/1995} - \text{Bases imponibles negativas de ejercicios anteriores}$$

De las ecuaciones precedentes se deduce que:

$$\begin{aligned} &\text{Renta del período impositivo} - \text{Bases imponibles negativas de ejercicios anteriores} = \\ &= \text{Resultado contable} \pm \text{Correcciones definidas en la Ley 43/1995} - \text{Bases imponibles negativas de ejercicios anteriores} \end{aligned}$$

$$\text{Renta del período impositivo} = \text{Resultado contable} \pm \text{Correcciones definidas en la Ley 43/1995}$$

La importancia de esta última ecuación es superlativa en el entendimiento del Impuesto sobre Sociedades y también en el de la compensación de bases imponibles negativas. En efecto, por lo que se refiere a estas últimas queda claro el lugar que les corresponde en el proceso de determinación de la base imponible y, además, resuelve un problema, más teórico que práctico, que versa sobre el importe que en cada período impositivo puede ser compensado. Ambas cuestiones están íntimamente ligadas.

2. Magnitud respecto de la que se practica la compensación: la renta positiva.

Respecto de la primera, considerando que el artículo 23.1 de la Ley 43/1995, prevé que «Las bases imponibles negativas podrán ser compensadas con las rentas positivas de los períodos impositivos...», no tenemos más que atender a la información proporcionada por la última ecuación para

comprender que la determinación de la renta del período impositivo, es decir de la suma algebraica del resultado contable y de las correcciones al mismo definidas en la Ley 43/1995, debe ser previa a la compensación de bases imponibles negativas.

Y respecto de la segunda, simplemente debemos notar que su solución está implícita en el razonamiento precedente. En efecto, la renta del período impositivo en cuanto magnitud con la que se produce la compensación determina el límite máximo del importe compensable.

Nada ha cambiado en el fondo aunque sí en la forma respecto de la regulación contenida en la Ley 61/1978, y más concretamente en su Reglamento. El artículo 156.2 de este último establecía que «...la base imponible derivada de las operaciones realizadas en el ejercicio se minorará por el importe que la Sociedad decida compensar de las bases imponibles negativas...». Lo que en la Ley 43/1995 es la renta del período impositivo en el Reglamento de 1982 es la base imponible derivada de las operaciones del ejercicio, de manera tal que sustancialmente nada ha cambiado aunque sí la forma de regular los mismos hechos anudando las mismas consecuencias jurídicas. Tal vez, se opina, la nueva regulación ha intentado escapar de la impresión -inexacta- que podía derivarse del Reglamento de 1982 en el sentido de que existían, para el mismo período impositivo, dos bases imponibles, lo que no parece correcto. Insistimos, se trata, en todo caso, de una cuestión formal, carente de eficacia práctica.

Sí es útil, sin embargo, extraer las conclusiones más señaladas derivadas de los razonamientos precedentes y exponer algunos casos prácticos que nos ayudarán a mejor entenderlas.

La primera conclusión es que no es correcto compensar la base imponible negativa con el resultado contable. Lo correcto es compensarla una vez practicadas las restantes correcciones. Así, no sería correcta la siguiente operatoria:

Resultado contable	120
Compensación b.i.n.	90
Ajustes del artículo 18	(40)
Bases imponible negativa	(10)
En este caso la operatoria correcta sería:	
Resultado contable	120
Ajustes del artículo 18	(40)
Renta del período impositivo	80
Compensación b.i.n.	80
Base imponible	0

La segunda conclusión es que no es correcto aplicar a la compensación de bases imponibles negativas un importe superior a la renta del período impositivo. Así, en el ejemplo anterior no sería correcta la siguiente operatoria:

Resultado contable	120
Ajustes del artículo 18	(40)
Renta del período impositivo	80
Compensación b.i.n.	90
Base imponible negativa	(10)

El artículo 157 del Reglamento de 1982 establecía que «En ningún caso se podrá deducir en concepto de compensación de pérdidas, en un ejercicio, un importe superior a la base imponible derivada de las operaciones realizadas en el mismo». No encontramos en la Ley 43/1995 ni en su Reglamento una norma similar, seguramente porque dicho mandato está contenido, como antes se dijo, en el artículo 23.1 de la Ley 43/1995, pues no es lógico pensar que el importe aplicado a la compensación pueda ser superior al importe respecto del que se produce la compensación.

Por lo tanto la operatoria correcta sería:

Resultado contable	120
Ajustes del artículo 18	(40)
Renta del período impositivo	80
Compensación b.i.n.	80
Base imponible	0

Así pues, la magnitud respecto de la que practica la compensación de la base imponible negativa no es el resultado contable ni la base imponible, sino la renta positiva del período impositivo, y el límite de la compensación está constituido por el propio importe de la renta positiva del período impositivo.

La conclusión anterior, que se ajusta perfectamente a la literatura legal, está soportada por un argumento lógico y una consecuencia necesaria. El argumento lógico consiste en que la compensación requiere la existencia de renta capaz de soportarla, y la consecuencia necesaria que la compensación debe practicarse de forma tal que el límite temporal de la misma se cumpla. Pues bien, no se cumpliría el límite si el importe de la compensación pudiera exceder del límite constituido por la renta del período impositivo porque, en tal caso, se generaría una base imponible negativa que, en realidad, se ha formado mediante el efecto de compensación ilimitado de bases imponibles negativas de períodos impositivos anteriores.

La renta positiva del período impositivo es, como ya sabemos, la suma de dos magnitudes diversas: el resultado contable y las correcciones al mismo. Por tanto pudiera suceder que el resultado contable fuera negativo y, sin embargo, la renta del período positiva por existir correcciones de este signo. Y también puede suceder lo inverso.

La posibilidad de compensación cuando el resultado contable es negativo sugiere la bondad del criterio, expuesto en líneas anteriores, según el cual no es precisa la compensación contable para practicar la compensación de bases imponibles negativas.

3. Importe de la compensación.

La magnitud a compensar es la base imponible negativa, y el límite de compensación es la renta positiva del período impositivo. ¿Puede el sujeto pasivo aplicar a la compensación de bases imponibles negativas una cantidad inferior a la renta positiva del período impositivo? La respuesta de la doctrina administrativa interpretando la legislación precedente fue positiva, siendo el argumento esencial que el artículo 18 de la Ley 61/1978 configuraba la compensación de pérdidas como una facultad del sujeto pasivo concretada en la literatura legal: «...su importe podrá ser compensado...». Así lo entendió el propio Real Decreto 2631/1982, de 15 de octubre, estableciendo expresamente el artículo 156 que «...su importe (el de la base imponible negativa) podrá ser compensado... distribuyendo la cuantía en la proporción que el sujeto pasivo estime conveniente...».

El artículo 23 de la Ley 43/1995, también configura la compensación de bases imponibles negativas como una facultad del sujeto pasivo: «Las bases imponibles negativas podrán ser compensadas...», y si bien no precisa que el sujeto pasivo dispone de la libertad de distribución del importe de las mismas, parece correcto entender que así es, básicamente porque la interpretación histórica a ello lleva de manera inequívoca, considerando la similar redacción que, en este punto, tienen el referido precepto y el artículo 18 de la Ley 61/1978.

Por otra parte, y desde un punto de vista estrictamente lógico, parece correcto que tal facultad asista al sujeto pasivo porque de esa manera podrá aprovechar mejor las deducciones de la cuota establecidas en la Ley 43/1995. Esta libertad no va en contra de la naturaleza *ex lege* de la obligación tributaria, pues la misma dimana de la propia norma legal.

IV. PLAZO DE COMPENSACIÓN

1. Regulación original de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre.

Una de las peticiones de las asociaciones empresariales cuando se planteó la reforma del Impuesto sobre Sociedades fue la elevación del plazo de compensación. Y así efectivamente ha sido, ya que del plazo de cinco años contenido en la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, se pasó al de siete años del artículo 23.1 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre.

La lógica del plazo de compensación de cinco años reposaba en que ese mismo era el de prescripción de la obligación tributaria. Sin embargo, en no pocas ocasiones el período impositivo en el que se originaron las bases imponibles negativas ya se hallaba prescrito en el momento en que se producía la comprobación del período impositivo en el que se practicaba la compensación, en la medida en que el plazo de prescripción de este último se hubiese hallado interrumpido durante un cierto período de tiempo.

La elevación del plazo de compensación de cinco a siete años ha venido a agudizar el problema, si bien desde el punto de vista de la equidad, y dejando al margen el aprovechamiento ilícito de bases imponibles negativas, la reforma debe entenderse positiva.

La compensación puede realizarse en «...los períodos impositivos que concluyan en los siete años inmediatos y sucesivos» (art. 23.1 Ley 43/1995), de manera tal que estando fijado el plazo de compensación por años, deberá computarse de fecha a fecha pues así lo ordena el artículo 5 del Código Civil.

Cuando el período impositivo coincide con el año natural, el plazo de compensación comprende los siete años naturales siguientes a la conclusión del período impositivo en el que se produjo la base imponible negativa. Si no coincide con el año natural, el plazo de compensación comprende siete períodos de duración anual contados a partir de la referida conclusión.

Esta forma de cómputo del plazo de compensación pretende garantizar la igualdad entre los sujetos pasivos, que no se daría si el plazo se computara en función del número de períodos impositivos, con independencia de que tal forma de cómputo en sí misma no es correcta porque el plazo debe ir ligado, por definición, a una magnitud de tiempo. Por lo tanto, sea cual fuere el número de períodos impositivos y su duración, se podrá en los mismos practicar la compensación de bases imponibles negativas siempre que concluyan dentro del plazo de los siete años siguientes a la conclusión del período impositivo en el que se produjeron las pérdidas.

En este punto la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, no es innovadora, porque si bien el artículo 18 de la Ley 61/1978, tomaba como referencia de la compensación a los ejercicios, al establecer que el importe de la base imponible negativa «...podrá ser compensado en los cinco ejercicios inmediatos y sucesivos», de manera tal que la concurrencia de ejercicios de duración inferior al año, por ejemplo en caso de fusión, disminuían injustamente las posibilidades de compensación, el artículo 156.2 del Real Decreto 2631/1982, apartándose ostensiblemente de lo establecido en el artículo 18 de la Ley 61/1978, permitió la compensación «...en los ejercicios cerrados en los cinco años precedentes», mejorando así las posibilidades de compensación y creando un antecedente del que la Ley 43/1995 se ha servido.

A pesar de este cuidado por garantizar un trato igual y neutral en lo concerniente a las posibilidades de compensación, es lo cierto que la modificación del ejercicio económico consistente en abandonar el año natural determina una disminución de las posibilidades de compensación pues se perderán los beneficios de aquella parte de un ejercicio que se inicia dentro del plazo de compensación pero que finaliza o concluye superando dicho plazo.

La solución más justa y neutral hubiera consistido en tomar las rentas de los períodos impositivos que hubiesen discurrido a lo largo del plazo de compensación, y si dicho discurrir hubiese sido parcial tomar la parte proporcional correspondiente. Probablemente la complejidad de la determinación de la parte proporcional ha sido un obstáculo para adoptar esta solución, en sí misma más respetuosa con la neutralidad y la igualdad. Ha de reconocerse, sin embargo, que la posibilidad de trasladar las bases imponibles negativas susceptibles de compensación a la sociedad absorbente y el hecho de que ésta no concluya el período impositivo por tal motivo ha restado importancia a la cuestión, máxime si, como más adelante expondremos, el plazo de compensación ha sido alargado hasta 10 años en virtud de la modificación efectuada por la Ley 40/1998, de 9 de diciembre.

El plazo de compensación determina que la identificación del período impositivo del que procede la base imponible negativa sea un elemento imprescindible para el correcto ejercicio de la facultad de compensación. Como quiera que dicha facultad la ejercita el sujeto pasivo entendemos que al mismo corresponde probar que la compensación se produce dentro de plazo y para ello deberá justificar que la base imponible negativa que aplica a la compensación corresponde a un período impositivo a tal efecto apto.

¿Qué medio de prueba ha de utilizar? Ni la Ley 43/1995, ni su Reglamento imponen uno predeterminado, lo que parece correcto puesto que, en principio, tasar los medios de prueba o su valoración, puede ir en mengua de los derechos de los sujetos pasivos. Dicho esto, nos parece que el reflejo en contabilidad de los efectos patrimoniales de la facultad de compensación es insuficiente, e igualmente nos parece insuficiente la mención de la misma en la memoria. A nuestro entender la forma idónea de probar es mediante la exhibición de la declaración-liquidación y, en su caso, de las actas de inspección o acuerdos de liquidación en los que se contengan las bases imponibles negativas.

La prueba citada se aportará, en su caso, en el procedimiento de comprobación, sin que sea necesario adjuntarla a la declaración-liquidación del período impositivo en el que se ejercita la facultad de compensación

En los supuestos normales la forma de probar, descrita en líneas anteriores, no ofrecerá dificultades, porque, además, en caso de extravío de la declaración-liquidación el sujeto pasivo podrá dirigirse a la Administración tributaria para obtener una certificación de la declaración-liquidación presentada (art. 16 Ley 1/1998, de 26 de febrero).

2. Regulación vigente.

La disposición final segunda de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, ha dado nueva redacción al apartado 1 del artículo 23 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, estableciendo que la compensación puede realizarse en «...los períodos impositivos que concluyan en los diez años inmediatos y sucesivos».

El alargamiento del plazo de compensación debilita las posibilidades de control de la Administración tributaria y para paliar tal inconveniente se ha impuesto al sujeto pasivo la carga de exhibición de la contabilidad y la documentación contable, a la que anteriormente nos hemos referido. La citada carga deberá cumplirse a requerimiento de la Administración tributaria, y no solamente en relación con las bases imponibles a compensar pasado el plazo anteriormente vigente de siete años, sino incluso respecto de compensaciones realizadas dentro de dicho plazo, aunque se trate de bases imponibles negativas correspondientes a períodos impositivos concluidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre.

Téngase en cuenta que la carga de exhibición de la contabilidad y de la documentación contable debe ser cumplida en el curso del procedimiento de comprobación del período impositivo en el que se ha producido la compensación, de manera tal que, no habiéndose establecido norma transitoria en relación con la misma, debemos entenderla exigible a partir de la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 23, cualquiera que fuese el período impositivo del que proceda la base imponible negativa y el período impositivo en el que se pretenda la compensación.

Ahora bien, considerando que el artículo 30 del Código de Comercio impone a los empresarios un plazo de conservación de seis años a partir del último asiento realizado, tal vez hubiera sido oportuno establecer un régimen transitorio para la aplicación de la carga de exhibición de la contabilidad en los siguientes términos:

- Bases imponibles negativas determinadas o correspondientes a períodos impositivos concluidos en 1998 y anteriores: solamente debería exigirse dicha carga cuando en el momento de iniciación de la comprobación inspectora estuviere vivo el plazo de compensación mercantil o la compensación se hubiere hecho superado el plazo de siete años previsto en la redacción original del artículo 23 de la Ley 43/1995.
- Bases imponibles negativas determinadas o correspondientes a períodos impositivos concluidos después de 1998: exigencia plena de la carga, aunque la compensación se hubiere hecho dentro del plazo de siete años.

3. Régimen transitorio.

El alargamiento del plazo de compensación plantea la cuestión de la eficacia temporal de la nueva norma en relación con las bases imponibles negativas correspondientes a períodos impositivos anteriores.

La irretroactividad absoluta de la norma tributaria hubiera demandado que el nuevo plazo únicamente fuera de aplicación en relación con las bases imponibles negativas correspondientes a períodos impositivos iniciados después de la entrada en vigor de la misma. Pero el legislador no se ha guiado por el criterio de la irretroactividad, sino que, por el contrario, ha previsto un régimen transitorio que acoge al nuevo plazo de compensación a bases imponibles negativas determinadas con anterioridad a la entrada en vigor de la norma que establece el nuevo plazo. En efecto, la disposi-

ción transitoria duodécima de la Ley 43/1995, establece que «Las bases imponibles negativas pendientes de compensación al inicio del período impositivo en que sea de aplicación la presente ley podrán compensarse en el plazo establecido en el apartado 1 del artículo 23 de la misma, contado a partir del período impositivo siguiente a aquel en el que se determinaron dichas bases negativas». Una disposición transitoria de igual contenido ha sido incorporada por la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, en relación con el nuevo plazo de compensación, de 10 años, que en la misma se establece.

El supuesto de hecho de la disposición transitoria es la existencia de bases imponibles negativas pendientes de compensación al inicio del período impositivo, se entiende primer período impositivo, al que sea de aplicación la Ley 43/1995, y el mandato de la misma es triple:

- Que dichas bases imponibles negativas podrán ser compensadas.
- Que la compensación se producirá durante el plazo previsto en el artículo 23.1.
- Que dicho plazo se computará a partir del inicio del período impositivo siguiente a aquel en el que se determinan las bases imponibles negativas.

El primer mandato no implica retroactividad, siendo su objetivo evitar que con la entrada en vigor de la nueva norma pudiera entenderse decaído el derecho a la compensación de bases imponibles negativas. Es el segundo mandato el que encierra una evidente retroactividad, ya que el plazo de compensación establecido en la Ley 43/1995 se extiende a bases imponibles negativas determinadas con arreglo a la legislación derogada en la que dicho plazo era de cinco años.

Sabido es que la Constitución no prohíbe la retroactividad de las normas tributarias, pero también que el Tribunal Constitucional ha resaltado la relación entre el principio de seguridad jurídica y la retroactividad, pudiendo por la vía del perjuicio a la seguridad jurídica abrirse paso el reproche de inconstitucionalidad, y que a tal efecto ha venido distinguiendo tres grados de retroactividad (máximo, medio y mínimo) o dos clases de retroactividad: propia, que acontece cuando la nueva ley se aplica a situaciones totalmente producidas durante la vigencia de la ley derogada, e impropia, que acontece cuando la nueva ley se aplica a situaciones que se están desarrollando en el momento de entrada en vigor de la nueva norma.

A nuestro modo de ver la retroactividad contenida en las dos disposiciones transitorias referidas, sea cual fuere su grado o tipo, no es constitucionalmente reprochable porque no implica merma de la seguridad jurídica, al no afectar a la confianza de los sujetos pasivos, ni burla la protección de la buena fe. Cuestión diferente es que se hayan producido algunos enriquecimientos inesperados en favor de los adquirentes de sociedades en pérdidas cuyas posibilidades de compensación se han incrementado por la ampliación del plazo. Pero esto es prácticamente inevitable en cualquier reforma tributaria.

El tercer mandato es meramente instrumental. Su objetivo es establecer el momento a partir del cual debe computarse el nuevo plazo de compensación. Pues bien, dicho momento o día inicial es aquel en el que se inicia el período impositivo siguiente a aquel en el que se determinaron las bases imponibles negativas correspondientes.

Debe observarse que ambas disposiciones transitorias se aplican respecto de bases imponibles negativas pendientes de compensación al inicio del primer período impositivo en el que sea de aplicación la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, o la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, respectivamente.

Una base imponible está pendiente de compensación al inicio de un determinado período impositivo cuando el primer día del mismo está comprendido dentro del plazo de compensación, aun cuando el último día ya no lo esté y por ello en dicho período impositivo no quepa la compensación. Lo normal será, sin embargo, que en tal período impositivo quepa la compensación y por ello puede entenderse, en los supuestos generales, por base imponible pendiente de compensación a los efectos de la disposición transitoria duodécima de la Ley 43/1995, aquella que de acuerdo con el plazo establecido en el artículo 18 de la Ley 61/1978, hubiera podido compensarse en el primer período impositivo al que fuere de aplicación la Ley 43/1995, es decir, al primer período impositivo iniciado con posterioridad al día 1 de enero de 1996.

De acuerdo con los criterios expuestos, tratándose de períodos impositivos coincidentes con el año natural, la disposición transitoria duodécima de la Ley 43/1995 solamente ampara a las bases imponibles negativas correspondientes al período impositivo de 1991 y siguientes, de manera tal que las habidas en el período impositivo de 1990 y anteriores caen fuera de su ámbito de aplicación. La doctrina administrativa se ha pronunciado reiteradamente en este sentido.

Los mandatos contenidos en la disposición transitoria duodécima de la Ley 43/1995, permiten establecer el siguiente calendario de compensaciones de bases imponibles negativas generadas en períodos impositivos a los que fue aplicable la Ley 61/1978.

PERÍODO IMPOSITIVO DE LAS PÉRDIDAS	PERÍODOS IMPOSITIVOS DE LA COMPENSACIÓN
1990	entre 1-1-1991 y 1-1-1996 (no se aplica el régimen transitorio)
1991	entre 1-1-1992 y 1-1-1999
1992	entre 1-1-1993 y 1-1-2000
1993	entre 1-1-1994 y 1-1-2001
1994	entre 1-1-1995 y 1-1-2002
1995	entre 1-1-1996 y 1-1-2003

El calendario de compensación de bases imponibles negativas, tanto de las generadas en períodos impositivos regidos por la Ley 43/1995, como por la Ley 61/1978, ha sido alterado por el nuevo plazo de compensación de bases imponibles negativas previsto en la Ley 40/1998, de 9 de diciembre. El nuevo plazo, de 10 años, ha motivado la introducción de un régimen transitorio que, como ya hemos expuesto, es reproducción del contenido en la Ley 43/1995, con algunos matices.

Las bases imponibles negativas a las que afecta el referido régimen transitorio son las «...pendientes de compensación al inicio del período impositivo al que sea de aplicación la presente ley...» (disp. trans. duodécima Ley 40/1998, de 9 de diciembre).

El período impositivo cuya fecha inicial ha de tomarse en consideración para determinar las bases imponibles negativas pendientes de compensación lo es del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y no del Impuesto sobre Sociedades, ya que la disposición transitoria así lo establece. Pues bien, el período impositivo del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas coincide con el año natural (art. 12 Ley 40/1998) y la Ley 40/1998 entra en vigor el día 1 de enero de 1999, de manera tal que el régimen transitorio afecta a las bases imponibles negativas que a dicha fecha eran susceptibles de compensación. Tratándose de períodos impositivos coincidentes con el año natural, las bases imponibles negativas afectadas por la disposición transitoria duodécima de la Ley 40/1998 son las correspondientes al período impositivo de 1992 y siguientes, quedando fuera 1991 y anteriores.

El nuevo plazo de compensación, de 10 años, se calcula, al igual que en la disposición transitoria duodécima de la Ley 43/1995, «...a partir del inicio del período impositivo siguiente a aquel en el que se determinaron dichas bases imponibles negativas», lo que nos permite establecer el siguiente calendario:

PERÍODO IMPOSITIVO DE LAS PÉRDIDAS	PERÍODOS IMPOSITIVOS DE LA COMPENSACIÓN
1990	entre 1-1-1991 y 1-1-1996 (no se aplica ningún régimen transitorio)
1991	entre 1-1-1992 y 1-1-1999 (se aplica el régimen transitorio de la Ley 43/1995)
1992	entre 1-1-1993 y 1-1-2003
1993	entre 1-1-1994 y 1-1-2004
1994	entre 1-1-1995 y 1-1-2005
1995	entre 1-1-1996 y 1-1-2006
1996	entre 1-1-1997 y 1-1-2007
1997	entre 1-1-1998 y 1-1-2008
1998	entre 1-1-1999 y 1-1-2009

Las bases imponibles negativas correspondientes al período impositivo de 1999 y siguientes ya no quedan afectadas por el régimen transitorio, pudiéndose compensar, igualmente, por aplicación del régimen general en los períodos impositivos que concluyan dentro de los 10 años inmediatos y sucesivos.

Puede apreciarse que las bases imponibles negativas correspondientes a los períodos impositivos de 1992, 1993, 1994 y 1995 son objeto de dos regímenes transitorios que se suceden en el tiempo. En virtud del primer régimen transitorio, esto es, el contenido en la disposición transitoria duodécima de la Ley 43/1995, el plazo original de compensación que era de cinco años según lo previsto en el artículo 18 de la Ley 61/1978, se sustituye por otro de siete, lo que permite que dichas pérdidas entren en el ámbito de aplicación de la disposición transitoria duodécima de la Ley 40/1998, y ello determina que el plazo de siete años sea sustituido por otro de diez.

4. Medidas para proteger la correcta aplicación del plazo de compensación de bases imponibles negativas.

La limitación temporal a la compensación de bases imponibles negativas puede incentivar maniobras para anticipar resultados contables o correcciones positivas de la más diversa naturaleza, e inclusive para generar resultados contables o desplazarlos de unas entidades a otras.

Vigente la Ley 61/1978, la técnica más extendida consistía en practicar revalorizaciones voluntarias de activos. En líneas generales la doctrina entendió que puesto que la revalorización determinaba un incremento de patrimonio a integrar en la base imponible, las bases imponibles negativas podían compensarse con el mismo, siempre que el valor normal de mercado del elemento revalorizado justificase el importe de la revalorización. Con independencia de la mayor o menor regularidad desde la perspectiva de la normativa contable de las revalorizaciones contables voluntarias, tal práctica ya no es posible tras la entrada en vigor de la Ley 43/1995, porque el importe de las revalorizaciones contables no se integran en la base imponible, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15 de la misma.

Un efecto similar al de la revalorización contable se consigue mediante la transmisión y posterior adquisición del elemento patrimonial, operación que se puede realizar con una persona o entidad vinculada o con un tercero independiente. La norma 5.^a D, 16 de la Circular 4/1991, del Banco de España establece que «No se llevarán a la cuenta de pérdidas y ganancias los beneficios aparentes obtenidos... mediante la venta y posterior recompra de activos o sus equivalentes...», pero ni el Código de Comercio ni la Ley de Sociedades Anónimas ni el Plan General de Contabilidad contienen una norma similar. Ahora bien, no por ello una conducta como la descrita debe, en todo caso, prosperar y conseguir su propósito fiscal. En la medida que tal operación pueda entenderse dirigida a vulnerar el principio del precio de adquisición o coste de producción establecido en el artículo 38.1 f) del Código de Comercio y en el artículo 15.1 de la Ley 43/1995, entendemos que la Administración tributaria está facultada para regularizar la situación tributaria del sujeto pasivo, básicamente haciendo valer que el negocio jurídico contemplado envuelve una simulación, debiendo tomarse en consideración la operación efectivamente realizada que no es otra que una simple revalorización contable. A la misma conclusión podría llegarse razonando en base a la ilicitud de la causa y a sus efectos sobre el negocio jurídico, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.275 del Código Civil, si bien la regularización administrativa no podría alcanzar a declarar la ilicitud de la causa, debiendo limitarse a proponer la tributación del hecho imponible «...efectivamente realizado por las partes...» (art. 25 LGT).

La anticipación de ingresos o la demora de gastos en relación con lo que hubiese sido procedente por aplicación estricta del principio de devengo también son prácticas que pueden abrir la puerta a una compensación irregular. También en este caso la Administración tributaria, al efecto de proteger el plazo de compensación de bases imponibles negativas, puede regularizar la situación tributaria del sujeto pasivo, aplicando el artículo 38.1 d) del Código de Comercio en relación con el artículo 10.3 de la Ley 43/1995, y el artículo 19.1 de esta última. Es cierto que el apartado 3 del artículo 19 de la Ley 43/1995 establece que «...tratándose de gastos imputados contablemente en la cuenta de pérdidas y ganancias un período impositivo posterior a aquel en el que proceda su imputación temporal o de ingresos imputados en la mencionada cuenta en un período impositivo anterior, la imputación temporal de unos y otros se efectuará en el período impositivo en el que se haya realizado la imputación contable...», de manera tal que, en cierto modo, el citado precepto admite una desviación del principio del devengo, sin duda pensando en que eso sólo ha de producirse en casos de menor importancia debido a que, como así es correcto pronosticar, el cumplimiento del principio contable del devengo ha de reputarse generalizado, pero también es cierto que dicha desviación sólo se permite «...siempre que de ello no se derive una tributación inferior a la que hubiese correspondido por aplicación de las normas de imputación temporal previstas en los apartados anteriores». Pues bien, parece claro que la anticipación de ingresos o la demora de gastos realizada con la finalidad de forzar el plazo de compensación determina una «tributación inferior», y, consecuentemente, la Administración tributaria podrá imputar los ingresos y los gastos de acuerdo con el principio del devengo.

Las operaciones entre sociedades vinculadas también pueden ser utilizadas para desplazar resultados contables entre las mismas cuya finalidad sea forzar el plazo de compensación de bases imponibles negativas. En la medida en que tales operaciones se hayan realizado por precio diferente al de mercado la Administración tributaria podrá regularizar la situación tributaria, aplicando el valor normal de mercado, puesto que de las referidas operaciones se habrá derivado «...una tributación en España inferior a la que hubiera correspondido por aplicación del valor normal de mercado...» (art. 16.1 Ley 43/1995). Más dudoso es el caso en el que la operación entre partes vinculadas se ha realizado a precio normal de mercado, pero considerando la funcionalidad económica de los elementos patrimoniales transmitidos se advierte que carece de sentido económico y solamente lo tiene como medida para quebrantar el plazo de compensación de bases imponibles negativas. Por el contrario, no parece haber irregularidad alguna en la comunicación de resultados desde la sociedad filial a la sociedad matriz a través de la operación de distribución de beneficios o incluso de dividendos con cargo a reservas, que aumentan la base imponible y no producen incremento de la tributación debido a la deducción por doble imposición de dividendos.

5. El plazo de compensación en los países de nuestro entorno.

5.1. *El plazo de compensación en Francia.*

En la legislación francesa existen dos sistemas de compensación de pérdidas fiscales:

- Compensación con los beneficios de los cinco ejercicios siguientes.
- Compensación con los beneficios de los tres ejercicios anteriores.

La compensación con los beneficios de los cinco ejercicios siguientes es el sistema de compensación que aplica como regla general. Se trata de una compensación puramente fiscal en la que el importe compensable se califica como partida deducible.

Por excepción, la parte de la pérdida fiscal imputable a las amortizaciones puede ser compensada con carácter indefinido.

La compensación retrospectiva se ejerce a opción del sujeto pasivo, en cuya virtud nace un crédito contra el Tesoro Público igual al producto de la pérdida fiscal por el tipo de gravamen normal correspondiente al ejercicio en el que se produjo la pérdida.

El beneficio respecto del que se puede producir la compensación de la pérdida fiscal es la base imponible de los tres ejercicios anteriores minorada en el importe de los beneficios distribuidos. Esta restricción es lógica porque el sistema de integración entre el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el Impuesto sobre Sociedades franceses determina que el impuesto pagado por la sociedad se compense con la imposición sobre el beneficio distribuido en el impuesto personal del socio.

5.2. El plazo de compensación en el Reino Unido.

En la legislación británica existen dos sistemas de compensación de pérdidas fiscales, al igual que en la legislación francesa. Pero la característica más notoria de la legislación británica viene dada por el carácter cédular o copartimental del beneficio gravable, que también se proyecta sobre la compensación de pérdidas fiscales.

Las pérdidas de actividades empresariales se compensan con todas las demás rentas, incluso con las ganancias de capital, pero las pérdidas de capital deben compensarse con las ganancias de capital.

En cuanto a los dos sistemas enunciados, éstos son:

- Compensación, ilimitada en el tiempo, con los beneficios de ejercicios futuros.
- Compensación con los beneficios de los doce meses anteriores al ejercicio en el que se produjo la pérdida.

5.3. El plazo de compensación en Alemania.

También en la legislación alemana existen dos sistemas de compensación de pérdidas fiscales:

- Compensación, ilimitada en el tiempo, con los beneficios de ejercicios futuros.
- Compensación con los beneficios de los dos ejercicios inmediatamente anteriores, hasta el límite de diez millones de marcos. En el ejercicio respecto del que se practica la compensación de pérdidas debe existir un beneficio distribuible, de manera tal que la renta obtenida por la sociedad ha debido ser superior al beneficio resultante después del impuesto que gravan los beneficios. Se trata de una regla cuya justificación reside en el sistema de integración de la imposición directa sobre la renta.

V. RESTRICCIÓN A LA COMPENSACIÓN DE BASES IMPONIBLES NEGATIVAS

La restricción a la compensación de bases imponibles negativas es la mayor novedad que la Ley 43/1995 ha introducido en esta materia. El legislador español en este punto se ha inspirado, probablemente, en las legislaciones de los países de nuestro entorno. En efecto, normas restrictivas de la compensación de pérdidas cuando se produce un cambio significativo en la composición del grupo de los socios o de la actividad de la sociedad están vigentes en Alemania, Bélgica, Dinamarca, Francia, Holanda, Portugal y el Reino Unido, si bien sus características básicas no son siempre coincidentes.

1. Elementos básicos de la restricción a la compensación de bases imponibles negativas.

La restricción a la compensación de bases imponibles negativas consta de dos elementos perfectamente diferenciados:

- Las reglas relativas a la determinación del importe de la base imponible negativa que no podrá ser compensada.
- Las circunstancias determinantes de la restricción a la compensación de bases imponibles negativas.

Las referidas reglas y circunstancias se contienen en el artículo 23.2 de la Ley 43/1995, y, a nuestro entender, responden al objetivo de alcanzar un equilibrio entre eliminar el diferimiento en las operaciones pretendidamente planificadas a tal efecto y evitar situaciones de exceso de imposición.

Cuando se adquiere la propiedad de una entidad que puede compensar bases imponibles negativas, los beneficios obtenidos por los socios a través de la misma no tributarán en la medida en que se produzca la compensación. La tributación se producirá cuando se venda la participación o cuando se distribuyan los resultados. Hay pues un diferimiento de la tributación si consideramos conjuntamente la situación tributaria de la sociedad y de los socios. Si para evitar este diferimiento se elimina la facultad de compensación de bases imponibles negativas es preciso no gravar la plusvalía obtenida en la transmisión de la participación en la medida que responda a los beneficios generados a partir de la adquisición de la misma, ni los dividendos distribuidos con cargo a tales beneficios, pues de lo contrario se produciría un exceso de imposición.

El diferimiento se produce porque los socios que transmiten la participación sufren una pérdida en dicho momento que es reflejo de la padecida por la sociedad, en tanto que los beneficios posteriores no tributan hasta el momento de su distribución o de la transmisión de la participación.

Desde un punto de vista de técnica tributaria no debería, en ningún caso, admitirse el diferimiento anteriormente descrito, porque si es lógico computar la pérdida derivada de la transmisión de la participación en los socios que la padecen, también lo es que los socios que obtienen frutos de su inversión a través de la sociedad participada concretados en los beneficios de la misma deben ser gravados por los mismos a través del impuesto que recae sobre la sociedad sin esperar a su distribución o a la transmisión de la participación.

Pues bien, la Ley 43/1995 ha seguido como regla general, justamente, el camino inverso al que reputamos lógico, en tanto que el camino lógico solamente lo sigue en el supuesto excepcional en el que opera la restricción a la compensación de bases imponibles negativas prevista en el artículo 23.2. De esta manera podemos decir que la norma de restricción a la compensación de bases imponibles negativas del artículo 23.2, en unión a la previsión contenida en el artículo 28.5, responden al sistema más ortodoxo, en tanto que cuando se produce un cambio de propiedad y no opera la referida norma de restricción se produce un diferimiento no justificable en términos de técnica tributaria. Veamos un esquema numérico sencillo que nos ayudará a clarificar la exposición:

Supongamos una sociedad de nueva creación: capital inicial 100; pérdidas en el primer ejercicio: 30; transmisión de la participación por 70; beneficios posteriores a la entrada del nuevo socio: 30; transmisión de la participación por 100. En el cuadro siguiente desarrollamos los dos sistemas teóricamente concebibles para tratar la compensación de pérdidas cuando se produce un cambio en la propiedad de la sociedad.

CONTABILIDAD DE LOS SOCIOS	CONTABILIDAD DE LA SOCIEDAD	TRIBUTACIÓN DE LA SOCIEDAD CON RESTRICCIONES A LA COMPENSACIÓN	TRIBUTACIÓN DE LOS SOCIOS CON RESTRICCIONES A LA COMPENSACIÓN	TRIBUTACIÓN DE LA SOCIEDAD SIN RESTRICCIONES A LA COMPENSACIÓN	TRIBUTACIÓN DE LOS SOCIOS SIN RESTRICCIONES A LA COMPENSACIÓN
100 Cv a Tesorería 100 (por la constitución)	100 Tesorería a Capital 100 (por la constitución)	-	-	-	-
70 Tesorería 30 P y g a Cv 100 (por la transmisión)	30 P y g a Activo 30 (por las pérdidas)	BI = (30) CI = 0	BI = (30) CI = (10,5)	BI = (30) CI = 0	BI = (30) CI = (10,5)
70 Cv a Tesorería 70 (por la adquisición)	-	-	-	-	-
-	30 Activo a P y g 30 (por los beneficios)	BI = 30 CI = 10,5	-	BI = 0	-
100 Tesorería a Cv 70 a P y g 30 (por la transmisión)	-	-	BI = 0	-	BI = 30 CI = 10,5

Puede apreciarse que en ambos sistemas para el tratamiento de la compensación de bases imponibles negativas el socio inicial registra una base imponible negativa de (30) y una tributación negativa de (10,5). Los sistemas divergen en relación con el tratamiento de los beneficios futuros, es decir, los posteriores al cambio de propiedad sobre la sociedad. En el sistema de restricción a la compensación de bases imponibles negativas el beneficio futuro tributa en sede de la sociedad que lo obtiene y en el período impositivo en el que se obtiene. En el sistema sin restricción a la compensación de bases imponibles negativas el beneficio futuro no tributa en la sociedad que la obtiene, debido a la compensación, sino que lo hará en sede del socio cuando el mismo transmita la participación. Obsérvese, en consecuencia, que la tributación de los beneficios que el socio obtiene a través de la sociedad se difiere hasta el momento de la transmisión de la participación, lo que, tal vez, nunca se produzca, de manera que el diferimiento se transforma, de hecho, en exención.

El cuadro precedente nos ilustra acerca del establecido por la Ley 43/1995, respecto de la compensación de bases imponibles negativas cuando se produce un cambio en la compensación de la masa social.

Como regla general el sistema es el de no restricción a la compensación de bases imponibles negativas, y en los casos en los que concurran las circunstancias previstas en las letras a), b) y c) del apartado 2 del artículo 23, el sistema es el de restricción a la compensación de bases imponibles

negativas. De esta manera, el régimen de restricción previsto en el apartado 2 del artículo 23 se configura como algo excepcional pensado para impedir el diferimiento en la tributación del beneficio en relación con las sociedades inactivas, como más adelante veremos.

O desde el punto de vista de la equidad y de la técnica tributaria restringir la compensación de bases imponibles negativas es adecuado y ello porque evita el diferimiento, tal vez indefinido, de la tributación de los beneficios obtenidos por los nuevos accionistas a través de la sociedad. ¿Por qué, entonces, la restricción sólo se aplica de manera limitada?

En primer lugar, perjudica de manera injustificada a los socios minoritarios, es decir, a los que lo eran en el ejercicio en el que se sufrieron las pérdidas y conservan la participación en el ejercicio en el que se produce el beneficio. En efecto, respecto de estos socios el referido sistema determina una tributación en exceso, ya que los mismos no obtienen beneficio alguno a través de la sociedad y, sin embargo, la sociedad debe tributar a causa de la restricción a la compensación de bases imponibles negativas. En segundo lugar, una sociedad activa, que desarrolla explotaciones económicas, aglutina no sólo los intereses de los socios para la obtención de un lucro repartible, sino también el de todas las personas involucradas en las actividades económicas desarrolladas por la misma, señaladamente empleados, de manera tal que gravar a la sociedad cuando ella, en sí misma, no ha registrado un incremento del haber social por encima de la cifra de capital reviste un cierto perjuicio a dichos intereses. En tercer lugar, el sistema de restricción implica, en cierta forma, una especie de transparencia fiscal inversa, en la medida en que la tributación de la sociedad viene definida por las características de la masa social, lo que implica una evidente complejidad. En cuarto lugar, no debemos olvidar que la redacción original del artículo 28 de la Ley 43/1995, no contenía una norma de eliminación de la doble imposición en la transmisión de la participación, pues el apartado 5 del artículo 28 fue introducido por la Ley 10/1995, de manera tal que el elemento de cierre del sistema de restricción a la compensación de bases imponibles negativas no existía, por lo que, en caso de restricción, la posterior transmisión de la participación determinaba un exceso de imposición.

Las cuatro razones precedentes, y la más general de desechar normas que pudieran entenderse nocivas para la competitividad de las sociedades, probablemente explican la tímida reacción de la Ley 43/1995 frente a la situación de total permisividad que amparaba la Ley 61/1978, y anteriormente el TRLIS de 1967, en lo concerniente a la compensación de bases imponibles negativas.

2. Determinación del importe de la base imponible negativa que no podrá compensarse.

El apartado 2 del artículo 23 de la Ley 43/1995 establece que «La base imponible negativa susceptible de compensación se reducirá en el importe de la diferencia positiva entre el valor de las aportaciones de los socios realizadas por cualquier título, correspondientes a la participación adquirida y su valor de adquisición...».

Del texto legal se deduce, en primer lugar, que el importe de la restricción a la compensación de la base imponible negativa se calcula en función de una magnitud que es ajena, en sí misma, a la propia base imponible negativa. Por lo tanto no siempre que se produzca un cambio en la propiedad de la sociedad deberá aplicarse el sistema de restricción de compensación de bases imponibles. Dependerá de la relación en la que se encuentre el precio de adquisición de la participación respecto de las aportaciones imputables a la misma. Así, cuando el precio de adquisición de la participación sea igual o superior a las aportaciones imputables a la misma no habrá restricción a la compensación de bases imponibles negativas.

Para calcular el importe de la base imponible negativa que no puede compensarse debe aplicarse la siguiente ecuación:

$$\begin{array}{r} \text{Aportaciones imputables a la participación adquirida} \\ - \text{ Precio de adquisición de la participación} \\ \hline \text{Importe que no podrá ser compensado} \end{array}$$

En consecuencia el importe de la base imponible negativa susceptible de compensación, una vez aplicada la restricción, será el siguiente:

$$\begin{array}{r} \text{Base imponible negativa susceptible de compensación antes de la restricción} \\ - \text{ Importe que no podrá ser compensado} \\ \hline \text{Base imponible negativa susceptible de compensación después de la restricción} \end{array}$$

2.1. El concepto de aportaciones.

El artículo 23.2 no define lo que debe entenderse por aportaciones de los socios, pero ello es natural porque se trata de un concepto jurídico-mercantil, de manera tal que bastará, en base al mismo, identificar los importes que bajo tal concepto ha recibido la sociedad.

El artículo 8 c) del TRLSA indica que en la escritura de constitución debe constar «El metálico, los bienes o derechos que cada socio aporte o se obligue a aportar, indicando el título en que lo haga y el número de acciones atribuidas en pago». La aportación inicial se reflejó, pues, en un documento público inscribible y recogido en las cuentas anuales de la sociedad. Lo mismo cabe decir res-

pecto de las aportaciones consecuentes a un acuerdo de aumento del capital, a tenor de lo previsto en el artículo 151 y siguientes del TRLSA. Obsérvese, sin embargo, que la cifra de capital social no puede identificarse con las aportaciones efectuadas por los socios ya que en la misma pueden cobijarse «...reservas o beneficios que ya figuraban en (el) patrimonio» (art. 151.2 TRLSA) o haber sido reducida para «...la constitución o el incremento de la reserva legal o de reservas voluntarias o el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio de la sociedad disminuido por consecuencia de pérdidas» (art. 163 TRLSA). Parece lógico entender, no obstante, que la devolución de aportaciones a los socios minorará el importe de las aportaciones.

También responde al concepto de aportaciones las efectuadas en concepto de prima de emisión de acciones del artículo 159.1 c) del TRLSA, pues, en efecto, se trata de acuerdo con el Plan General de Contabilidad, de «Aportación realizada por los accionistas en el caso de emisión y colocación de acciones a precio superior a su valor nominal». El importe de estas aportaciones se integra en la cuenta de prima de emisión de acciones y consta en la escritura que documenta el acuerdo de aumento del capital social la cual es inscribible en el Registro Mercantil.

Finalmente, entendemos que también responden al concepto de aportaciones las efectuadas por los socios para reintegrar el patrimonio disminuido a consecuencia de pérdidas. A esta especial aportación no se refiere expresamente la legislación mercantil, pero la doctrina viene entendiendo que se trata de un negocio jurídico válido. El Plan General de Contabilidad habilita, a tal efecto, la cuenta 122 «Aportaciones de los socios para compensar pérdidas», y describe su contenido como «cantidades entregadas por los socios en el objeto de compensar pérdidas de la sociedad, incluyendo, entre otras, las subvenciones entregadas por los socios por este concepto». Aunque, a nuestro entender, la alusión a las subvenciones es errónea pues tal categoría debe reservarse a las que conceden las Administraciones públicas, lo que sí parece claro es que los saneamientos a cargo de los socios son verdaderas aportaciones.

Las aportaciones son prestaciones propias del contrato de sociedad de manera tal que cualesquiera entregas de dinero u elementos patrimoniales a entidades que no se realicen en el marco del referido contrato no pueden calificarse de aportaciones.

No creemos, por tanto, que puedan entenderse o calificarse de aportaciones un conjunto de financiaciones que, a efectos de la legislación sobre entidades crediticias, forman parte de los recursos propios, como son las financiaciones subordinadas [art. 20.1 g) RD 1343/1992] y las financiaciones de duración indeterminada [art. 20.1 h) RD 1343/1992]. Estas financiaciones no confieren la cualidad de socio, y por ello no pueden ser entendidas como aportaciones. Lo mismo cabe decir de las financiaciones captadas mediante las emisiones de obligaciones convertibles en acciones (art. 292 TRLSA) y de los créditos participativos (art. 20 RD-Ley 7/1996), por más que las obligaciones convertibles puedan transformarse en acciones y los créditos participativos tengan la consideración de patrimonio contable, ya que dichas financiaciones tampoco confieren la cualidad de socio.

Por el contrario, el desembolso de las acciones rescatables (art. 92 bis TRLSA introducido por la Ley 37/1998, de 16 de noviembre) sí tiene la consideración de aportación, porque los titulares de las mismas adquieren la cualidad de socio si bien la extinción de dicha cualidad puede atribuirse exclusivamente a la sociedad emisora.

Al lado del análisis estrictamente jurídico del concepto aportación, que es el realizado en las líneas precedentes, en cuya virtud se llega a la conclusión de que la aportación es una prestación del socio en favor de la sociedad realizada como consecuencia del contrato de sociedad, podemos realizar otro vinculado al principio del precio de adquisición del artículo 38.1 f) del Código de Comercio, proyectado respecto del valor de la participación.

Este análisis identifica como aportación toda entrega de dinero o elementos patrimoniales a la sociedad que deba integrarse en el valor de adquisición de la participación.

Es claro, sin embargo, que una y otra forma de analizar el concepto de aportación convergen, de manera tal que las prestaciones realizadas por el socio en favor de la sociedad que deben integrarse en el valor de adquisición de la participación son aquellas que se realizan en cumplimiento del contrato de sociedad, sea al capital, a la prima de emisión o a cuentas destinadas al saneamiento de pérdidas.

2.2. La valoración de las aportaciones.

Tratándose de aportaciones en dinero el valor contable y el valor fiscal coinciden, pero en el caso de aportaciones no dinerarias el valor fiscal puede ser diferente, por prevalecer el valor normal de mercado de acuerdo con lo previsto en el artículo 15.2 b) de la Ley 43/1995. En tal caso cabe plantear el valor que debe tomarse a los efectos de lo previsto en el artículo 23.2 de la Ley 43/1995. A nuestro entender debe prevalecer el valor fiscal porque bajo tal valoración la aportación no dineraria tiene el mismo efecto, con independencia del valor escriturado. Veamos un *ejemplo*:

CONTABILIDAD DE LOS SOCIOS: APORTACIÓN POR EL VALOR HISTÓRICO	CONTABILIDAD DE LOS SOCIOS: APORTACIÓN POR EL VALOR DE MERCADO	CONTABILIDAD DE LA SOCIEDAD: APORTACIÓN POR EL VALOR HISTÓRICO	CONTABILIDAD DE LA SOCIEDAD: APORTACIÓN POR EL VALOR DE MERCADO	CORRECCIONES FISCALES EN EL SOCIO: APORTACIÓN POR EL VALOR HISTÓRICO	CORRECCIONES FISCALES EN EL SOCIO: APORTACIÓN POR EL VALOR DE MERCADO	CORRECCIONES FISCALES EN LA SOCIEDAD: APORTACIÓN POR EL VALOR HISTÓRICO	CORRECCIONES FISCALES EN LA SOCIEDAD: APORTACIÓN POR EL VALOR DE MERCADO
100 Cv a Elem. 100 (aportación)	140 Cv a Elem. 100 a Py g 40 (aportación)	100 Elem. a Cap. 100 (aportación)	140 Elem. a Cap. 140 (aportación)	+40	-	Ajuste pendiente de (-40)	-
-	-	50 Py g a Pasivo 50 (ejercicio con pérdidas)	50 Py g a Pasivo 50 (ejercicio con pérdidas)	-	-	-	-
-	-	140 Tes. a Elem. 100 a Py g 40 (venta del elemento)	140 Tes. a Elem. 140 (venta del elemento)	-	-	(-40)	-
90 Tes. 10 Py g a Cv 100 (venta cartera)	90 Tes. 50 Py g a Cv 140	-	-	(-40)	-	-	-
90 Cv a Tes. 90 (compra cartera)	90 Cv a Tes. 90 (compra cartera)	-	-	-	-	-	-
-	-	50 Act. a Py g 50 (ejercicio con beneficios)	50 Act. a Py g 50 (ejercicio con beneficios)	-	-	50 (100 + 40 - 90) (restricción a la compensación)	50 : (140 - 90) (restricción a la compensación)
140 Tes. a Cv 90 a Py g 50	140 Tes. a Cv 90 a Py g 50	-	-	-	-	(50) (deducción por doble imposición)	(50) (deducción por doble imposición)

El cuadro precedente muestra que la tributación en caso de aportación por el valor histórico o por el valor normal de mercado es idéntica si la restricción a la compensación de bases imponibles negativas se calcula en el segundo caso tomando en consideración el valor de mercado de la aportación. En efecto, la tributación global es la siguiente:

SUJETO PASIVO VALORACIÓN DE LA APORTACIÓN	SOCIO PRIMARIO	SOCIEDAD	SOCIO SECUNDARIO	TOTAL
Valor de mercado	$RC = BI = 40$ (aport.) $RC = BI = (50)$ (transmisión)	$RC = BI = (50)$ (1.º ejercicio) $RC = BI = (0)$ (transmisión) $RC = BI = 50$ (2.º ejercicio)	$RC = 50$ $DD = (50)$	
TOTAL	(10)	50	-	40
Valor histórico	$RC = 0$ $Ajuste = 40$ $BI = 40$ (aport.) $RC = (10)$ $Ajuste = (40)$ $BI = (50)$ (transmisión)	$RC = BI = (50)$ (1.º ejercicio) $RC = 40$ $Ajuste = (40)$ $BI = 0$ $RC = BI = 50$	$RC = 50$ $DD = (50)$	
TOTAL	(10)	50	-	40

2.3. Aportaciones computables.

El apartado 2 del artículo 23 se refiere a «...las aportaciones de los socios, realizadas por cualquier título, correspondientes a la participación adquirida y su valor de adquisición...».

El texto legal no es afortunado porque establece la proporción de las aportaciones computables de manera tal que induce a una conclusión equivocada, a saber, que las aportaciones a tomar para calcular el importe de la restricción son las efectuadas por los socios adquirentes de la participación. Un leve análisis de la finalidad de la norma despeja el equívoco, pues es evidente que carecería de aplicabilidad bajo tal interpretación. Las «...aportaciones de los socios...» son las realizadas a lo largo de la vida de la sociedad por todos los socios justamente hasta el momento en que se

produce la modificación en la composición del grupo de socios, incluidas las realizadas por los que en tal momento ya no lo eran. No obstante, cuando la participación se adquiere a través de una ampliación de capital entendemos que la aportación consecuente a la misma también debe tomarse como tal a estos efectos, en la medida en que también constituye precio de adquisición de la participación.

Las aportaciones deben computarse aun cuando no hubiesen sido desembolsadas.

2.4. Precio de adquisición de la participación.

El apartado 2 del artículo 23 de la Ley 43/1995, se refiere a «...la participación adquirida y su valor de adquisición...».

Debemos observar, en primer lugar, que la norma no se refiere al valor de adquisición de unos determinados valores o participaciones, sino al valor de adquisición de la participación.

De ordinario el valor de adquisición de la participación será el valor de adquisición de los valores o participaciones representativas de la misma, pero no podemos desdeñar, de entrada, casos en los que tales valores o participaciones no existan, lo cual acontecerá en el supuesto de fusión por absorción o escisión total de la entidad que posee la facultad de compensar bases imponibles negativas. Examinaremos, en primer lugar, el supuesto más común de adquisición a título de compraventa y posteriormente comentaremos los de carácter particular.

Tratándose de adquisición de la participación mediante compraventa el valor de adquisición está constituido por el importe satisfecho o que deba satisfacerse por la adquisición, incluidos los gastos inherentes a la operación y, en su caso, minorado en el importe de los dividendos devengados, es decir, acordados y no pagados, de acuerdo con lo previsto en la norma 8.^a de las de valoración del Plan General de Contabilidad.

Tratándose de adquisición de la participación mediante suscripción de una ampliación de capital el valor de adquisición está constituido por el importe de la aportación más, en su caso, el de los derechos de suscripción preferente adquiridos. En este supuesto el socio que ya lo era al cierre del período impositivo en el que se produjeron las pérdidas no sufre una pérdida con ocasión de la ampliación, si se trata de una persona física porque en la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, la pérdida patrimonial sólo se determina a través de la transmisión de la participación. Pero esto, opinamos, no es óbice para que se aplique la restricción a la compensación de bases imponibles negativas prevista en el artículo 23.2 de la Ley 43/1995, por las siguientes razones:

- Porque el requisito o condición de que los socios que lo eran en el momento de la determinación de la base imponible negativa sufran una pérdida con motivo de la transmisión de la participación no está recogido en la referida norma. Los referidos socios sufren una pérdida latente.

- Porque el objetivo básico de la norma es evitar un diferimiento en la tributación de las rentas obtenidas por el nuevo socio a través de la sociedad, de forma tal que la consecución del mismo justifica que la restricción opere.
- Porque la pérdida latente en los socios que lo eran en el momento de la determinación de la base imponible negativa, se pondrá de manifiesto posteriormente, con ocasión de la transmisión de la participación, de manera tal que no existirá un exceso de imposición.

Veamos un *ejemplo*:

CONTABILIDAD DE LOS SOCIOS			CONTABILIDAD DE LA SOCIEDAD		
100	<i>Cv</i>		100	<i>Tesorería</i>	
	<i>a Tesorería</i>	100		<i>a Capital</i>	100
	(por la constitución)			(por la constitución)	
	_____ x _____			_____ x _____	
90	<i>P y g</i>		90	<i>P y g</i>	
	<i>a Provisión</i>	90		<i>a Pasivo</i>	90
	(provisión en caso de ser sociedad)			(por las pérdidas)	
	_____ x _____			_____ x _____	
-		-	90	<i>Capital</i>	
				<i>a P y g</i>	90
				(reducción de capital)	
	_____ x _____			_____ x _____	
90	<i>Cv</i>		90	<i>Tesorería</i>	
	<i>a Tesorería</i>	90		<i>a Capital</i>	90
	(entrada de un nuevo socio)			(ampliación de capital)	
	_____ x _____			_____ x _____	
19	<i>Tesorería</i>		90	<i>Activo</i>	
90	<i>Provisión</i>			<i>a P y g</i>	90
	<i>a Cv</i>	100			
	<i>a P y g</i>	9		(por la obtención de beneficios)	
	(transmisión de la participación del socio antiguo)			_____ x _____	
	_____ x _____				
171	<i>Tesorería</i>				
	<i>a Cv</i>	90			
	<i>a P y g</i>	81			
	(transmisión de la participación del socio nuevo)				
	_____ x _____				

.../...

En este caso calcularíamos el importe de la restricción a la compensación de bases imponibles negativas de la siguiente manera:

Aportaciones recibidas de los socios	190
Aportaciones correspondientes a la participación adquirida (190/90%) .	171
Precio adquisición de la participación	90
Importe de la restricción	81
Base imponible negativa compensable (90 – 81)	9

La restricción a la compensación de bases imponibles negativas determina la siguiente tributación global:

Socio inicial	(81)
• Pérdida patrimonial (– 90 + 9)	(81)
Socio secundario	0
• Ganancia patrimonial	81
• Deducción por doble imposición	(81)
Sociedad	81
• Ejercicio con pérdidas	(90)
• Ejercicio con beneficios [90 – (90 – 81)]	81
TOTAL	0

El ejemplo precedente demuestra que la restricción a la compensación de bases imponibles negativas calculada en la forma expuesta evita el diferimiento y no produce excesos de imposición.

Obsérvese que el importe de la restricción a la compensación de bases imponibles negativas se calcula tomando las aportaciones existentes antes de la ampliación de capital y las que son consecuencia del mismo, y que como precio de adquisición tomamos el importe de la aportación con la que se desembolsa la ampliación de capital.

Tratándose de adquisición de la participación mediante una operación de adquisición de acciones propias, debemos distinguir dos supuestos según que se produzca la amortización de las mismas o bien se transmitan. Dado que para que opere la restricción prevista en el artículo 23.2 de la Ley 43/1995, se requiere una toma de participación mayoritaria, y que el artículo 75 del TRLSA limita la adquisición derivativa de las acciones propias al 10 por 100 del capital social, rara vez se presentará este supuesto, si bien no es descartable habida cuenta los supuestos de libre adquisición del artículo 77 del TRLSA.

Cuando las acciones propias se adquieran para ejecutar un acuerdo de reducción del capital social y la compra no afecta a todos los socios por igual puede producirse una toma de participación mayoritaria por parte de los socios que ya lo eran en el momento de realizarse la operación y que no transmitan a la sociedad sus acciones. Estos socios adquieren, ciertamente, una participación en la sociedad que aumenta la que ya tenían anteriormente. Esta toma de participación puede determinar la presencia de la hipótesis legal del artículo 23.2 de la Ley 43/1995.

Para determinar el importe de la restricción a la compensación de bases imponibles negativas en el supuesto de adquisición de acciones propias para su amortización, tomaremos como aportaciones las existentes después de la amortización y como precio de adquisición de la participación el importe desembolsado por los socios que permanecen en la sociedad después de la operación, ya que debe tenerse en cuenta que la amortización de las acciones implica una reducción del capital con devolución de aportaciones y que los referidos socios adquieren la participación sin realizar otro desembolso que el correspondiente a la participación que ostentaban con anterioridad a la operación.

Veamos un *ejemplo*.

3		Ejemplo:	
CONTABILIDAD DE LOS SOCIOS		CONTABILIDAD DE LA SOCIEDAD	
90	Cv1	100	Tesorería
	a Tesorería	100	a Capital
	(aportación socio 1)		(constitución)
	_____ x _____		_____ x _____
10	Cv2	-	
	a Tesorería		
	(aportación socio 2)		
	_____ x _____		_____ x _____
-		60	P y g
			a Pasivos
			(ejercicio con pérdidas)
	_____ x _____		_____ x _____
6	P y g	60	Capital
	a Provisión		a P y g
	(depreciación Cv2)		(reducción por pérdidas)
	_____ x _____		_____ x _____
36	Tesorería	36	Acciones propias
54	P y g		a Tesorería
	a Cv1	90	
	(venta de acciones propias)		(adquisición de acciones propias)
	_____ x _____		_____ x _____

.../...	-				
	-			36	Capital
					a Acciones
					propias 36
					(amortización de acciones propias)
	-----	x	-----	-----	x -----
	-			60	Activo
					a P y g 60
					(ejercicios con beneficios)
	-----	x	-----	-----	x -----
64					Tesorería
6					Provisión
					a Cv2 10
					a P y g 60
					(transmisión de las acciones)
	-----	x	-----		

En este caso calcularíamos el importe de la restricción a la compensación de bases imponibles negativas de la siguiente manera:

Aportaciones recibidas de los socios (100 – 36)	64
Aportaciones correspondientes a la participación adquirida	64
Precio adquisición de la participación	10
Importe de la restricción	54
Base imponible negativa compensable (60 – 54)	6

La restricción a la compensación de bases imponibles negativas determina la siguiente tributación global:

Socio inicial 1	(54)
• Pérdida patrimonial (36 – 90)	(54)
Socio inicial 2	0
• Depreciación	(6)
• Ganancia patrimonial	60
• Dedución por doble imposición	(54)
Sociedad	54
• Ejercicio con pérdidas	(60)
• Ejercicio con beneficios (60 – 6)	54
TOTAL	0

El ejemplo precedente demuestra que la restricción a la compensación de bases imponibles negativas calculada en la forma expuesta evita el diferimiento y no produce excesos de imposición.

Cuando se adquieran acciones propias y posteriormente se vuelvan a transmitir entendemos que no existen particularidades en relación con el caso general, de manera tal que aplicaremos, sin matización alguna, el criterio para la determinación del importe de la restricción, computando como precio de adquisición el importe a cargo de los nuevos socios y como aportaciones las recibidas por la sociedad hasta el momento en que se realiza la operación.

El apartado 2 del artículo 23 de la Ley 43/1995 se refiere como ya sabemos, a «...la participación adquirida...», pero no especifica el objeto participado, sea éste el capital social o el patrimonio social o cualquier otra magnitud. La expresión legal es indefinida, probablemente deliberadamente indefinida, lo que permite una interpretación amplia de la misma, dentro claro está de la finalidad que subyace en el precepto. En este sentido hemos podido entender que la restricción a la compensación de bases imponibles negativas se aplica en los supuestos de suscripción de acciones y participaciones y de adquisición de acciones propias. Ahora abordamos un supuesto más complejo, a saber, el de fusión por absorción. La cuestión reside en determinar si en este supuesto cabe la aplicación de la referida restricción y, en caso de que así sea, la forma en cómo debe aplicarse.

Cuando es la sociedad absorbida la que tiene la facultad de compensar bases imponibles negativas, los socios de la sociedad absorbente, una vez consumada la absorción, participan en el patrimonio transmitido a título universal por la sociedad absorbida a través de la participación sobre la entidad absorbente que deviene titular de dicho patrimonio. Hay una variación en el grupo de socios que participan en el patrimonio social de la sociedad con pérdidas y ello es porque los socios de la sociedad absorbente han adquirido una participación. Desde esta perspectiva podemos concluir que la fusión por absorción determina la existencia de una «...participación adquirida...», en los términos del artículo 23.2 de la Ley 43/1995. Ahora bien, ¿cuál es el valor de adquisición de dicha participación?

Los socios de la sociedad absorbente minoran su porcentaje de participación sobre dicha sociedad, como consecuencia de la ampliación de capital que debe hacerse para compensar a los socios de la sociedad absorbida, de acuerdo con la ecuación de canje pactada. Pues bien, el valor real del porcentaje de participación perdido por los socios de la sociedad absorbente es el valor de adquisición de la participación adquirida.

En cuanto a las «...aportaciones de los socios...», serán aquellas que ha recibido la sociedad absorbida hasta el momento de la operación de fusión.

Proponemos el siguiente *ejemplo*:

4

Ejemplo:

CONTABILIDAD DE LOS SOCIOS DE LA SOCIEDAD ABSORBENTE

100 Cv
 a Tesorería 100
 (aportación)
 _____ x _____
 -
 _____ x _____

CONTABILIDAD DE LA SOCIEDAD ABSORBENTE

100 Tesorería
 a Capital 100
 (constitución)
 _____ x _____
 100 Activo
 a P y g 100
 (ejercicio con beneficios)
 _____ x _____

CONTABILIDAD DE LOS SOCIOS DE LA SOCIEDAD ABSORBIDA

100 Cv'
 a Tesorería 100
 (aportación)
 _____ x _____
 -
 _____ x _____
 10 Cv
 90 P y g
 a Cv' 100
 (canje en la fusión)
 _____ x _____

CONTABILIDAD DE LA SOCIEDAD ABSORBIDA

100 Tesorería
 a Capital 100
 (constitución)
 _____ x _____
 90 P y g
 a Pasivo 90
 (ejercicio con pérdidas)
 _____ x _____
 100 Capital
 90 Pasivo
 a Activo 100
 a P y g 90
 (cierre de libros por fusión)
 _____ x _____

CONTABILIDAD DE LOS SOCIOS DE LA SOCIEDAD ABSORBENTE

-
 -
 _____ x _____

CONTABILIDAD DE LA SOCIEDAD ABSORBENTE

100 Activo
 a Capital 5
 a Prima 5
 a Pasivo 90
 (absorción)
 _____ x _____

.../...

.../...

285,71	<i>Tesorería</i>		90	<i>Activo</i>	
	(300/95,23%)				<i>a P y g</i>
	(95,23 = 100/105)				90
	<i>a Cv</i>	100			
	<i>a P y g</i>	185,71			
	(transmisión participación socio inicial)			(ejercicio con beneficio)	
	_____ x _____			_____ x _____	
14,29	<i>Tesorería</i>				
	<i>a Cv</i>	10			
	<i>a P y g</i>	4,29			
	(transmisión participación socio por fusión)				
	_____ x _____				

Cálculo del importe de la restricción a la compensación de bases imponibles negativas:

Aportaciones recibidas de los socios	100
Aportaciones correspondientes a la participación adquirida	95,23
(100/95,23%)	
Precio adquisición de la participación (210/4,76%) ¹	10
Importe de la restricción	85,23
Base imponible negativa compensable (90 – 85,23)	4,77

La restricción a la compensación de bases imponibles negativas determina la siguiente tributación global:

Sociedad absorbente	185,23
• Ejercicio con beneficio (1.º)	100
• Ejercicio con beneficio (2.º)	85,23
Sociedad absorbida	–
Socios	(85,23)
• Pérdida en absorción	(90)
• Ganancia patrimonial	4,29
• Ganancia patrimonial	185,71
• Deducción doble imposición (100 + 90 – 4,77)	(185,23)
TOTAL TRIBUTACIÓN	100

¹ 210 = valor teórico de la sociedad absorbente.

4,76% = porcentaje de participación cedido a los socios de la sociedad absorbida.

Puede apreciarse que el importe de la restricción a la compensación de bases imponibles negativas calculada en la forma expuesta es correcta, pues determina un resultado contable, antecedente de la base imponible, igual al resultado conjunto obtenido por ambas sociedades, absorbente y absorbida, y sus socios.

Cuando es la sociedad absorbente la que tiene la facultad de compensar bases imponibles negativas, también puede darse el supuesto de un cambio en la composición del grupo de socios, ya que tras la absorción pasarán a ser socios de la sociedad absorbente los que lo eran de la absorbida, de manera tal que dichos socios han adquirido una participación en la sociedad absorbente. Por tanto, se produce la hipótesis del artículo 23.2 de la Ley 43/1995, a saber, la adquisición de la participación en una sociedad que tiene bases imponibles negativas pendientes de compensación.

¿Cuál es el valor de adquisición de la «...participación adquirida...»? A nuestro entender, el valor real del patrimonio de la sociedad absorbida en la proporción que se cede a los socios de dicha sociedad a través del negocio jurídico de fusión, para adquirir la participación sobre el patrimonio de la sociedad absorbente que es la que tiene la facultad de compensación de bases imponibles negativas.

Proponemos el siguiente *ejemplo*:

5

Ejemplo:

CONTABILIDAD DE LOS SOCIOS DE LA SOCIEDAD ABSORBENTE	CONTABILIDAD DE LA SOCIEDAD ABSORBENTE																																																																																																																								
<table style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 10%; text-align: right;">100</td> <td style="width: 10%;"><i>Cv</i></td> <td style="width: 10%;"></td> <td style="width: 10%;"></td> <td style="width: 10%;"></td> <td style="width: 10%;"></td> <td style="width: 10%;"></td> <td style="width: 10%;"></td> </tr> <tr> <td></td> <td></td> <td style="text-align: center;"><i>a Tesorería</i></td> <td style="text-align: right;">100</td> <td></td> <td></td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td></td> <td>(aportación)</td> <td></td> <td></td> <td style="text-align: center;">x</td> <td style="text-align: center;">_____</td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;">-</td> <td></td> <td></td> <td></td> <td></td> <td></td> <td style="text-align: center;">-</td> <td></td> </tr> <tr> <td></td> <td></td> <td></td> <td></td> <td style="text-align: center;">x</td> <td style="text-align: center;">_____</td> <td></td> <td></td> </tr> </table>	100	<i>Cv</i>									<i>a Tesorería</i>	100						(aportación)			x	_____			-						-						x	_____			<table style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 10%; text-align: right;">100</td> <td style="width: 10%;"><i>Tesorería</i></td> <td style="width: 10%;"></td> <td style="width: 10%;"></td> <td style="width: 10%;"></td> <td style="width: 10%;"></td> <td style="width: 10%;"></td> <td style="width: 10%;"></td> </tr> <tr> <td></td> <td></td> <td style="text-align: center;"><i>a Capital</i></td> <td style="text-align: right;">100</td> <td></td> <td></td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td></td> <td>(constitución)</td> <td></td> <td></td> <td style="text-align: center;">x</td> <td style="text-align: center;">_____</td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td style="text-align: right;">90</td> <td><i>P y g</i></td> <td></td> <td></td> <td></td> <td></td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td></td> <td></td> <td style="text-align: center;"><i>a Pasivo</i></td> <td style="text-align: right;">90</td> <td></td> <td></td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td></td> <td>(ejercicio con pérdidas)</td> <td></td> <td></td> <td style="text-align: center;">x</td> <td style="text-align: center;">_____</td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td style="text-align: right;">90</td> <td><i>Capital</i></td> <td></td> <td></td> <td></td> <td></td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td></td> <td></td> <td style="text-align: center;"><i>a P y g</i></td> <td style="text-align: right;">90</td> <td></td> <td></td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td></td> <td>(reducción de capital)</td> <td></td> <td></td> <td style="text-align: center;">x</td> <td style="text-align: center;">_____</td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td></td> <td></td> <td></td> <td></td> <td></td> <td></td> <td style="text-align: right;">.../...</td> <td></td> </tr> </table>	100	<i>Tesorería</i>									<i>a Capital</i>	100						(constitución)			x	_____			90	<i>P y g</i>									<i>a Pasivo</i>	90						(ejercicio con pérdidas)			x	_____			90	<i>Capital</i>									<i>a P y g</i>	90						(reducción de capital)			x	_____									.../...	
100	<i>Cv</i>																																																																																																																								
		<i>a Tesorería</i>	100																																																																																																																						
	(aportación)			x	_____																																																																																																																				
-						-																																																																																																																			
				x	_____																																																																																																																				
100	<i>Tesorería</i>																																																																																																																								
		<i>a Capital</i>	100																																																																																																																						
	(constitución)			x	_____																																																																																																																				
90	<i>P y g</i>																																																																																																																								
		<i>a Pasivo</i>	90																																																																																																																						
	(ejercicio con pérdidas)			x	_____																																																																																																																				
90	<i>Capital</i>																																																																																																																								
		<i>a P y g</i>	90																																																																																																																						
	(reducción de capital)			x	_____																																																																																																																				
						.../...																																																																																																																			

.../...

CONTABILIDAD DE LOS SOCIOS DE LA SOCIEDAD ABSORBIDA		CONTABILIDAD DE LA SOCIEDAD ABSORBIDA	
<p>100 Cv'</p> <p style="padding-left: 40px;">a Tesorería 100</p> <p>(aportación)</p> <p>_____ x _____</p> <p style="padding-left: 40px;">-</p> <p>_____ x _____</p>	<p>100 Tesorería</p> <p style="padding-left: 40px;">a Capital 100</p> <p>(constitución)</p> <p>_____ x _____</p>	<p>100 Activo</p> <p style="padding-left: 40px;">a P y g 100</p> <p>(ejercicio con beneficios)</p> <p>_____ x _____</p>	<p>100 Capital</p> <p>100 P y g</p> <p style="padding-left: 40px;">a Activo 200</p> <p>(cierre de libros por fusión)</p> <p>_____ x _____</p>
<p>200 Cv</p> <p style="padding-left: 40px;">a Cv' 100</p> <p style="padding-left: 40px;">a P y g 100</p> <p>(canje en la fusión)</p> <p>_____ x _____</p>	<p>200 Activo</p> <p style="padding-left: 40px;">a Capital 200</p> <p>(absorción)</p> <p>_____ x _____</p>	<p>90 Activo</p> <p style="padding-left: 40px;">a P y g 90</p> <p>(ejercicio con beneficio)</p> <p>_____ x _____</p>	<p>14,28 Tesorería</p> <p style="padding-left: 40px;">(300/4,76%)</p> <p>85,72 P y g</p> <p style="padding-left: 40px;">(10/210 = 4,76%)</p> <p style="padding-left: 40px;">a Cv 100</p> <p>(transmisión participación so- cio inicial)</p> <p>_____ x _____</p>
<p>285,72 Tesorería</p> <p style="padding-left: 40px;">a Cv 200</p> <p style="padding-left: 40px;">a P y g 85,72</p> <p>(transmisión participación so- cio secundario)</p> <p>_____ x _____</p>			

Cálculo del importe de la restricción a la compensación de bases imponibles negativas:

Aportaciones recibidas de los socios	100
Aportaciones correspondientes a la participación adquirida (100/95,23%) .	95,23
	.../...

.../...	
Precio adquisición de la participación (210/4,76%)	10
Importe de la restricción	85,23
Base imponible negativa compensable	4,77
La restricción a la compensación de bases imponibles negativas determina la siguiente tributación global:	
Sociedad absorbente	85,23
• Ejercicio con pérdidas (1.º)	(90)
• Ejercicio con beneficio (2.º) (90 – 4,77)	85,23
Sociedad absorbida	100
• Ejercicio con beneficios (1.º)	100
Socios	(85,23)
• Ganancia patrimonial absorción	100
• Deducción doble imposición	(100)
• Pérdida patrimonial en transmisión	(85,72)
• Ganancia patrimonial en transmisión	85,72
• Deducción doble imposición (90 – 4,77)	(85,23)
TOTAL TRIBUTACIÓN	100

Puede apreciarse, igualmente, que el importe de la restricción a la compensación de bases imponibles negativas calculada en la forma expuesta es correcta, pues determina un resultado contable, antecedente de la base imponible, igual al resultado conjunto obtenido por ambas sociedades, absorbente y absorbida, y sus socios.

La aplicación de la restricción a la compensación de bases imponibles negativas del artículo 23.2 de la Ley 43/1995 en los casos de fusión está plenamente justificada y responde a los principios que inspiran dicha restricción. En efecto, la posibilidad de compensación de la base imponible negativa generada por una sociedad con los beneficios de esa misma sociedad (si la absorbente tiene las pérdidas) o de otra sociedad (la absorbida tiene las pérdidas), con cargo a los beneficios generados por el patrimonio recibido o aportado, respectivamente, mediando un cambio significativo en la composición del grupo social, constituye el supuesto de hecho contemplado en el artículo 23.2 de la Ley 43/1995.

No obstante lo expuesto, teniendo en cuenta que el artículo 104.3 de la Ley 43/1995 regula una restricción específica en los supuestos de operaciones de fusión acogidas al Capítulo VIII del Título VIII, cabe plantear la no aplicación del artículo 23.2 tratándose de las referidas fusiones. A nuestro entender, el mencionado artículo sí es aplicable, por las siguientes razones:

- Con carácter general, las normas contenidas en el Título VIII, regulador de los regímenes tributarios especiales, no impiden la aplicación de las normas generales, excepto si el supuesto de hecho al que unas y otras se refieren es el mismo. En este sentido, el mandato de no integración de las rentas derivadas de la transmisión de patrimonio del artículo 98.1 de la Ley 43/1995, prevalece sobre el mandato del artículo 15.2 d) de la misma ley que ordena integrar dichas rentas.
- Los supuestos de hecho contemplados en los artículos 23.2 y 104.3 de la Ley 43/1995, son diferentes. En efecto, el artículo 23.2 contempla la toma de participación sobre sociedades con bases imponibles negativas pendientes de compensación, pudiendo realizarse dicha toma de participación, entre otros supuestos, a través de las operaciones de fusión, en tanto que el artículo 104.3 contempla el caso particular de toma de participación a través de una fusión cuando la entidad absorbente participe en el capital de la entidad absorbida o ambas pertenezcan al mismo grupo de sociedades en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio.

2.5. Identificación de la base imponible negativa respecto de la que procede la restricción.

Una vez calculado el importe de la restricción a la compensación de bases imponibles negativas se plantea la cuestión de la aplicación de la misma cuando existen bases imponibles negativas que procedan de diferentes períodos impositivos. La norma no establece un criterio de imputación, interesando al contribuyente que las más antiguas sean las que soportan en primer lugar el importe de la restricción. Frente a este criterio parece más neutral aplicar el importe de la restricción de manera proporcional. Una vía para resolver la cuestión consiste en determinar el momento temporal en el que surte efectos la restricción. Si surte efectos con ocasión de la toma de participación parece más lógica la aplicación proporcional, pero si surte efectos con ocasión de la práctica de la declaración-liquidación parece lógico que la aplicación del importe de la restricción se realice respecto de las bases imponibles negativas que el sujeto pasivo hubiere aplicado a la compensación, esto es, las más antiguas. Aunque la cuestión es dudosa, parece más correcto entender que la restricción nace con la toma de participación pero que surte efectos con ocasión de la práctica de la declaración-liquidación.

La restricción se proyecta respecto de la «...base imponible negativa susceptible de compensación...» y, entre otras circunstancias, debe concurrir un cambio significativo en la composición del grupo de socios «...con posterioridad a la conclusión del período impositivo al que corresponde la base imponible negativa...», de donde se infiere que las bases imponibles negativas respecto de las que podrá aplicarse la restricción deben ser anteriores a la toma de la participación. Más precisamente, las bases imponibles negativas afectadas son las correspondientes a períodos impositivos concluidos con anterioridad a la toma de la participación.

La correcta imputación temporal de la pérdida, y por tanto de los ingresos y los gastos determinantes del resultado contable y de las correcciones sobre el mismo, es una condición subyacente para la acertada aplicación del artículo 23.2 de la Ley 43/1995. En efecto, una manera de eludir la aplicación de dicho precepto consiste en diferir la contabilización de gastos o en anticipar la contabilización de ingresos, de manera tal que la pérdida aparezca en contabilidad después de la toma de la participación por los nuevos socios. Ahora bien, la Administración tributaria puede y debe contrarrestar estas prácticas irregulares mediante la estricta aplicación de las normas rectoras de la determinación de la base imponible, tanto mercantiles como específicamente fiscales. Un caso, entre los muchos que pueden darse, consiste en no practicar las dotaciones contables a las oportunas provisiones que reflejen la pérdida de valor de determinados elementos patrimoniales, difiriendo así la pérdida correspondiente al período impositivo en el que se adquiriera la participación o a otro posterior. Pues bien, actuando así, el sujeto pasivo ha infringido los artículos 38.1 c) y 39.2 y 3 del Código de Comercio, pudiendo la Administración tributaria, al amparo del artículo 148 de la Ley 43/1995, determinar el resultado contable mercantilmente correcto «...a los solos efectos de determinar la base imponible...». Así, la incorrección contable, con independencia de sus repercusiones jurídico-mercantiles, no podrá ser instrumento para burlar el mandato del artículo 23.2 de la Ley 43/1995.

Proponemos el siguiente *ejemplo*:

6

Ejemplo:

PÉRDIDAS Y GANANCIAS SOCIEDAD A (1999)

Sueldos	20	Ingresos	100
Amortización	30		
Saldo	50		

Realizada la comprobación pertinente quedan probados los siguientes hechos:

- La cartera de valores ha sufrido una depreciación por importe de 20, que no ha sido contabilizada.
- Clientes por importe de 15, entraron en situación de suspensión de pagos sin que se hubiese dotado la correspondiente provisión.
- La recalificación urbanística de unos terrenos, concluido el expediente y notificado su contenido, determinó una disminución de valor de 30.

Pues bien, por aplicación de lo previsto en los preceptos mercantiles anteriormente mencionados, y ejercitando la potestad a que se refiere el artículo 148 de la Ley 43/1995, la Administración tributaria podría establecer la base imponible del período impositivo de 1999 en (15) que es el resultado de corregir el saldo de la cuenta de pérdidas y ganancias en el importe de las correcciones valorativas enumeradas en el ejemplo, y aplicar respecto de la misma lo previsto en el artículo 23.2 en los supuestos de cambio en la composición del grupo social acaecidos en 2000 y siguientes.

Ahora bien, la Administración tributaria debe basar su regularización en hechos producidos en el período impositivo de que se trate, pero no en hechos no producidos aunque previsibles. Por ejemplo, pérdidas esperadas por descenso de la actividad, o por causa de inestabilidad política, etc.

De acuerdo con lo expuesto el artículo 23.2 no puede ser aplicado para corregir el diferimiento impositivo a causa de pérdidas descontadas en la adquisición de la participación cuando las mismas corresponden a hechos previsibles pero no producidos en períodos impositivos concluidos con anterioridad a la toma de la participación y, por el contrario, sí puede serlo respecto de pérdidas no contabilizadas pero derivadas de hechos ya producidos en los períodos impositivos aludidos.

La dificultad práctica consistirá, probablemente, en determinar cuando un hecho ya se ha producido o bien es simplemente previsible o de producción probable.

2.6. Valoración del sistema de cálculo del importe de la restricción a la compensación de bases imponibles negativas.

El sistema de cálculo sólo determina restricciones a la compensación de bases imponibles negativas cuando el valor de adquisición de la participación es inferior al valor de las aportaciones. Cuando esto sucede alguno de los socios anteriores, no necesariamente el que transmitió la participación, ha sufrido pérdidas patrimoniales que podrán o no haber compensado con otras rentas. El artículo 23.2, sin embargo, no pone como condición de la operatividad de la restricción que los socios anteriores hayan sufrido pérdidas ni mucho menos que las hayan podido hacer efectivas mediante una compensación con otras rentas.

Cuando la pérdida no ha podido ser compensada por los socios con otras rentas es claro que se produce un exceso de imposición porque la Hacienda Pública recaudará tributos sobre la renta cuando, normalmente, no ha habido renta gravable. La reacción de reproche al artículo 23.2 de la Ley 43/1995, parece inmediata. ¿Realmente merece, por causa del efecto descrito, un reproche la referida norma? Como sucede en muchas ocasiones, todo depende de la perspectiva desde la que abordemos el problema.

Contemplada asépticamente, con total desvinculación de las situaciones de cada sujeto pasivo en particular, una norma que se introduce en el sistema de imposición sobre la renta sin contener las cautelas para evitar excesos de imposición es merecedora de reproche. Pero si, por el

contrario, se contemplan las situaciones de cada sujeto pasivo, podremos advertir que los excesos de imposición no son, en realidad, imputables a la norma de restricción a la compensación de bases imponibles negativas, sino a aquellas otras que regulan la compensación de bases imponibles negativas sea en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o en el propio Impuesto sobre Sociedades.

Tanto en la Ley 18/1991, como en la Ley 40/1998, ambas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, las pérdidas patrimoniales a largo plazo están sometidas a unas reglas de compensación con las restantes rentas sumamente limitativas. Así, el artículo 39 de la Ley 40/1998 sólo permite la integración y compensación de las pérdidas patrimoniales a largo plazo con las ganancias patrimoniales igualmente a largo plazo, lo que, principalmente en el caso de contribuyentes con patrimonio reducido, puede determinar notables dificultades para compensar dichas pérdidas. Siendo esto así, el exceso de imposición no debe apuntarse en el debe del artículo 23.2 de la Ley 43/1995, sino en el del artículo 39 de la Ley 40/1998.

En el Impuesto sobre Sociedades, como ya sabemos, las posibilidades de compensación de las pérdidas patrimoniales son mucho mayores porque no existen limitaciones por razón de la naturaleza de las rentas y el plazo de compensación de pérdidas es de 10 años. Pero podría darse el caso de que la pérdida patrimonial no pudiera ser compensada con otras rentas. También en este supuesto el exceso de imposición no debe apuntarse en el debe del artículo 23.2 de la Ley 43/1995.

Lo que es reprochable, en realidad, no es que se produzca en el conjunto de los sujetos pasivos en presencia un exceso de imposición, sino que este exceso de imposición se produzca por causa de la no compensación con otras rentas de la pérdida patrimonial en los sujetos pasivos que la han padecido. Y este efecto no es imputable al artículo 23.2 de la Ley 43/1995. Si para salvar este exceso de imposición no se aplicase la restricción a la compensación de bases imponibles negativas se produciría una doble injusticia: de una parte, los sujetos pasivos que han sufrido la pérdida patrimonial no por ello podrían compensarla, es decir, la injusticia que en ellos se produce persistiría, y de otro, otros sujetos pasivos, los adquirentes de la participación podrían diferir indefinidamente el impuesto.

Examinada la norma de restricción contemplando la posición frente a la misma de cada sujeto pasivo llegamos a la conclusión que no debe sufrir el reproche de producir exceso de imposición, y además que su efecto restrictivo es correcto aunque exista un exceso de imposición que, como decimos, no es imputable a la misma.

Un caso paradigmático, que ha sido objeto de contestación a consulta formulada al amparo del artículo 107 de la Ley General Tributaria, es aquel en el que la pérdida se sufre por socios no residentes en territorio español, de manera tal que dichas pérdidas, si se compensan, lo serán con rentas no sometidas a tributación en España. La respuesta de la Dirección General de Tributos se limita a constatar que el artículo 23.2 de la Ley 43/1995 no toma en consideración ni la residencia de los socios que transmiten la participación ni la de aquellos que la adquieren, sin entrar a considerar el posible exceso de imposición. ¿Existe, realmente, exceso de imposición?

Nuevamente la contestación depende de la perspectiva en la que nos situemos. Si nos situamos desde la perspectiva del conjunto de las rentas gravadas en territorio español, existe un exceso de imposición porque se someterían a gravamen rentas por importe superior al efectivamente producido. Si nos situamos desde la perspectiva de cada sujeto pasivo en presencia, observamos que el sujeto pasivo adquirente de la participación tributa, sin diferimiento, por las rentas obtenidas a partir de la referida adquisición a través de la sociedad y en sede de la misma, de manera tal que cuando transmita la participación no tributará por la ganancia patrimonial obtenida en virtud de lo previsto en el artículo 28.5 de la Ley 43/1995. En consecuencia, la restricción a la compensación de bases imponibles negativas no perturba la correcta tributación de los sujetos pasivos en presencia. Si, además, al análisis precedente añadimos que la pérdida patrimonial sufrida por los socios no residentes en territorio español probablemente se compensará con otras rentas a los efectos de la tributación en el país en que residan, superándose así el denunciado exceso de imposición, creemos estar en lo cierto al afirmar que el artículo 23.2 no merece el reproche de producir excesos de imposición por no excluir la restricción cuando los socios transmitentes no residan en territorio español.

Ahora bien, si, en los términos expuestos, el sistema de cálculo del importe de la restricción a la base imponible negativa no merece el reproche de producir excesos de imposición, sí merece, por el contrario, el reproche de no cumplir perfectamente con el objetivo de evitar que la sociedad constituya un instrumento para el diferimiento de rentas obtenidas por los socios adquirentes de la participación a través de la sociedad.

En efecto, cuando el precio de adquisición de la participación es superior al valor de las aportaciones realizadas por los socios, el sistema de cálculo del importe de la restricción a la compensación de bases imponibles negativas determina un importe nulo de dicha restricción, de manera tal que la tributación de las rentas obtenidas por los nuevos socios a través de la sociedad queda diferida hasta el momento de transmisión de la participación.

Veamos un *ejemplo*:

7			
Ejemplo:			
CONTABILIDAD DE LOS SOCIOS INICIALES		CONTABILIDAD DE LA SOCIEDAD	
100 Cv	a Tesorería	100	
	(por la constitución)		
_____	x _____		
100 Tesorería	a Cv	100	
	(venta participación)		
_____	x _____		
		100 Tesorería	a Capital
		(constitución)	100
		_____	x _____
		100 P y g	a Pasivo
		(pérdidas)	100
		_____	x _____
			.../...

.../...

**CONTABILIDAD DE LOS SOCIOS
SECUNDARIOS**

<p>100 Cv</p> <p style="padding-left: 40px;">a Tesorería 100</p> <p style="padding-left: 40px;">(adquisición de la participación)</p> <hr style="width: 100%;"/> <p style="text-align: center;">x</p>	<p>100 Activo</p> <p style="padding-left: 40px;">a P y g 100</p> <p style="padding-left: 40px;">(beneficios posteriores)</p> <hr style="width: 100%;"/> <p style="text-align: center;">x</p>
<p>200 Tesorería</p> <p style="padding-left: 40px;">a Cv 100</p> <p style="padding-left: 40px;">a P y g 100</p> <p style="padding-left: 40px;">(transmisión de la participación)</p> <hr style="width: 100%;"/> <p style="text-align: center;">x</p>	

Cálculo del importe de la restricción a la compensación de bases imponibles negativas:

Aportaciones recibidas de los socios	100
Aportaciones correspondientes a la participación adquirida	100
Precio adquisición de la participación	100
Importe de la restricción	0
Base imponible negativa compensable	100

La tributación global es la siguiente:

Socio inicial	0
Sociedad	0
Socio posterior	100
TOTAL	100

Puede apreciarse que la tributación global es correcta, pero se produce el efecto diferimiento mientras no se transmita la participación. De esta manera la finalidad subyacente en la norma contenida en el artículo 23.2 de la Ley 43/1995 queda frustrada. La tipología de casos en la que esto puede suceder es muy variada, si bien todos ellos se agrupan bajo la característica común de que el valor de adquisición de la participación es igual o superior al importe de las aportaciones efectuadas por los socios a la sociedad.

Este supuesto puede ser relativamente frecuente ya que se presentará siempre que existan reservas expresas o tácitas en la sociedad participada. ¿Por qué, entonces, la cortedad en la forma de cálculo de la restricción a la compensación de bases imponibles negativas del artículo 23.2?

Ya apuntamos en páginas anteriores que la restricción a la compensación de bases imponibles negativas, cuando se produce un cambio en la propiedad de la sociedad que tenga carácter significativo, debiera ser la regla general, pero que, sin embargo, existían un conjunto de razones que, tal vez, aconsejaron al legislador dar un paso corto pero prudente. Probablemente algunas de aquellas razones también han pesado en la forma de cálculo del importe a la restricción de bases imponibles negativas. Pero hay otra razón, a nuestro entender, más importante, enraizada en la estricta técnica tributaria. Nos estamos refiriendo a la deducción por doble imposición en las plusvalías obtenidas en la transmisión de la participación. En efecto, dicha deducción cierra el ciclo de la operación evitando el exceso de imposición. Ahora bien, como es sabido la referida deducción no se contenía en la redacción original de la Ley 43/1995, sino que se incorpora posteriormente a través del Real Decreto-Ley 8/1996, de 6 de junio, y de la Ley 10/1996, de 18 de diciembre, que es consecuencia del mismo, al tiempo que lo deroga.

Sabedor el legislador que aprobó la Ley 43/1995, que la restricción del artículo 23.2, al menos en teoría, conducía al exceso de imposición limitó su campo de aplicación a los supuestos en que el valor de transmisión de la participación necesariamente denotaba que los socios que lo fueron habían computado una pérdida de patrimonio.

Como decimos, el panorama cambia con el Real Decreto-Ley 8/1996, primero, y la Ley 10/1996 a continuación de manera tal que el reproche del exceso de imposición técnicamente quedaba superado. Sin embargo, el legislador no aprovechó la ocasión para modificar en el sentido correspondiente el artículo 23.2, ni tampoco lo ha hecho con ocasión de la elevación del plazo de compensación a diez años. Ya no son razones de técnica y coherencia tributaria las que descansan detrás de esta inhibición, cuya trascendencia aumenta en la misma medida y proporción en que lo ha hecho el plazo de compensación de bases imponibles negativas.

De acuerdo con lo expuesto, futuras reformas del Impuesto sobre Sociedades deberían contemplar la posibilidad de restringir la compensación de bases imponibles negativas por el solo hecho de la existencia de un cambio significativo en la composición del grupo de socios, manteniendo la deducción por doble imposición respecto de las ganancias patrimoniales obtenidas en la transmisión de la participación. Además, debería incorporarse alguna medida para evitar perjuicios a los socios minoritarios que lo eran antes del referido cambio. Parece claro que las dos reformas que el artículo 23 de la Ley 43/1995 ha sufrido responden a un ámbito de preocupaciones e intereses muy diferentes de los que animan la modificación que se desprende de los argumentos precedentes.

3. Circunstancias determinantes de la restricción a la compensación de bases imponibles negativas.

Para que la restricción a la compensación de bases imponibles negativas se produzca es necesario, además de que el valor de adquisición de la participación sea inferior, en la parte que corresponda, a las aportaciones efectuadas por los socios, que concurren las circunstancias previstas en las letras a), b) y c) del apartado 2 del artículo 23 de la Ley 43/1995. Estas circunstancias están tipificadas al efecto de concretar dos situaciones:

- Cambio significativo en la composición del grupo de socios [letras a) y b)].
- Inactividad en la sociedad participada [letra c)].

3.1. Cambio significativo en la composición del grupo de socios.

El cambio significativo en la composición del grupo de socios se tipifica en la norma a través de dos circunstancias:

- La mayoría del capital social o de los derechos a participar en los resultados de la entidad han sido adquiridos por una persona o entidad o por un conjunto de personas o entidades vinculadas, con posterioridad a la conclusión del período impositivo al que corresponde la base imponible negativa.
- Las personas o entidades referidas hubieran tenido una participación inferior al 25 por 100 en el momento de la conclusión del período impositivo al que corresponde la base imponible negativa.

Vistas en su conjunto, ambas circunstancias tratan de describir lo que, en términos coloquiales, podríamos denominar un cambio en la propiedad de la entidad, o, dicho de otra manera, la entrada de una nueva mayoría en el grupo de socios.

Elemento esencial del cambio en la composición del grupo de socios es que debe producirse «...con posterioridad a la conclusión del período impositivo al que corresponde la base imponible negativa...».

Ahora bien, la forma en como se produzca la adquisición de la mayoría del capital o del derecho a participar en los resultados es indiferente, de manera tal que dicha adquisición puede haberse producido a través de una sola transmisión o por medio de dos o más transmisiones. En este último caso, la restricción operará solamente en relación con las compensaciones relativas a los períodos impositivos que concluyan después de la transmisión que completa la adquisición de la mayoría, pero se proyectará respecto de la totalidad de las bases imponibles negativas correspondientes a los períodos impositivos concluidos con anterioridad a la primera de las transmisiones. Es decir, mientras no se alcanza la mayoría, la restricción no debe operar, puesto que falta un requisito constitutivo de la misma, pero una vez alcanzada dicha mayoría la restricción opera de manera plena.

Así como en el primer párrafo del apartado 2 del artículo 23 se hace referencia a la «...participación adquirida...», la circunstancia que venimos examinando se refiere a «...la mayoría del capital social o de los derechos a participar en los resultados...». No hay contradicción entre ambas formas de designar la misma realidad, porque la mayoría del capital social o de los derechos a participar en los resultados no es sino una cualidad de la participación adquirida.

La mención de ambas cualidades de la participación obedece, a nuestro entender, al objetivo de especificar las características de la participación más relevantes, según se trate de sociedades capitalistas o personalistas. Además, tratándose de sociedades en las que las dos cualidades concurren en la participación, la norma no establece un criterio de prelación entre ambas, siguiéndose de la forma alternativa en la que se expresa la misma que debe prevalecer aquella que sea determinante de la mayoría.

La disociación entre la participación sobre el capital social y los derechos a participar en los resultados se produce, señaladamente, en el supuesto de usufructo de acciones pues en el mismo «...la cualidad de socio reside en el nudo propietario, pero el usufructuario tendrá derecho en todo caso a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo» (art. 67 TRLSA). ¿Cabe en tal supuesto aplicar la restricción a la compensación de bases imponibles negativas del artículo 23.2? A nuestro entender la cuestión es dudosa, pudiendo esgrimirse argumentos para apoyar tanto el criterio afirmativo como el opuesto.

En contra de tal aplicación puede aducirse que el usufructuario no adquiere una participación sobre la sociedad sino uno de los derechos que se derivan de la misma. Esta sutil distinción no es decisiva, porque, en definitiva, la adquisición de la participación no implica otra cosa que adquirir la titularidad de un haz de derechos, estando entre ellos los de contenido económico que, de acuerdo con lo previsto en los artículos 67 y 68 del TRLSA, corresponden al usufructuario. También podría aducirse en contra que el sujeto pasivo que transmite el usufructo no sufre pérdida alguna, porque el importe que percibe a causa de dicha transmisión es el valor descontado de las rentas que se espera obtenga la sociedad en el futuro corregido en el valor de los riesgos que se transmiten al usufructuario. Sin perjuicio del juicio que merezca dicho criterio desde el prisma de la configuración como un hecho contable de la constitución de usufructo, es lo cierto que, como en líneas anteriores quedó apuntado, la norma no prevé como requisito inexcusable de la restricción a la compensación de bases imponibles negativas la concurrencia de una pérdida en los socios de que transmitieron su participación, por más que la forma en cómo se calcula el importe de la restricción implícitamente la contemple.

A favor de la aplicación de la restricción pesa, con gran fuerza, la referencia legal a «...La mayoría... de los derechos a participar en los resultados...», y también que el usufructuario obtiene rentas a través de la sociedad participada posteriores a la constitución del usufructo en paridad de condiciones con el supuesto de adquisición en plena propiedad de la participación. Este último argumento es muy importante porque deriva del principio que anima y rige la restricción a la compensación de bases imponibles negativas, a saber, evitar los diferimientos en la tributación de rentas obtenidas a través de entidades participadas. Sin embargo, el cálculo del importe de la restricción ofrece ciertas dificultades, porque el valor de adquisición del usufructo es, o debe ser por lo general, menor que el valor de adquisición de la propiedad sobre la participación, lo que introduce un elemento de distorsión en el referido cálculo si se parte de la aplicación literal de la fórmula de cálculo legalmente establecida. Para superar la referida distorsión debe añadirse al valor de constitución del usufructo el valor de la nuda propiedad, pudiendo calcularse dicho valor de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 a) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

También puede presentarse un supuesto de divergencia entre participación en el capital social y en los resultados en los casos de acciones privilegiadas (art. 50 TRLSA) y acciones sin voto (art. 91 TRLSA). En ambos supuestos podrá presentarse una mayoría sobre los resultados que no conlleve una mayoría sobre el capital social, siendo suficiente aquélla para entenderse cumplido el requisito previsto en la letra a) del apartado 2 del artículo 23.

El adquirente de una u otra mayoría puede ser:

- Una persona física.
- Una entidad.
- Un conjunto de personas o entidades vinculadas.

La literatura legal, en este punto, es imprecisa. En efecto, la expresión «...un conjunto de personas o entidades vinculadas...», implica una cierta indeterminación, porque no se precisa cuál es la norma o criterio que delimita la vinculación.

Considerando que el artículo 16.2 de la Ley 43/1995, establece los supuestos de vinculación que podríamos denominar generales, no parece descartado interpretar que los supuestos que en el mismo se contemplan son válidos a los efectos de los previsto en el artículo 23.2 a). Las expresiones utilizadas en ambos preceptos respecto del conjunto de sujetos pasivos que se entienden vinculados apoya la interpretación precedente. En efecto, el artículo 16.2 establece que «se considerarán personas o entidades vinculadas...», y el artículo 23.2 a) se refiere a «...un conjunto de personas o entidades vinculadas...».

Las relaciones de vinculación contenidas en el artículo 16.2 no contemplan de manera directa las relaciones de parentesco a los efectos de definir una vinculación en la que exclusivamente intervienen personas físicas, sino que son utilizadas instrumentalmente para definir otras relaciones de vinculación en las que se comprenden entidades. Por esta razón, cuando ha sido preciso utilizar una relación de vinculación definida sobre la base del parentesco, el legislador ha entendido que no bastaba una remisión al artículo 16 de la Ley 43/1995. Así sucede, entre otros casos, en relación con la transparencia fiscal interna a cuyo efecto el artículo 75.1 b') de la Ley 43/1995 define el «grupo familiar», y en relación con el rendimiento de bienes inmuebles cedidos en uso al cónyuge o a determinados parientes a cuyo efecto el artículo 22 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, delimita un grupo de personas físicas vinculadas por lazos de parentesco.

La ausencia de una definición de «grupo familiar» o de «grupo de personas físicas vinculadas por razones de parentesco» en el artículo 23.2 a), o, cuando menos, de una remisión a otros preceptos sea de la propia Ley 43/1995 o de otras leyes que configuran supuestos de vinculación en base al parentesco crea un importante vacío respecto del perímetro del conjunto de «...personas... vinculadas», para cuya superación caben, a nuestro entender, dos interpretaciones. La primera consistiría en entender que la referida norma no contempla el grupo de personas físicas vinculadas, de manera tal que la adquisi-

ción de la participación mayoritaria por un grupo familiar sería irrelevante a los efectos del referido precepto, sin perjuicio de las regularizaciones que resultasen procedentes en caso de que quedasen probadas adquisiciones fiduciarias. La segunda consistiría en entender por grupo de personas físicas vinculadas aquel que se utiliza instrumentalmente para definir relaciones de vinculación en el artículo 16.2, señaladamente en la letra i) en el que se establece una específica relación de vinculación en base a un grupo familiar constituido por la persona física y «...su cónyuge, ascendientes o descendientes...». Esta última interpretación nos parece más acorde con el espíritu y finalidad de la norma.

La segunda circunstancia que configura el cambio significativo en la composición del grupo de socios es de carácter negativo. La persona o entidad o las personas o entidades vinculadas que han adquirido la participación mayoritaria no deben tener intereses relevantes en la sociedad con anterioridad a la conclusión del período impositivo al que corresponde la base imponible negativa, pues sólo así se produce un cambio significativo en la composición del grupo de socios.

Toda norma que establece un límite, sea absoluto o porcentual, como condición para la aplicación de un determinado régimen o la producción de ciertos efectos crea un «error de salto». Así sucede en el caso que nos ocupa, lo que no deja de ser preocupante debido a que los intereses de los socios minoritarios se ven afectados por circunstancias que les son ajenas. Éste es, sin duda, uno de los puntos más criticables de la forma en cómo el artículo 23.2 de la Ley 43/1995 restringe la compensación de bases imponibles negativas y que, probablemente, como ya quedó apuntado antes, explique el reducido ámbito de aplicación de la restricción.

La no tenencia de participación o la tenencia de una participación inferior al 25 por 100 se refiere a un momento preciso: la conclusión del período impositivo al que corresponde la base imponible negativa. Por tanto, la participación igual o superior al 25 por 100 en otra u otras fechas anteriores es absolutamente irrelevante, como también lo es la inferior. Lo únicamente decisivo es la participación en el momento de la conclusión del período impositivo que, como regla general, coincidirá con el último día del ejercicio económico de la entidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 24.1 de la Ley 43/1995. La forma en como se hubiere adquirido la participación tenida en dicho momento es indiferente, pudiendo, por tanto, haberlo sido a través de una o varias transmisiones.

La participación igual o superior al 25 por 100 en el momento de la conclusión del período impositivo al que corresponde la base imponible negativa excluye la restricción a la compensación de la misma, y la participación inferior, aunque abre el paso a dicha restricción, no deberá ser tomada a los efectos de calcular el importe de la base imponible negativa afectada por dicha restricción, ya que para dicho cálculo solamente debe tomarse la participación adquirida «...con posterioridad a la conclusión del período impositivo al que corresponde la base imponible negativa...» y el día en el que concluye el período impositivo pertenece a dicho período impositivo, no es posterior al mismo.

La relevancia del momento en que se tiene la participación inferior al 25 por 100 y la indiferencia de la forma mediante la que se hubiere adquirido la misma corren totalmente paralelas respecto de la participación mayoritaria. Combinando ambas circunstancias definitorias del cambio significativo en la composición del grupo de socios ofrecemos el siguiente *ejemplo*:

8

Ejemplo:

PERÍODO IMPOSITIVO	BASE IMPONIBLE NEGATIVA O RENTA POSITIVA	PARTICIPACIÓN SOCIO A, PORCENTAJE Y VALOR ADQUISICIÓN		PARTICIPACIÓN OTROS SOCIOS, PORCENTAJE Y VALOR ADQUISICIÓN		APORTACIONES	COMPENSACIÓN	BASE IMPONIBLE
1998	(100)	23%	18	77%	52	100	-	(100)
1999	(10)	34%	28	60%	45	100	-	(10)
2000	58	48%	40	52%	42	100	(50)	0 = 58 - 58
2001	70	82%	62	18%	16	100		33 = 70 - 27 - 10

Cálculo del importe de la restricción a la compensación de bases imponibles negativas:

Aportaciones recibidas de los socios	100
Aportaciones correspondientes a la participación adquirida (100/82% - 23%)	59
Precio de adquisición de la participación (62 - 18)	44
Importe de la restricción	15
Base imponible negativa compensable (100 - 58 - 15)	27

Puede observarse que la base imponible negativa correspondiente al período impositivo de 1998 (100) debe soportar una restricción a su compensación porque se produce un cambio significativo en la composición del grupo de socios, ya que en el año 2001, a través de adquisiciones realizadas durante los años 1999, 2000 y el propio 2001, el socio A, que tenía una participación inferior al 25 por 100 el día en el que concluyó el período impositivo de 1999 acumula una participación mayoritaria. La base imponible negativa correspondiente al período impositivo de 1999, no soportan, por el contrario, restricción alguna, porque a la conclusión de dicho período impositivo el socio A tenía una participación superior al 25 por 100.

Una vez producido el cambio significativo en la composición del grupo de socios debido a la concurrencia de las dos circunstancias tipificadas en las letras a) y b) del apartado 2 del artículo 23, la restricción, calculada en la forma expuesta, afectará a las bases imponibles negativas correspondientes a períodos impositivos concluidos con anterioridad a la adquisición de la participación mayoritaria. Ahora bien, la composición del grupo de socios puede, posteriormente, de nuevo variar, de manera tal que la mayoría se encabece por otras personas o entidades, sea en la misma dimensión o en otra diferente, o bien que la distribución de la participación no dé lugar a la existencia de una persona o entidad o a un conjunto de personas o entidades vinculadas que posean la mayoría.

Abordemos, en primer lugar, el caso en el que la participación mayoritaria se gana y pierde en el mismo período impositivo, pudiendo suceder que se forme o no dentro del propio período impositivo una nueva mayoría.

La letra a) del apartado 2 del artículo 23 de la Ley 43/1995, no regula esta situación, pero, a nuestro entender, encaja perfectamente en el contexto de la norma que la mayoría formada después del período impositivo al que corresponde la base imponible negativa debe mantenerse a la conclusión del período impositivo en el que operará la restricción.

La restricción a la compensación de bases imponibles negativas trata de evitar el diferimiento en sede de una persona o entidad o conjunto de personas o entidades vinculadas que poseen la mayoría en el capital social o en los derechos a participar sobre los resultados, de manera tal que desaparecida la mayoría la restricción no debe operar, por más que, probablemente, la primera transmisión de la participación haya dado lugar a una pérdida fiscalmente computable, y, desde luego, el diferimiento también se produce en sede de todos y cada uno de los nuevos socios.

Cuando la mayoría es sustituida por una nueva mayoría, entendemos que es respecto de esta última de la que debe aplicarse la restricción a la compensación de bases imponibles negativas. Por lo tanto debe calcularse el importe de la restricción considerando el precio de adquisición y el porcentaje de participación que corresponde a la misma.

Cuando la participación mayoritaria se gana y pierde en diferentes períodos impositivos entendemos que son válidos los criterios expuestos, en relación con el caso en que los hechos referidos se producen en el mismo período impositivo, de manera tal que si la pérdida de la mayoría no es seguida por una nueva mayoría la restricción a la compensación de bases imponibles negativas debe cesar, y si aparece una nueva mayoría el cálculo del importe de la restricción debe hacerse en relación con el precio de adquisición y el porcentaje de participación que corresponda a la misma.

Obsérvese, en consecuencia, que aunque la restricción opera en sede de la sociedad participada el importe de la misma, depende, en parte, de las circunstancias inherentes a la nueva mayoría, si bien sus efectos también los padecen los minoritarios, lo que constituye, dicho sea con toda claridad, una notable imperfección del sistema de restricción a la compensación de bases imponibles negativas.

Proponemos el siguiente *ejemplo* de cálculo del importe de la restricción cuando cambian las mayorías en diferente período impositivo.

9	
Ejemplo:	
CONTABILIDAD DE LOS SOCIOS	CONTABILIDAD DE LA SOCIEDAD
100 Cv a Tesorería 100 (por la constitución; socio inicial) _____ x _____	100 Tesorería a Capital 100 (por la constitución) _____ x _____ .../...

.../...

<table border="0"> <tr> <td style="width: 100px;">90 <i>Pyg</i></td> <td style="width: 100px;"></td> <td style="width: 100px;">90 <i>Pyg</i></td> </tr> <tr> <td style="padding-left: 40px;"><i>a Provisión</i></td> <td style="padding-left: 40px;"><i>a Pasivo</i></td> <td></td> </tr> <tr> <td style="padding-left: 80px;">(provisión por depreciación)</td> <td style="padding-left: 80px;">(ejercicio con pérdidas)</td> <td></td> </tr> <tr> <td style="border-top: 1px solid black; padding-top: 5px;">x</td> <td style="border-top: 1px solid black; padding-top: 5px;">x</td> <td></td> </tr> <tr> <td>10 <i>Tesorería</i></td> <td></td> <td style="text-align: center;">-</td> </tr> <tr> <td>90 <i>Provisión</i></td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td style="padding-left: 40px;"><i>a Cv</i></td> <td style="padding-left: 40px;"><i>a Pasivo</i></td> <td></td> </tr> <tr> <td style="padding-left: 80px;">(transmisión participación)</td> <td style="padding-left: 80px;">(ejercicio con pérdidas)</td> <td></td> </tr> <tr> <td style="border-top: 1px solid black; padding-top: 5px;">x</td> <td style="border-top: 1px solid black; padding-top: 5px;">x</td> <td></td> </tr> <tr> <td>10 <i>Cv</i></td> <td></td> <td style="text-align: center;">-</td> </tr> <tr> <td style="padding-left: 40px;"><i>a Tesorería</i></td> <td style="padding-left: 40px;"><i>a Pasivo</i></td> <td></td> </tr> <tr> <td style="padding-left: 80px;">(adquisición participación 1.ª mayoría)</td> <td style="padding-left: 80px;">(ejercicio con pérdidas)</td> <td></td> </tr> <tr> <td style="border-top: 1px solid black; padding-top: 5px;">x</td> <td style="border-top: 1px solid black; padding-top: 5px;">x</td> <td></td> </tr> <tr> <td>50 <i>Tesorería</i></td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td style="padding-left: 40px;"><i>a Cv</i></td> <td style="padding-left: 40px;"><i>a Pyg</i></td> <td></td> </tr> <tr> <td style="padding-left: 80px;">(transmisión participación)</td> <td style="padding-left: 80px;">(ejercicio con beneficios)</td> <td></td> </tr> <tr> <td style="border-top: 1px solid black; padding-top: 5px;">x</td> <td style="border-top: 1px solid black; padding-top: 5px;">x</td> <td></td> </tr> <tr> <td>50 <i>Cv</i></td> <td></td> <td style="text-align: center;">-</td> </tr> <tr> <td style="padding-left: 40px;"><i>a Tesorería</i></td> <td style="padding-left: 40px;"><i>a Pyg</i></td> <td></td> </tr> <tr> <td style="padding-left: 80px;">(adquisición participación, 2.ª mayoría)</td> <td style="padding-left: 80px;">(ejercicio con beneficios)</td> <td></td> </tr> <tr> <td style="border-top: 1px solid black; padding-top: 5px;">x</td> <td style="border-top: 1px solid black; padding-top: 5px;">x</td> <td></td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;">-</td> <td style="text-align: center;">-</td> <td></td> </tr> <tr> <td style="padding-left: 40px;">-</td> <td style="padding-left: 40px;"><i>a Pyg</i></td> <td></td> </tr> <tr> <td style="padding-left: 80px;">(adquisición participación, 2.ª mayoría)</td> <td style="padding-left: 80px;">(ejercicio con beneficios)</td> <td></td> </tr> <tr> <td style="border-top: 1px solid black; padding-top: 5px;">x</td> <td style="border-top: 1px solid black; padding-top: 5px;">x</td> <td></td> </tr> </table>	90 <i>Pyg</i>		90 <i>Pyg</i>	<i>a Provisión</i>	<i>a Pasivo</i>		(provisión por depreciación)	(ejercicio con pérdidas)		x	x		10 <i>Tesorería</i>		-	90 <i>Provisión</i>			<i>a Cv</i>	<i>a Pasivo</i>		(transmisión participación)	(ejercicio con pérdidas)		x	x		10 <i>Cv</i>		-	<i>a Tesorería</i>	<i>a Pasivo</i>		(adquisición participación 1.ª mayoría)	(ejercicio con pérdidas)		x	x		50 <i>Tesorería</i>			<i>a Cv</i>	<i>a Pyg</i>		(transmisión participación)	(ejercicio con beneficios)		x	x		50 <i>Cv</i>		-	<i>a Tesorería</i>	<i>a Pyg</i>		(adquisición participación, 2.ª mayoría)	(ejercicio con beneficios)		x	x		-	-		-	<i>a Pyg</i>		(adquisición participación, 2.ª mayoría)	(ejercicio con beneficios)		x	x		<table border="0"> <tr> <td style="width: 100px;">90 <i>Pyg</i></td> <td style="width: 100px;"></td> <td style="width: 100px;">90 <i>Pyg</i></td> </tr> <tr> <td style="padding-left: 40px;"><i>a Provisión</i></td> <td style="padding-left: 40px;"><i>a Pasivo</i></td> <td></td> </tr> <tr> <td style="padding-left: 80px;">(provisión por depreciación)</td> <td style="padding-left: 80px;">(ejercicio con pérdidas)</td> <td></td> </tr> <tr> <td style="border-top: 1px solid black; padding-top: 5px;">x</td> <td style="border-top: 1px solid black; padding-top: 5px;">x</td> <td></td> </tr> <tr> <td>10 <i>Tesorería</i></td> <td></td> <td style="text-align: center;">-</td> </tr> <tr> <td>90 <i>Provisión</i></td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td style="padding-left: 40px;"><i>a Cv</i></td> <td style="padding-left: 40px;"><i>a Pasivo</i></td> <td></td> </tr> <tr> <td style="padding-left: 80px;">(transmisión participación)</td> <td style="padding-left: 80px;">(ejercicio con pérdidas)</td> <td></td> </tr> <tr> <td style="border-top: 1px solid black; padding-top: 5px;">x</td> <td style="border-top: 1px solid black; padding-top: 5px;">x</td> <td></td> </tr> <tr> <td>10 <i>Cv</i></td> <td></td> <td style="text-align: center;">-</td> </tr> <tr> <td style="padding-left: 40px;"><i>a Tesorería</i></td> <td style="padding-left: 40px;"><i>a Pasivo</i></td> <td></td> </tr> <tr> <td style="padding-left: 80px;">(adquisición participación 1.ª mayoría)</td> <td style="padding-left: 80px;">(ejercicio con pérdidas)</td> <td></td> </tr> <tr> <td style="border-top: 1px solid black; padding-top: 5px;">x</td> <td style="border-top: 1px solid black; padding-top: 5px;">x</td> <td></td> </tr> <tr> <td>50 <i>Tesorería</i></td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td style="padding-left: 40px;"><i>a Cv</i></td> <td style="padding-left: 40px;"><i>a Pyg</i></td> <td></td> </tr> <tr> <td style="padding-left: 80px;">(transmisión participación)</td> <td style="padding-left: 80px;">(ejercicio con beneficios)</td> <td></td> </tr> <tr> <td style="border-top: 1px solid black; padding-top: 5px;">x</td> <td style="border-top: 1px solid black; padding-top: 5px;">x</td> <td></td> </tr> <tr> <td>50 <i>Cv</i></td> <td></td> <td style="text-align: center;">-</td> </tr> <tr> <td style="padding-left: 40px;"><i>a Tesorería</i></td> <td style="padding-left: 40px;"><i>a Pyg</i></td> <td></td> </tr> <tr> <td style="padding-left: 80px;">(adquisición participación, 2.ª mayoría)</td> <td style="padding-left: 80px;">(ejercicio con beneficios)</td> <td></td> </tr> <tr> <td style="border-top: 1px solid black; padding-top: 5px;">x</td> <td style="border-top: 1px solid black; padding-top: 5px;">x</td> <td></td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;">-</td> <td style="text-align: center;">-</td> <td></td> </tr> <tr> <td style="padding-left: 40px;">-</td> <td style="padding-left: 40px;"><i>a Pyg</i></td> <td></td> </tr> <tr> <td style="padding-left: 80px;">(adquisición participación, 2.ª mayoría)</td> <td style="padding-left: 80px;">(ejercicio con beneficios)</td> <td></td> </tr> <tr> <td style="border-top: 1px solid black; padding-top: 5px;">x</td> <td style="border-top: 1px solid black; padding-top: 5px;">x</td> <td></td> </tr> </table>	90 <i>Pyg</i>		90 <i>Pyg</i>	<i>a Provisión</i>	<i>a Pasivo</i>		(provisión por depreciación)	(ejercicio con pérdidas)		x	x		10 <i>Tesorería</i>		-	90 <i>Provisión</i>			<i>a Cv</i>	<i>a Pasivo</i>		(transmisión participación)	(ejercicio con pérdidas)		x	x		10 <i>Cv</i>		-	<i>a Tesorería</i>	<i>a Pasivo</i>		(adquisición participación 1.ª mayoría)	(ejercicio con pérdidas)		x	x		50 <i>Tesorería</i>			<i>a Cv</i>	<i>a Pyg</i>		(transmisión participación)	(ejercicio con beneficios)		x	x		50 <i>Cv</i>		-	<i>a Tesorería</i>	<i>a Pyg</i>		(adquisición participación, 2.ª mayoría)	(ejercicio con beneficios)		x	x		-	-		-	<i>a Pyg</i>		(adquisición participación, 2.ª mayoría)	(ejercicio con beneficios)		x	x	
90 <i>Pyg</i>		90 <i>Pyg</i>																																																																																																																																																					
<i>a Provisión</i>	<i>a Pasivo</i>																																																																																																																																																						
(provisión por depreciación)	(ejercicio con pérdidas)																																																																																																																																																						
x	x																																																																																																																																																						
10 <i>Tesorería</i>		-																																																																																																																																																					
90 <i>Provisión</i>																																																																																																																																																							
<i>a Cv</i>	<i>a Pasivo</i>																																																																																																																																																						
(transmisión participación)	(ejercicio con pérdidas)																																																																																																																																																						
x	x																																																																																																																																																						
10 <i>Cv</i>		-																																																																																																																																																					
<i>a Tesorería</i>	<i>a Pasivo</i>																																																																																																																																																						
(adquisición participación 1.ª mayoría)	(ejercicio con pérdidas)																																																																																																																																																						
x	x																																																																																																																																																						
50 <i>Tesorería</i>																																																																																																																																																							
<i>a Cv</i>	<i>a Pyg</i>																																																																																																																																																						
(transmisión participación)	(ejercicio con beneficios)																																																																																																																																																						
x	x																																																																																																																																																						
50 <i>Cv</i>		-																																																																																																																																																					
<i>a Tesorería</i>	<i>a Pyg</i>																																																																																																																																																						
(adquisición participación, 2.ª mayoría)	(ejercicio con beneficios)																																																																																																																																																						
x	x																																																																																																																																																						
-	-																																																																																																																																																						
-	<i>a Pyg</i>																																																																																																																																																						
(adquisición participación, 2.ª mayoría)	(ejercicio con beneficios)																																																																																																																																																						
x	x																																																																																																																																																						
90 <i>Pyg</i>		90 <i>Pyg</i>																																																																																																																																																					
<i>a Provisión</i>	<i>a Pasivo</i>																																																																																																																																																						
(provisión por depreciación)	(ejercicio con pérdidas)																																																																																																																																																						
x	x																																																																																																																																																						
10 <i>Tesorería</i>		-																																																																																																																																																					
90 <i>Provisión</i>																																																																																																																																																							
<i>a Cv</i>	<i>a Pasivo</i>																																																																																																																																																						
(transmisión participación)	(ejercicio con pérdidas)																																																																																																																																																						
x	x																																																																																																																																																						
10 <i>Cv</i>		-																																																																																																																																																					
<i>a Tesorería</i>	<i>a Pasivo</i>																																																																																																																																																						
(adquisición participación 1.ª mayoría)	(ejercicio con pérdidas)																																																																																																																																																						
x	x																																																																																																																																																						
50 <i>Tesorería</i>																																																																																																																																																							
<i>a Cv</i>	<i>a Pyg</i>																																																																																																																																																						
(transmisión participación)	(ejercicio con beneficios)																																																																																																																																																						
x	x																																																																																																																																																						
50 <i>Cv</i>		-																																																																																																																																																					
<i>a Tesorería</i>	<i>a Pyg</i>																																																																																																																																																						
(adquisición participación, 2.ª mayoría)	(ejercicio con beneficios)																																																																																																																																																						
x	x																																																																																																																																																						
-	-																																																																																																																																																						
-	<i>a Pyg</i>																																																																																																																																																						
(adquisición participación, 2.ª mayoría)	(ejercicio con beneficios)																																																																																																																																																						
x	x																																																																																																																																																						

Cálculo del importe de la restricción a la compensación de bases imponibles negativas que corresponde a la segunda mayoría:

Aportaciones recibidas de los socios	100
Aportaciones correspondientes a la participación adquirida (100/100%)	100
Precio adquisición de la participación	50
Importe de la restricción	50
Base imponible susceptible de compensación (90 – 40 – 50)	-
Importe de la restricción para la primera mayoría (100 – 10)	90

Puede observarse que el importe de la restricción que en su día se determinó en la primera mayoría se ha distribuido entre la misma (40) y la segunda mayoría (50). No obstante, cuando en el precio de adquisición de la participación por la segunda mayoría se incorporen valores inmateriales

positivos latentes o plusvalías tácitas, la suma de ambas restricciones no alcanzará al importe de la primitiva restricción, lo cual es lógico porque la primera mayoría habrá obtenido y determinado una plusvalía superior al importe de los beneficios obtenidos a través de la sociedad participada. Cuando, por el contrario, dicho precio incorpora valores latentes o tácitos negativos, sucede el fenómeno contrario, pero, en tal caso, es obvio que el importe de las dos restricciones, es decir, de la soportada efectivamente por la mayoría y de la que corresponde a la segunda mayoría, no podrá ser superior al importe de la base imponible negativa respecto de la que se proyecta la restricción.

3.2. *Inactividad de la sociedad participada.*

La circunstancia de inactividad se concreta en la no realización de «...explotaciones económicas dentro de los seis meses anteriores a la adquisición de la participación...».

El artículo 134.3 de la Ley 43/1995 establece el concepto de explotación económica basándose en dos elementos concurrentes:

- Organización de los factores de producción.
- Finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios.

En base a ambos elementos deberá determinarse, en cada supuesto, si existe o no una explotación económica. Parece claro que la inactividad va a ser fácilmente apreciable en las «sociedades de papel», es decir aquellas que no son otra cosa que una escritura que dormita en los cajones a la espera de alguna oportunidad... A partir de aquí las dificultades comienzan.

En primer lugar es preciso notar que la superación de la inactividad se consigue realizando explotaciones económicas «...dentro de...», es decir, no es necesario a tal efecto realizar explotaciones económicas durante todo el período de los seis meses. También debe notarse, en segundo lugar, que nada se establece respecto de la intensidad de la explotación económica, ni, finalmente respecto de la naturaleza de la misma, en particular, su relación con las explotaciones económicas generadoras de las pérdidas de las que derivan las bases imponibles negativas.

Parece clara la voluntad del legislador de limitar la aplicación de la restricción a la compensación de bases imponibles negativas a aquellas sociedades verdaderamente inactivas, pero de ello no debe seguirse que cualquier actividad pueda ser calificada como explotación económica ni que las maniobras para insuflar actividad económica por parte del socio o socios que constituirán la nueva mayoría durante el período crítico de los seis meses puedan entenderse válidas.

En particular, los requisitos de organización y finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios permite negar la condición de explotación económica a todas aquellas actividades meramente simbólicas realizadas para evitar la situación de inactividad pero no con la finalidad económica de producir bienes y servicios para el mercado.

Mayor interés reviste el caso en el que los futuros adquirentes de la participación mayoritaria son los que insuflan la actividad económica a la sociedad respecto de la que se proponen obtener dicha participación. Para así hacerlo deben llegar a algún tipo de acuerdo en este sentido con los socios actuales. Ahora bien, a nuestro entender, un pacto en tal sentido burla el espíritu y finalidad de la norma, porque, en efecto, al fijarse el plazo de no realización de explotaciones económicas en función del día de la adquisición de la participación mayoritaria, está implícito que la no aplicación de la restricción por causa de la realización de explotaciones económicas excluye justamente aquellas que puedan realizarse por causa de cesión o iniciativa de los futuros socios mayoritarios. En suma, para que la circunstancia prevista en la letra c) del apartado 2 del artículo 23 de la Ley 43/1995 impida la aplicación de la restricción, se precisa que la sociedad realice explotaciones económicas totalmente desvinculadas de los nuevos socios.

4. Aplicación temporal de la restricción a la compensación de bases imponibles negativas.

La norma de restricción a la compensación de bases imponibles negativas despliega sus efectos a lo largo del tiempo. En primer lugar, el hecho que desencadena su aplicación debe producirse en un determinado momento, a saber, después de la conclusión del período impositivo al que corresponde la base imponible negativa, a su vez, dicho período impositivo es un determinado período de tiempo, y, finalmente, la restricción opera en las liquidaciones correspondientes a los períodos impositivos en los que puede producirse la compensación. Todo ello plantea un conjunto de cuestiones relacionadas con la aplicación temporal de la norma, para cuya resolución entendemos que es decisivo considerar el momento en que se producen los hechos determinantes de la restricción, y que los efectos de la norma de restricción se producen en relación con los períodos impositivos en los que es procedente la compensación, a saber, aquellos que concluyen dentro de los diez años inmediatos y sucesivos a aquel en el que se determinó la base imponible negativa. Seguidamente examinamos las cuestiones que, en esta materia, entendemos más relevantes.

4.1. Aplicación de la restricción respecto de bases imponibles negativas correspondientes a períodos impositivos ya prescritos.

De acuerdo con lo previsto en los artículos 64 y 65 de la Ley General Tributaria, la Administración tributaria no podrá ejercitar la potestad de comprobación una vez transcurridos cuatro años contados a partir del día en que finalice el plazo reglamentario para presentar la declaración del período impositivo al que corresponde la base imponible negativa. Puede suceder, sin embargo, que la participación que confiere la mayoría se adquiera una vez transcurrido el período de prescripción.

A nuestro entender, la norma relativa a la restricción también puede aplicarse una vez superado el período de prescripción del período impositivo al que corresponde la base imponible negativa, puesto que los hechos constitutivos de la misma se pueden producir a partir de dicho momento, y, además, los efectos de la restricción se pueden proyectar respecto de períodos impositivos igualmente concluidos a partir de dicho momento, si bien, este argumento nos parece de menor fuerza que el primero.

Cuestión diferente es si la restricción se puede aplicar en períodos impositivos posteriores a aquel en el que se produjeron los hechos determinantes de la restricción, cuando, a causa de prescripción, dicho período impositivo ya no es susceptible de comprobación y el sujeto pasivo no practicó sus declaraciones-liquidaciones aplicando la restricción a la compensación de bases imponibles negativas que hubiera resultado pertinente.

A nuestro entender la restricción se puede aplicar pero sin que se pueda realizar la comprobación del período impositivo en el que se produjeron los hechos determinantes de la restricción, ni los hechos en sí mismos, debiendo tomarse como válidos los declarados en su día por el sujeto pasivo.

4.2. Aplicación de la restricción respecto de bases imponibles negativas correspondientes a períodos impositivos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 43/1995.

Las bases imponibles negativas susceptibles de compensación de acuerdo con lo previsto en la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, podrán ser compensadas en los períodos impositivos a los que se de aplicación la Ley 43/1995, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición transitoria duodécima de la misma. La Ley 61/1978 no establecía restricción alguna a la compensación de bases imponibles negativas, lo que, unido al principio general de irretroactividad establecido en el artículo 2.3 del Código Civil, y a la protección del principio constitucional de seguridad jurídica que podría verse desmerecido por una retroactividad de grado máximo, ha llevado a postular la no aplicación de lo previsto en el apartado 2 del artículo 23 respecto de la compensación de las referidas bases imponibles negativas.

A nuestro entender, debe, en efecto, en ausencia de una norma que específicamente regule la aplicación temporal de la norma de restricción, respetarse el principio general de irretroactividad previsto en el artículo 2.3 del Código Civil. Ahora bien, el respeto de dicho principio no determina que las bases imponibles negativas correspondientes a períodos impositivos iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley 43/1995, deban quedar inmunes respecto de la restricción a la compensación. En efecto, cuando el hecho determinante de la restricción, esto es, la adquisición de una participación mayoritaria, se hubiese producido después de la entrada en vigor de la Ley 43/1995, entendemos que la aplicación de los mandatos de la norma restrictiva es correcta, porque ello no implica retroactividad. Nótese que la restricción surte efectos respecto de los períodos impositivos en los que se ejercita la facultad de compensación, y que los hechos determinantes de la restricción se producen estando ya en vigor la Ley 43/1995.

Por el contrario, entendemos que se violentaría el principio general de irretroactividad, de obligado respeto en ausencia de regulación específica en contrario y salvando en todo caso las exigencias del principio constitucional de seguridad jurídica, si se pretendiese aplicar la norma restrictiva respecto de bases imponibles negativas correspondientes a períodos impositivos regidos por la Ley 61/1978, cuando los hechos determinantes de la restricción se hubieran producido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 43/1995.

VI. SUPUESTOS ESPECIALES DE COMPENSACIÓN DE BASES IMPONIBLES NEGATIVAS

Además del régimen de compensación de bases imponibles negativas contenido en los apartados 1 y 2 del artículo 23 de la Ley 43/1995, aplicable a todos los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades y a todo tipo de adquisición de participación, existen regulaciones para supuestos particulares, que integran lo que podríamos denominar los supuestos especiales. Podemos clasificar estos supuestos especiales en dos conjuntos definidos en función de su relación con la Ley 43/1995: los regulados en el título que la referida ley consagra a los regímenes especiales, es decir, el Título VIII, y los regulados en otras leyes o incluso en la propia Ley 43/1995, pero no formando parte de los regímenes especiales del citado Título VIII.

Son supuestos especiales de la compensación de bases imponibles negativas del Título VIII los relativos a:

- La tributación en el régimen de los grupos de sociedades (art. 88).
- Las operaciones de fusión y asimiladas (art. 104).
- La tributación de las sociedades de investigación y explotación de hidrocarburos (art. 120).
- La tributación de las uniones temporales de empresas (art. 68).
- La tributación de las agrupaciones de interés económico, españolas y europeas (arts. 66 y 67).

Son supuestos especiales de la compensación de bases imponibles negativas que no forman parte del Título VIII los relativos a:

- Las entidades de nueva creación (art. 23.3).
- Las sociedades concesionarias de autopistas, túneles y vías de peaje (art. 23.4).
- Las entidades que realicen nuevas actividades empresariales (art. 11 RD-Ley 3/1993 y art. 2 Ley 22/1993).
- Las entidades de producción de energía eléctrica (disp. adic. octava Ley 40/1994).
- Las sociedades cooperativas (art. 24 Ley 20/1990, de 19 de diciembre, sobre Régimen Fiscal de Cooperativas).

Comentaremos, brevemente, los supuestos especiales de compensación de bases imponibles negativas del segundo conjunto, excepto el relativo a las cooperativas que, en realidad, pertenece a los regímenes especiales, por naturaleza.

1. Entidades de nueva creación.

El apartado 3 del artículo 23 establece un cómputo del plazo de compensación de bases imponibles negativas especial en relación con las entidades de nueva creación. De acuerdo con la redacción original del referido apartado el cómputo del plazo de compensación debía realizarse «...a partir del primer período impositivo cuya base imponible sea positiva». La disposición final primera de la Ley 40/1998 ha dado nueva redacción a la norma parcialmente transcrita, sustituyendo «base imponible» por «renta», lo que parece más correcto, teniendo en cuenta que la compensación se produce con la renta positiva, de acuerdo con lo establecido en el apartado 1 del artículo 23. Parece, en efecto, más lógico computar el plazo a partir del primer período impositivo en el que sea posible la compensación que hacerlo a partir del primer período impositivo en el que el resultado de la compensación arroje una base imponible positiva.

La norma se aplica a las «entidades de nueva creación», lo que introduce un factor de no neutralidad en relación con las actividades existentes, de manera tal que por motivos fiscales resulta más adecuado emprender nuevas actividades o ampliar las ya ejercidas, en particular si encierran riesgos apreciables, a través de entidades de nueva creación.

El fundamento de la norma parece estar en que en los primeros años del ejercicio de una actividad, hasta que la misma alcanza la plena madurez, es normal la producción de pérdidas, de manera tal que una discriminación positiva respecto del plazo de compensación vendría a restituir una desigualdad mostrada por la realidad económica entre las entidades veteranas y aquellas que inician su existencia. Probablemente este argumento sólo sea válido en relación con un conjunto más o menos amplio de actividades, pero no con carácter general, y, desde luego, referido a la novedad en la actividad o en su apreciable ampliación, y no referido, como así lo exige la literatura legal, a la entidad que desarrolla la actividad.

Con independencia de la crítica anterior, es lo cierto que la norma no alude a la realización de nuevas actividades como requisito de aplicación del cómputo especial del plazo de compensación, a diferencia de lo establecido, por ejemplo, en el artículo 11 del Real Decreto-Ley 3/1993, que más adelante comentamos. Lo único relevante es que la entidad sea de nueva creación.

No distinguiendo la norma entre las diversas formas de creación de una entidad debemos entender que todas ellas son válidas, incluso la fusión por creación de una nueva entidad o las entidades resultantes de una operación de escisión, por más que en ambos casos se produzca una sucesión. Cuestión diferente es que el plazo especial de compensación sólo se pueda predicar, en estos casos, respecto de las bases imponibles negativas sufridas por la propia entidad de nueva creación, y no, por tanto, en relación con las bases imponibles negativas susceptibles de compensación por virtud de la subrogación regulada en el artículo 104.3 de la Ley 43/1995.

2. Sociedades concesionarias de autopistas, túneles y vías de peaje.

El artículo 159 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, añadió un nuevo apartado al artículo 23 para extender la aplicación del cómputo del plazo de compensación previsto para las entidades de nueva creación respecto de «...las bases imponibles negativas derivadas de la explotación de nuevas autopistas, túneles y vías de peaje realizadas por las sociedades concesionarias de tales actividades».

Esta norma se inscribe plenamente en el proceso de revisión que está sufriendo la Ley 43/1995, a partir del mismo momento de su aprobación y que se nutre de una triple fuente: incorporación de las políticas fiscales del partido ganador de las elecciones generales de 1996 (Ley 10/1996, RD-Ley 7/1996 y tipo de gravamen reducido para empresas de reducida dimensión), correcciones de carácter técnico, e incorporación de los puntos de vista de los partidos políticos que apoyan parlamentariamente al Gobierno. Probablemente el nuevo apartado 4 del artículo 23 procede de esta última fuente, y si debemos, como así parece procedente, buscar una justificación técnica al mandato contenido en el mismo, entendemos que no puede ser otra que aquella que hace referencia al largo período de maduración de las actividades concernidas de manera tal que en los primeros años de explotación las cargas financieras, básicamente, podrían determinar unas pérdidas que se recuperarían con los beneficios generados a medio y largo plazo. El problema reside en que el argumento precedente, caso de ser válido, también es aplicable a otras actividades, de aquí que la norma encierra una discriminación positiva para las sociedades concesionarias de autopistas, túneles y vías de peaje reprochable desde la perspectiva del principio de igualdad ante la ley.

Podrán disfrutar del cómputo especial del plazo de compensación las sociedades titulares de las concesiones, aun cuando no se hubiesen constituido a tal efecto, es decir, aunque no fueran entidades de nueva creación. La cualidad de sociedad concesionaria es determinante, sin estar investida de la misma no procede la aplicación de lo previsto en el artículo 23.4. Sin embargo, tal y como está redactada la norma, el cómputo especial del plazo de compensación no se aplica respecto de la base imponible negativa de la sociedad concesionaria, sino solamente respecto de aquella parte de la base imponible negativa derivada de la explotación de «nuevas» autopistas, túneles y vías de peaje. ¿Qué significado tiene la calificación de «nuevas»? Son varias las posibilidades interpretativas, pero en el contexto de la norma parece que la más apropiada consiste en entender por «nuevas» a las autopistas, túneles y vías de peaje cuya explotación comience a partir de la entrada en vigor del nuevo apartado 4 del artículo 23 de la Ley 43/1995, es decir, del día 1 de enero de 1997.

3. Entidades que realicen nuevas actividades empresariales.

El número 16 del apartado 2 de la disposición derogatoria única de la Ley 43/1995, declara no derogado el artículo 11 del Real Decreto-Ley 3/1993, de 26 de febrero. El referido artículo permite la compensación de bases imponibles negativas de manera ilimitada en el tiempo, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- Que la base imponible negativa derive de la realización de nuevas actividades empresariales. Se entiende por nuevas actividades empresariales aquellas que no se hayan ejercido anteriormente bajo otra titularidad. La doctrina administrativa, contenida en contestaciones a consultas del artículo 107 de la Ley General Tributaria, ha sido bastante rigurosa. En términos generales podemos decir que una actividad empresarial es nueva cuando se crea una organización empresarial, y no lo es cuando dicha organización ya existe. Así, por ejemplo, no habrá nueva organización en los casos de adquisición de una empresa o de absorción de un patrimonio empresarial, pero ya no es tan claro el supuesto en el que una entidad acomete actividades derivadas o complementarias de una principal que ya venía realizando o cuando amplía de manera significativa ésta.

La voluntad legislativa es clara, se trata de fomentar la actividad empresarial. Por ello entendemos que debe ponerse el acento, como apuntamos antes, en la creación de organizaciones empresariales, ya que es precisamente el factor organizativo el que materializa y concreta la esencia de la actividad empresarial.

- Que las nuevas actividades se realicen en local o establecimiento independiente, con total separación del resto de las actividades empresariales que, en su caso, pudiera realizar el sujeto pasivo.

Este requisito pone de relieve, por exclusión, que de la compensación ilimitada en el tiempo pueden disfrutar las entidades ya existentes en el momento de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/1993, a diferencia de lo previsto en el artículo 23.3 de la Ley 43/1995, donde el acento se pone en la novedad de la propia entidad.

El requisito de «local o establecimiento independiente» se inscribe en el objetivo de fomentar la creación de nuevas actividades empresariales. La separación física de la nueva actividad respecto de las preexistentes parece coadyuvar a la definición y exteriorización de aquélla.

- Que las nuevas actividades se hayan iniciado entre el día 3 de marzo de 1993 y el 31 de diciembre de 1994.

Este requisito está en consonancia con el objetivo de estimular la demanda de inversión, materializada en actividades empresariales nuevas, de manera inmediata, ya que en dicho período de tiempo la economía española atravesaba una fase de recesión.

La carga de probar el inicio de la actividad pesa sobre el sujeto pasivo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 114 de la Ley General Tributaria, y podrá hacerse por los medios de prueba válidos en Derecho, de acuerdo con lo establecido en el artículo 115 de la Ley General Tributaria.

La compensación ilimitada en el tiempo solamente se aplica respecto de «...las bases imponibles negativas correspondientes a los períodos impositivos cerrados durante los tres años siguientes a la fecha de inicio de la nueva actividad».

Como quiera que la fecha límite de inicio de la nueva actividad es, como ya sabemos, 31 de diciembre de 1994, el tercer año de nueva actividad concluirá, a lo más, el 31 de diciembre de 1997. Por lo tanto, para entidades cuyo ejercicio económico coincida con el año natural, las bases imponibles negativas que podrán ser compensadas ilimitadamente en el tiempo son las correspondientes a los períodos impositivos de 1995, 1996 y 1997. Dado que el momento inicial de una actividad empresarial ofrece evidentes dificultades de concreción, la determinación de las bases imponibles negativas sujetas a compensación ilimitada también está sometida a tales dificultades.

La norma encierra una discriminación positiva respecto de la tributación de las rentas procedentes de actividades empresariales iniciadas en el plazo temporal comprendido entre el 3 de marzo de 1993 y el 31 de diciembre de 1994, de incierta eficacia económica, dudosa adecuación al principio de igualdad y técnicamente ambigua, quizá porque la delimitación abstracta de las «nuevas actividades empresariales» así lo imponga.

4. Entidades de nueva creación bonificadas.

El número 19 del apartado 2 de la disposición derogatoria única de la Ley 43/1995, declara no derogado el artículo 2 de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre. En dicho artículo se establece una bonificación del 95 por 100 aplicable a los rendimientos de las explotaciones económicas constituidas entre la fecha de entrada en vigor de la Ley 22/1993 y el 31 de diciembre de 1994, siempre que se cumplan un conjunto de requisitos.

La bonificación se aplica a los períodos impositivos que se inicien durante 1994, 1995 y 1996. Pues bien, las bases imponibles negativas habidas en los mismos siguen un régimen de compensación especial, caracterizado por las siguientes notas:

- No es aplicable el límite «...a que se refiere el artículo 18 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre,...».

Parece claro que, respecto de los períodos iniciados a partir de la entrada en vigor de la Ley 43/1995, la referencia pertinente es al artículo 23 de la misma.

- El importe a compensar se determina en cada período impositivo, pero el saldo «...pendiente de compensación en el último de los períodos impositivos... únicamente será compensable en la parte que excede de las bases imponibles positivas habidas en los mismos».

Esta norma implica una restricción respecto del régimen general, cuyo efecto práctico consiste en disminuir el importe de la base imponible susceptible de compensación. En efecto, el importe susceptible de compensación en los períodos impositivos posteriores al último bonificado tendrá como límite la suma algebraica de las bases imponibles habidas en los períodos bonificados correspondientes a las operaciones imputables a los mismos.

Veamos un *ejemplo*:

10

Ejemplo:

Períodos	1994	1995	1996
Bases imponibles	(30)	10 (40 – 30)	(80)
Base imponible compensable en 1997 y siguientes (80 – 10)		70	

5. Entidades productoras de energía eléctrica.

El número 23 del apartado 2 de la disposición derogatoria única de la Ley 43/1995, declara no derogada la disposición adicional octava de la Ley 40/1994, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional, y lo propio hizo la disposición derogatoria única de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, que derogó la Ley 40/1994.

La referida disposición adicional octava ordenó la paralización de las centrales nucleares en moratoria. Pues bien, si como consecuencia de la paralización resultase la base imponible negativa, el plazo de compensación era de 10 años.

Elevado el plazo de compensación a 10 años, con carácter general, en virtud de la modificación del apartado 1 del artículo 23 de la Ley 43/1995, efectuada por la disposición final segunda de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, lo previsto en la disposición adicional octava de la Ley 40/1994 ha perdido su especificidad.

VII. LA COMPENSACIÓN DE BASES IMPONIBLES NEGATIVAS EN LA TRAMITACIÓN LEGISLATIVA DEL PROYECTO DE LEY DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

La práctica totalidad de los grupos parlamentarios presentaron enmiendas al artículo 23 del Proyecto de Ley del Impuesto sobre Sociedades, en el que se regulaba la compensación de las pérdidas fiscales. Así, en el Congreso de los diputados se presentaron las enmiendas número 21 (Grupo Vasco), número 66 (Grupo Federal IU-IC), número 182 (Grupo Socialista), números 293, 294 y 295 (Grupo Popular), y en el Senado las enmiendas número 109 (Grupo Socialista), números 188, 189 y 190 (Grupo Popular), número 327 (Grupo Vasco) y número 28 (Grupo mixto).

Las enmiendas ante el Congreso y el Senado tenían el mismo contenido, y, a excepción de las del Grupo Socialista, que se limitaban a mejorar el texto del proyecto pero sin alterarlo en su estructura, todas ellas pretendían modificar los plazos de compensación.

El Grupo Federal IU-IC, enmienda número 66, pretendía que el plazo de compensación se fijase en cinco años, como así lo estaba en la Ley 61/1978, por entender que dicho plazo era «Tiempo más que suficiente...». En el extremo opuesto estaba la posición del Grupo Vasco, que postulaba una compensación ilimitada en el tiempo.

El Grupo Parlamentario Popular, cuyas enmiendas al proyecto de Ley del Impuesto sobre Sociedades dejaban constancia de unos criterios ciertamente muy definidos, también propuso la compensación ilimitada en el tiempo o, alternativamente, ampliar el plazo a diez años y, lo que es más importante una compensación retrospectiva «con las bases imponibles positivas correspondientes a los períodos impositivos concluidos en los tres años anteriores...». No cabe duda que esta enmienda era verdaderamente innovadora.

Sin embargo adolecía de una cierta debilidad técnica pues, a pesar de que en la justificación a la misma se hacía referencia al objetivo de adecuar «...el mecanismo de la compensación de pérdidas a las tendencias dominantes en los países de nuestro entorno...», es lo cierto que en el texto de la misma faltaba un elemento esencial, a saber, su engarce con el sistema de eliminación de la doble imposición de dividendos interna, engarce éste que ya en aquellas fechas recogía tanto la legislación francesa como la alemana.

En efecto, puesto que tanto en el Impuesto sobre Sociedades como en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o los dividendos no se gravan o se gravan con deducción del Impuesto sobre Sociedades pagado por la sociedad, parece claro que la compensación no puede realizarse «con las bases imponibles positivas...», o bien, que no pueden devolverse «...las cuotas ingresadas...», sino que la compensación puede realizarse únicamente en relación con las bases imponibles positivas que correspondan a beneficios no distribuidos o bien que solamente puedan devolverse las cuotas ingresadas en la medida que correspondan a dichos beneficios no distribuidos. Ésta es la solución técnica que, con matices, está establecida en Francia y Alemania.

Ha de reconocerse, sin embargo, que las aludidas normas francesa y alemana, en alguna medida no son neutrales ante la política de distribución de resultados, de manera tal que casaban mal con un proyecto pretendidamente inspirado en el principio de neutralidad. Desde esta perspectiva lo técnicamente más adecuado tal vez era no computar la pérdida patrimonial derivada de la depreciación que en el valor de la participación producen las pérdidas. Pero las enmiendas al Grupo Parlamentario Popular tampoco hacían referencia a esta medida.

También es digno de mención que respecto del sistema de restricción a la compensación de bases imponibles negativas del apartado 2 del artículo 23 del proyecto de ley, que finalmente devino en norma legal, ningún grupo parlamentario presentó enmiendas, lo que fue tanto más sorprendente cuanto que, de una parte, el problema de la «compra de pérdidas» respondía a prácticas irregulares bastante difundidas y conocidas, y de otra, la norma proyectada podía ser tachada de tímida, sin lugar a dudas, de manera tal que lo esperable no era, ciertamente, la ausencia de enmiendas.

VIII. ASPECTOS INTERNACIONALES DE LA COMPENSACIÓN DE BASES IMPONIBLES NEGATIVAS

Aunque tenuemente, el legislador español se ha preocupado por la quiebra que para el principio de capacidad económica supone el cobijo bajo la compensación de bases imponibles negativas de rentas obtenidas por personas o entidades que no han soportado previamente las pérdidas de las que proceden dichas bases imponibles negativas, estableciendo a tal efecto una restricción regulada en el artículo 23.2 de la Ley 43/1995. Ahora bien, en un mundo inmerso en un proceso de globalización que derriba las fronteras económicas, los sistemas fiscales de los diversos países están inexorable y multilateralmente condicionados y, en ocasiones, subordinados. Porque, en efecto, la voluntad del legislador fiscal nacional no puede conformarse de manera constructiva y eficiente sin considerar los principios y determinadas regulaciones específicas de los sistemas fiscales países de su entorno económico que, como sabemos, cada vez es más amplio. ¿De qué sirve la restricción a la compensación de bases imponibles negativas del artículo 23.2 si los sujetos pasivos encuentran entidades residentes en el extranjero que, de acuerdo con la legislación a la que se someten, pueden compensar libremente sus pérdidas?

La cuestión propuesta forma parte o deriva, sin duda, de otra de carácter más general que hace referencia a los efectos que sobre la soberanía fiscal de los diferentes países encierra el proceso de globalización. No está a nuestro alcance adentrarnos en tan compleja materia, pero sí podemos esbozar algunas reflexiones en relación con la materia de compensación de bases imponibles negativas.

1. Las restricciones a la compensación de bases imponibles negativas y la transparencia fiscal internacional.

De acuerdo con lo previsto en el apartado 7 del artículo 121 de la Ley 43/1995, el importe de la renta positiva obtenida por la sociedad participada a incluir en la base imponible del socio se determina aplicando «...los principios y criterios establecidos en esta ley (Impuesto sobre Sociedades) y en las restantes disposiciones relativas a este Impuesto para la determinación de la base imponible...». Por lo tanto, para determinar la renta positiva que el socio debe incluir en su base imponible, será de aplicación el artículo 23.2 de la Ley 43/1995, pues la restricción a la compensación de bases imponibles negativas es una norma relativa a la determinación de la base imponible.

Ahora bien, el ámbito de aplicación de las normas sobre transparencia fiscal internacional es muy reducido, tanto por la naturaleza de las rentas afectadas como por la «regla de *mínimum*», del apartado 3 del artículo 121. En este sentido parece claro que la transparencia fiscal internacional es un débil dique para contener el fenómeno del aprovechamiento de sociedades no residentes con pérdidas compensables.

2. La restricción a la compensación de bases imponibles negativas en los países de nuestro entorno.

La única manera de hacer frente al fenómeno del diferimiento en la tributación de rentas mediante el aprovechamiento de sociedades con pérdidas compensables es la existencia de regulaciones semejantes en los diferentes países. Entre las recomendaciones del denominado Informe Ruding figuraba la armonización, a través de la correspondiente directiva, del sistema de compensación de pérdidas, y aunque la preocupación central que latía detrás de esa recomendación no era, básicamente, la de contrarrestar el aprovechamiento ilícito de pérdidas sino morigerar la competencia fiscal basada en la compensación de pérdidas, parece claro que ya desde 1992 la preocupación por la cuestión estaba oficialmente manifestada en las instancias técnicas de la Unión Europea. Máxime si tenemos en cuenta que el Informe Ruding pone el acento en las «...desigualdades de tratamiento en caso de adquisición o reestructuración de una empresa...», supuesto en el que deben operar las reglas restrictivas de la compensación de bases imponibles negativas. Examinaremos, brevemente, los rasgos más destacados de las restricciones a la compensación de bases imponibles negativas en Francia, Alemania y Reino Unido.

2.1. Las restricciones a la compensación de pérdidas en Francia.

En Francia el derecho a la compensación de pérdidas fiscales se extingue cuando concurre alguna circunstancia que modifica la identidad de la empresa. El concepto de identidad de empresa comprende la identidad del sujeto pasivo y la identidad de la naturaleza de la actividad ejercida.

Las circunstancias determinantes de un cambio de identidad son las siguientes:

- Cesación total de la actividad por la sociedad. Esta cesación puede revestir dos modalidades: cesación de hecho y cesación resultante de una cesión del conjunto de las actividades, pero no de la sociedad misma, a un tercero.
- Cambio profundo del objeto social o de la actividad real de la sociedad.
- Cambio de régimen fiscal, de manera tal que la sociedad deja de estar sometida al Impuesto sobre Sociedades, como en el caso de la transformación en sociedad de personas.
- Determinados casos de transformación jurídica que implican cambio en el régimen fiscal: transformación en grupo de interés económico, transformación en sociedad de inversión de capital variable...
- Fusión, excepto autorización administrativa, en relación con las pérdidas de la sociedad absorbida.
- Operaciones societarias que determinan un cambio real de la sociedad: aportación de activos o escisión parcial de activos.
- Disolución y liquidación de la sociedad.

2.2. Las restricciones a la compensación de pérdidas en el Reino Unido.

En el Reino Unido el derecho a la compensación de pérdidas fiscales se extingue en los siguientes supuestos:

- Dentro del período de tres años, anterior o posterior al momento en el que se produjo la pérdida, hay un cambio en la propiedad de la sociedad y un cambio importante en el tipo de actividad realizada por la misma.
- En cualquier momento hay un cambio en la propiedad de la sociedad que venía realizando actividades empresariales pequeñas o despreciables y con posterioridad al cambio de propiedad se produce una reactivación sustancial de la empresa.

A los efectos de determinar el cambio o la reactivación sustancial de las actividades empresariales, se toma en consideración el aumento de la cifra de negocios, la variación en el tipo de bienes o servicios ofrecidos, en la clientela o en los mercados en los que se opera.

2.3. Las restricciones a la compensación de pérdidas en Alemania.

En Alemania es requisito esencial para la compensación de pérdidas fiscales que la sociedad conserve su identidad jurídica y económica. A estos efectos se entiende que no existe identidad económica si se transmite más de la mitad de las acciones de una sociedad y la misma continúa sus actividades con un patrimonio nuevo o reconstituido, no entendiéndose por tal el que tiene por objeto sanear las pérdidas contables.

Puede apreciarse que tanto en Alemania como en el Reino Unido un cambio significativo en la composición del grupo de socios en unión a un cambio en la actividad empresarial determina la extinción del derecho a la compensación de pérdidas fiscales.

En la legislación española el cambio significativo en la composición del grupo de socios en unión a la inactividad previa de la sociedad también determina la extinción del derecho a la compensación de bases imponibles negativas. En cierto modo el requisito de la inactividad determina, por sí solo, la necesaria aparición posterior de una actividad real nueva después del cambio significativo en la composición del grupo de socios y, lo más probable, con aportación de nuevos recursos.

Puede apreciarse que existe una cierta homogeneidad entre las legislaciones alemana, británica y española. Si a ello unimos que los tres países, y el resto de los que son miembros de la Unión Europea, tienen incorporados sistemas para evitar la doble imposición económica internacional que, como mínimo, cumplen las exigencias de la Directiva 435/1990, podemos concluir que las bases para un proceso de convergencia en esta materia están esbozadas con una cierta nitidez.

3. Bases para la armonización de las restricciones a la compensación de bases imponibles negativas.

Aunque en materia de imposición directa los poderes de la Unión Europea son muy limitados, la propia lógica del Tratado de la Unión apunta a que en un futuro, más o menos próximo o lejano, la tributación sobre el beneficio de las empresas en los distintos Estados miembros ha de concebirse de manera armónica.

Ya en la actualidad, aunque de manera tenue, se percibe un movimiento hacia dicha concepción a través de una triple vía: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con el principio de no discriminación; la voluntad de la Comisión de aplicar la normativa sobre ayudas de Estado en el dominio de la fiscalidad, como así lo prueba la Comunicación de 11-11-1998; el Código de Conducta en materia de fiscalidad de las empresas aprobado en el Ecofin de 1 de diciembre de 1997.

Una concepción armónica implica, esencialmente, que la tributación sobre el beneficio de las empresas sea neutral en relación con la movilidad de capitales y que la diversidad de sistemas fiscales no frustre el buen funcionamiento de todos y cada uno de ellos. En este punto, el establecimiento de un sistema uniforme para la compensación de bases imponibles negativas es singularmente relevante.

Los principios rectores de dicho sistema podrían ser los siguientes:

- El beneficio obtenido por las sociedades debe gravarse en el Estado en que residan, y los beneficios distribuidos por las mismas en el Estado donde residen los socios, que deberá aplicar un sistema para evitar la doble imposición.

También deben gravarse en el Estado en donde residan los socios las plusvalías obtenidas en la transmisión de la participación pero, en tal caso, igualmente deberá aplicarse un sistema para evitar la doble imposición.

- Los inversores que no han soportado las pérdidas susceptibles de compensación deben tributar sobre los beneficios de su inversión a través de la imposición que gravita sobre la sociedad participada, por tanto, en el Estado en que reside la misma, y la distribución de estos beneficios o las plusvalías derivadas de la transmisión de la participación deben tributar en el Estado donde residan los socios, el cual aplicará un sistema para evitar la doble imposición.
- Los socios minoritarios que soportaron las pérdidas no deberán verse perjudicados por el sistema de restricción que se establezca, cualquiera que sea el país en que residan.

En base a esos principios, el esquema de tributación podría ser el siguiente:

- El sistema de restricción a la compensación de bases imponibles negativas se aplicaría por todos los Estados miembros cuando se produjera un cambio significativo en la composición del grupo de socios. Podría entenderse como cambio significativo el porcentaje de participación establecido en la Directiva 435/1990, es decir, el 25 por 100.

- La pérdida susceptible de compensación determinada con anterioridad al cambio significativo en la composición del grupo de socios se dividiría en dos partes: la correspondiente a los nuevos socios y la correspondiente a los antiguos. Las primera parte no sería susceptible de compensación.

La segunda parte se compensaría con la parte del beneficio correspondiente a los socios antiguos.

- La pérdida no susceptible de compensación se determinaría minorando la misma en la diferencia positiva entre las aportaciones recibidas por la sociedad de sus socios con anterioridad a la toma de la participación significativa y el importe del precio pagado para su adquisición (aproximación conservadora). También podría determinarse sin practicar dicha minoración (aproximación progresiva).
- El impuesto satisfecho por la sociedad respecto de la parte del beneficio imputable a los nuevos socios sería recuperado por los mismos, en virtud de la aplicación de la Directiva 435/1990, con ocasión de la tributación de los beneficios distribuidos en su imposición personal en el Estado en que residan. El impuesto también se recuperaría con ocasión de la tributación de las plusvalías obtenidas por los socios en la transmisión de la participación en el Estado en que residan.
- El sistema de restricción operaría aun cuando la sociedad no se hallare inactiva.
- La sociedad estaría obligada a llevar cuenta de los impuestos satisfechos sobre los beneficios, distinguiendo entre los relativos al beneficio que corresponde a los nuevos socios y a los restantes.

Veamos un *ejemplo* en el que la sociedad se constituye en Francia, los socios iniciales son residentes en Alemania y los socios que protagonizan el cambio significativo son españoles.

11	
Ejemplo:	
CONTABILIDAD DE LOS SOCIOS ALEMANES	CONTABILIDAD DE LA SOCIEDAD
<p>100 Cv</p> <p style="padding-left: 40px;">a Tesorería 100</p> <p>(por la constitución)</p> <p style="text-align: center;">_____ x _____</p> <p>32 Tesorería</p> <p>48 P y g</p> <p style="padding-left: 40px;">a Cv 80</p> <p>(pérdida en la transmisión del 80% de la participación)</p> <p style="text-align: center;">_____ x _____</p>	<p>100 Elementos</p> <p style="padding-left: 40px;">a Capital 100</p> <p>(por la constitución)</p> <p style="text-align: center;">_____ x _____</p> <p>60 P y g</p> <p style="padding-left: 40px;">a Pasivo 60</p> <p>(ejercicios con pérdidas)</p> <p style="text-align: center;">_____ x _____ .../...</p>

.../...

**CONTABILIDAD DE LOS SOCIOS
ESPAÑOLES**

32	<i>Cv</i>				
	<i>a Tesorería</i>	32	-		-
	(por la adquisición de la participación)				
	x	x	x	x	x
112	<i>Tesorería</i>		100	<i>Activo</i>	
	<i>a Cv</i>	32		<i>a P y g</i>	100
	<i>a P y g</i>	80		(ejercicios con beneficios)	
	(por la transmisión de la participación)				
	x	x	x	x	x

**CONTABILIDAD DE LOS SOCIOS
ALEMANES**

28	<i>Tesorería</i>				
	<i>a Cv</i>	20			
	<i>a P y g</i>	8			
	(por la transmisión de la participación)				
	x	x			

FISCALIDAD DE LA OPERACIÓN ¹

Francia. Sociedad participada

Ejercicio con pérdidas	(-)
Ejercicio con beneficios	88
Beneficios	100
Beneficios socios alemanes (100/20%)	20
Pérdidas compensables socios alemanes (60/20%)	12
Beneficios socios españoles (100/80%)	80
Pérdidas socios españoles (60/80%)	48
Aportaciones correspondientes a la participación de los socios	
españoles (100/80%)	80
Precio de adquisición de la participación	32
Importe de la restricción a la compensación de pérdidas	48
Pérdidas compensables socios españoles (48 - 48)	-

¹ Determinamos el importe de la pérdida no compensable por la «aproximación conservadora», aunque en este caso la «aproximación progresiva» es coincidente porque el precio de adquisición coincide con el valor de las aportaciones minorado en el importe de las pérdidas contables. En la «aproximación progresiva» se eliminaría el importe de la pérdida imputable a los nuevos socios, sin minoración alguna.

.../...

.../...	
Beneficios tributables (100 – 12)	88
Beneficios tributables correspondientes a socios alemanes (20 – 12)	8
Beneficios tributables correspondientes a socios españoles (80 – 0) ..	80
Alemania. Socios	
Socios que transmitieron la participación significativa (32 – 80)	(48)
Socios que no transmitieron la participación significativa (8 – 8).....	–
España. Socios	
Socios adquirentes de la participación significativa (80 – 80)	–
TOTAL BASE DE TRIBUTACIÓN	40
La conjunción del sistema de restricción a la compensación de bases imponibles negativas con el sistema para evitar la doble imposición, determina que el beneficio total habido en el conjunto formado por los socios y la sociedad, 40, se distribuya de la siguiente manera:	
• Por la sociedad. Francia	88
• Por los socios. Alemania	(48)
• Por los socios. España	–
TOTAL	40

Como puede apreciarse, el sistema descrito evita el diferimiento en el pago de impuestos y no produce exceso de imposición, pero puede ser criticable porque desplaza la tributación al país en el que reside la sociedad participada en perjuicio de los países en que residen los socios. Para evitar este efecto, podría establecerse un derecho de devolución de impuestos a favor de los socios adquirente de la participación significativa por el importe debido a la restricción a la compensación de bases imponibles negativas que nacería en el momento de la distribución de los beneficios o en el de la transmisión de la participación, alternativamente. La devolución sería satisfecha por el país de residencia de la sociedad participada (en nuestro caso Francia) a través de la propia sociedad participada, lo que repercutiría en el sistema de eliminación de la doble imposición, que, en tal caso, no se aplicaría por la parte correspondiente al beneficio afecto a la devolución.

Si retomamos el ejemplo precedente, tendríamos lo siguiente:

FRANCIA. Sociedad participada	
Ejercicio con beneficios	88
Ejercicio con beneficios, y además, devolución	(48)
ALEMANIA. Socios	
Ejercicio con beneficios	
Ejercicio con beneficios, y además, devolución	
ESPAÑA. Socios (80 – 80 + 48)	
	48
TOTAL	40

El sistema propuesto permite lograr los siguientes objetivos:

- Que la renta obtenida a través de la sociedad se grave en el país de su obtención (Francia en el ejemplo).
- Que la distribución de la renta o la transmisión de la participación no determine un exceso de imposición, de manera tal que la doble imposición queda totalmente corregida.
- Que los socios que adquieren la participación significativa no puedan diferir el pago de los impuestos sobre las rentas obtenidas a través de la sociedad.
- Que las rentas, positivas o negativas, obtenidas por los socios tributen en el país de su residencia, pero sin sufrir doble imposición.

La viabilidad del sistema propuesto no es despreciable.

En primer lugar porque, como hemos visto, la modificación de las condiciones del grupo de socios ya determina en las legislaciones internas de España, Alemania y el Reino Unido, restricciones a la compensación de bases imponibles negativas, en segundo lugar, porque la Directiva 435/1990, ha abierto el camino para un ulterior perfeccionamiento de los métodos para evitar la doble imposición económica internacional mediante su extensión a las plusvalías obtenidas en la transmisión de las acciones o participaciones y, en tercer lugar, porque todos los esfuerzos para establecer una conducta fiscal leal entre los distintos Estados miembros de la Unión Europea están condenados al fracaso práctico si no se logra un adecuado grado de convergencia en esta materia.