

**ÁNGEL ESTEBAN MARINA***Doctor en Ciencias Económicas  
Inspector de Finanzas del Estado***Extracto:**

SE examinan las modificaciones que la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades ha introducido en la figura de la compensación de pérdidas, analizando aspectos como los relativos al plazo para poder efectuarla, cautelas en sociedades adquiridas con pérdidas pendientes de compensación, tratamiento especial para sociedades de nueva creación, titularidad de las pérdidas pendientes de compensar en caso de abandono de un grupo consolidable por una sociedad que, previamente, aportó pérdidas compensables, etc.

---

## Sumario:

---

- I. Presentación.
- II. Criterio histórico-doctrinal. Soporte instrumental.
- III. La compensación de pérdidas en el Derecho positivo.
  1. Ley 41/1964, de 11 de junio: Exposición de Motivos y artículo 95.
  2. Orden Ministerial de 4 de diciembre de 1964.
    - 2.1. Pérdidas amortizables.
    - 2.2. Contabilización independiente.
    - 2.3. Comunicación a la Administración.
    - 2.4. Pérdidas no saldadas en el plazo de cinco años.
  3. Ley 61/1978, artículo 18.
  4. Real Decreto 2631/1982, artículos 156 a 163.
- IV. Ley 43/1995, artículo 23: compensación de bases imponibles negativas.
  1. Resultado contable y bases imponible y liquidable.
  2. Plazo.
  3. Las pérdidas de los años 1989 y 1990.
  4. Cautelas a la compensación en sociedades adquiridas con pérdidas pendientes de compensar.
  5. Regla especial para las sociedades de nueva creación.
  6. Explotación de nuevas autopistas, túneles y vías de peaje.
- V. Pérdidas pendientes de compensar a 31 de diciembre de 1995: régimen transitorio.
- VI. Las pérdidas a compensar en los grupos consolidables: antecedentes.
  1. La extinción del grupo.
  2. Abandono del grupo por una sociedad componente.
  3. Anulación por ley del derecho a tributar por balance consolidado: compensación de las pérdidas pendientes a través de las cuotas del Impuesto sobre Sociedades.

## I. PRESENTACIÓN

La compensación de pérdidas es, en estos momentos, uno de los aspectos tributarios más debatidos en el Derecho Fiscal comparado. El número de ejercicios anteriores al que se liquida a los que debe afectar la compensación; que ésta se haga con los beneficios futuros o que pueda realizarse también con cargo a ejercicios precedentes, en cuyo caso procedería la devolución administrativa de cuotas ingresadas; naturaleza de las pérdidas compensables (todas las habidas o únicamente las resultantes de la explotación, con exclusión de las patrimoniales); el denominado «saneamiento financiero» y las relaciones de éste con la normativa mercantil; el tratamiento contable, etc., son cuestiones de plena actualidad y continua discusión en los Estados miembros de la U.E.

En los números 46 y 48 (finales de 1983 y principios de 1984) de *Crónica Tributaria*, Carlos Vázquez Canales y el autor de estas líneas publicaron dos trabajos relativos a la compensación de pérdidas según se regulaba la misma en la legislación vigente en la época. De dichos trabajos, resumiendo bastante su contenido, se han extraído los aspectos relativos a los antecedentes históricos de la figura tributaria que se analiza. He creído conveniente hacerlos llegar al lector pensando que, con ellos, se tiene una panorámica histórica relativamente completa que permite efectuar las comparaciones que puedan considerarse de interés.

La Ley 43/1995 ha modificado aspectos importantes de la referida compensación tales como los relativos al plazo para poder efectuarla, cautelas en sociedades adquiridas con pérdidas pendientes de compensación, tratamiento especial para sociedades de nueva creación, titularidad de las pérdidas pendientes de compensar en caso de abandono de un grupo consolidable por una sociedad que, previamente, aportó pérdidas compensables, etc.

Al análisis de las anteriores modificaciones y a la posible incidencia que, en mi criterio, las mismas puedan tener sobre la mecánica liquidatoria del Impuesto sobre Sociedades, están dedicados los epígrafes que componen este trabajo.

## II. CRITERIO HISTÓRICO-DOCTRINAL. SOPORTE INSTRUMENTAL

Durante todo el presente siglo, hasta el año 1964, el Impuesto sobre Sociedades se concebía políticamente de la siguiente forma: el Estado era un partícipe privilegiado en los resultados de las sociedades; el privilegio se manifestaba en el hecho de participar exclusivamente en los beneficios sociales. La participación en las pérdidas que pudieran producirse quedaba excluida por completo.

En base a la referida concepción política se fueron estableciendo las normas legales reguladoras del impuesto, siempre con supeditación a los principios siguientes:

- 1.º Unidad e independencia de ejercicios.
- 2.º El beneficio de cada uno de éstos se determinaba por la diferencia entre los ingresos por todos los conceptos menos los gastos necesarios para la obtención de tales ingresos.
- 3.º El devengo como norma para la imputación a ejercicios de los gastos y los ingresos.
- 4.º Independencia, o cuanto menos total autonomía, de los preceptos del Impuesto sobre Sociedades en el sentido de su obligado cumplimiento en el ámbito fiscal, aunque entraran en posible colisión con los preceptos de otro ordenamiento (civil, mercantil, laboral, etc.).

Todo el funcionamiento del Impuesto sobre Sociedades, tanto para la Hacienda como para las empresas, tenía como eje la contabilidad llevada por el método de partida doble. Esto determinaba que la teoría del cargo y abono de las cuentas, el análisis de las masas patrimoniales, las reglas para la formación de los inventarios y los balances, etc., se considerasen normas de cumplimiento obligatorio por las empresas, aunque no fueran recogidas expresamente por la legislación fiscal reguladora. A su vez, al promulgarse ésta, se procuraba fuese adaptada y/o adaptable a la contabilidad empresarial llevada con arreglo a los preceptos del Código de Comercio.

La aportación de la contabilidad al impuesto se intensifica a partir de la reforma de 1922; el Texto Refundido que se publica este año estructura definitivamente la Tarifa III como una cuenta de pérdidas y ganancias *sui generis* a la que se han de abonar *todas las rúbricas de ingresos* del ejercicio y, en cambio, se cargan solamente *aquellas partidas* que, siendo parte de los conceptos de gastos del ejercicio, son admitidas por el legislador y, en su caso, por los jurados tributarios, como necesarias para la obtención de los mencionados ingresos. Así pues, la imprescindible distinción entre contabilidad empresarial y contabilidad fiscal viene establecida en el Impuesto sobre Sociedades prácticamente desde su origen.

### III. LA COMPENSACIÓN DE PÉRDIDAS EN EL DERECHO POSITIVO

La concepción política del impuesto a que se acaba de hacer referencia se quiebra en 1964. La única explicación doctrinal y administrativa, repetida hasta la saciedad fue la siguiente: «El beneficio de la empresa solamente puede determinarse con precisión al término de la vida de ésta; por ello, la aplicación del principio de independencia de ejercicios puede dar lugar a un gravamen superior del que resultaría de considerar la vida de la empresa como un todo, dado que la renta de ésta no se produce en el tiempo de manera uniforme y continua». Este razonamiento no es por completo aceptable. Evidentemente, una empresa mercantil en nada se parece a un ser humano; la empresa puede, a voluntad de los gestores, crecer o decrecer alternativamente; alcanzar larguísima supervivencia y hasta, teóricamente, la inmortalidad, o extinguirse en cualquier momento. Nada de esto le es posible a la persona física.

Por diversas causas, los usos y las leyes mercantiles han consagrado desde tiempo inmemorial *el hecho* de calcular el beneficio de la empresa ejercicio a ejercicio. Necesidades sociales, económicas o concretamente fiscales pueden aconsejar al legislador hacer los ejercicios independientes o comunicados entre sí. Pues bien, estas necesidades son las que hay que esgrimir y no razones exógenas, sobre todo si nada tienen que ver con las auténticas razones causales.

#### 1. Ley 41/1964, de 11 de junio: Exposición de Motivos y artículo 95.

Aunque dicha Exposición era amplísima, dedicaba escasas líneas al tema que se analiza. Eludía cualquier explicación contable o fiscal, y se limitaba a mencionar el sector editorial como actividad necesitada de especial protección por la depreciación de los fondos editoriales. Su texto fue el siguiente: «En forma congruente con el régimen de los demás impuestos, se introduce asimismo en el de sociedades, con carácter general y hasta un período de cinco años, el sistema de compensación de pérdidas en diversos ejercicios y en especial, para las actividades editoriales en régimen de depreciación de sus fondos».

El artículo 95 es el único dedicado por la Ley de Reforma Tributaria de 1964 a la compensación de pérdidas; preceptuaba en su número uno:

Uno. En los ejercicios que se cierran en 31 de diciembre de 1964 y sucesivos, las sociedades y demás entidades jurídicas, podrán saldar las pérdidas de un ejercicio con cargo a los resultados obtenidos en los cinco siguientes, siempre que las mismas correspondan a la actividad o actividades que constituyan su objeto social y que no se deriven de enajenaciones patrimoniales ni de amortizaciones por coeficientes superiores a los máximos a que se refiere el artículo 83 de esta Ley.

## 2. Orden Ministerial de 4 de diciembre de 1964.

Esta Orden tenía por objeto reglamentar los más importantes aspectos de la compensación de pérdidas que, a mi juicio, eran los siguientes:

### 2.1. Pérdidas amortizables.

«Para determinar la cuantía de las pérdidas amortizables no se tomarán en cuenta la parte de éstas derivadas de la enajenación de los elementos constitutivos de su patrimonio ni las de las amortizaciones cargadas al ejercicio, en cuanto excedan de los coeficientes máximos de amortización a que se refiere el artículo 83 de la Ley, incluso cuando se trate de amortizaciones aceleradas o de planes especiales de amortización.»

Dos cuestiones de especial interés presentaba el párrafo anterior. La primera es la relativa a que «no se tomarán en cuenta la parte de éstas (las pérdidas) derivadas de la enajenación de los elementos constitutivos de su patrimonio». Este precepto, en contra de lo que se dijo, no nacía de la existencia en España del régimen de estimación global de bases impositivas, sino que incorporaba al Derecho español una norma habitual en la legislación extranjera. La distinción y matización, a efectos de compensar pérdidas, entre los resultados de la actividad empresarial y las plusvalías y minusvalías patrimoniales (terminología latina, preferentemente francesa), o ganancias y pérdidas de capital (terminología sajona) era ya de general aceptación en 1964. El legislador español, deseoso de impulsar la inversión y la exportación, a la vista del Derecho Fiscal europeo, opta por aceptar la compensación de pérdidas resultantes de actividades empresariales y excluye la compensación de pérdidas patrimoniales.

La segunda cuestión es el cómputo de las amortizaciones. La limitación de éstas, en el sentido de que no podían superar las resultantes de aplicar los coeficientes máximos legales, nace de un elemental principio de prudencia impositiva. En términos generales, cuando una empresa somete a sus equipos industriales a una producción intensa (de la que son reflejo las amortizaciones aceleradas y los planes especiales de amortización) es porque, normalmente, obtiene beneficios. En caso contrario, lo lógico es que hiciera descender su producción. De acuerdo con esta idea, se estableció esa cautela en el cómputo de las amortizaciones, que tenía por objeto la defensa de los intereses del Estado y, en bastantes casos, los de las propias empresas.

### 2.2. Contabilización independiente.

«La cifra de pérdidas amortizables deberá figurar en la contabilidad de la empresa en cuenta independiente, con indicación del ejercicio a que correspondan. A dicha cuenta se abonarán las sucesivas amortizaciones en la cuantía que la entidad estima conveniente, hasta que se cumplan los cinco ejercicios siguientes al en que la pérdida se produjo.»

Esta condición es insoslayable para el buen funcionamiento del Impuesto sobre Sociedades. Ha sido analizada frecuentemente tanto por el Tribunal Supremo como por el TEAC; pienso que los argumentos manejados por éstos ahorran cualquier otro comentario.

- Tribunal Supremo: 8-7-1983. «Es indispensable contabilizar las pérdidas en cuenta independiente, dado que la compensación deberá realizarse únicamente respecto de los beneficios obtenidos en los cinco ejercicios siguientes a aquel en el que se produjeron las pérdidas, por lo que es evidente que el conocimiento a la Administración fiscal debe producirse según la Orden exige.»
- TEAC: 12-7-1978. «El requisito de una cuenta independiente es una exigencia lógica como mínima garantía del Tesoro, no siendo un condicionamiento de mero carácter formal, sino sustancial en cuanto tiende a evitar toda confusión con la contabilidad general, en que puedan haberse ya compensado pérdidas, así como la necesidad de determinar su naturaleza en función de su origen.»

### 2.3. Comunicación a la Administración.

«Las sociedades y demás entidades jurídicas que pretendan disfrutar del beneficio tributario mencionado en la norma primera, deberán ponerlo en conocimiento del Delegado o Subdelegado de Hacienda de su domicilio mediante escrito que acompañará a la declaración correspondiente al Impuesto sobre Sociedades del ejercicio en que la pérdida se produjo.»

También esta norma ha sido objeto de análisis por el Tribunal Supremo. En Sentencia de 8 de julio de 1983 decía: «La comunicación al Delegado de Hacienda del deseo de acogerse al beneficio de la compensación de pérdidas, precisamente al mismo tiempo de formular la declaración por el Impuesto sobre Sociedades del ejercicio en que se produjeron tales pérdidas, es requisito sustancial, pues si se pretende una compensación y ésta es admitida por la Ley General Tributaria, es requisito indispensable que se *reconozca el derecho al percibo de una cantidad líquida por acto administrativo firme*, siendo ésta precisamente la finalidad de esa notificación a la Hacienda.»

### 2.4. Pérdidas no saldadas en el plazo de cinco años.

«Transcurridos los cinco años previstos para la amortización de las pérdidas, las eventuales amortizaciones que puedan efectuarse en el saldo de la cuenta a que se refiere la norma anterior tendrán la consideración fiscal de saneamiento del activo, hallándose, por tanto, sujetas a imposición.»

El párrafo anterior tenía, a mi juicio, un defecto de redacción. Transcurridos los cinco años previstos, las eventuales amortizaciones que pudieran efectuarse tenían la consideración fiscal de saneamiento de activo si *se hacían con cargo a pérdidas y ganancias*; en cambio, si se hacían con cargo a reservas de libre disposición (lo que quiere decir, en principio, que ya habían tributado por el Impuesto sobre Sociedades), tales amortizaciones no tenían el carácter del referido saneamiento y, por ello, no estaban sujetas a imposición.

### 3. Ley 61/1978, artículo 18.

Es sabido que la reforma tributaria que se inicia con la Ley 50/1977, sobre medidas urgentes de reforma fiscal, tuvo su soporte doctrinal en el «Informe sobre el Sistema Tributario Español» elaborado en los años 1975 y 1976 por el Instituto de Estudios Fiscales; después, las ideas de este informe, adecuadamente desarrolladas, se llevaron a la «Memoria del proyecto de ley sobre el Impuesto sobre Sociedades (Dirección General de Tributos, 1977)». En orden a la compensación de pérdidas, establecía dicha Memoria:

- a) Unidad del beneficio empresarial en el tiempo. «El beneficio de la empresa sólo puede ser conocido efectivamente al final de su vida. En este momento, tal beneficio vendrá determinado por la diferencia entre el valor total de lo invertido desde su creación y el valor de liquidación de la misma.»
- b) Escisión por ejercicio. «Este concepto absoluto del beneficio se escinde, por razones de orden práctico, en un conjunto de beneficios periódicos, ya que la empresa persigue fundamentalmente la obtención de un beneficio que tiene un doble carácter. Por una parte, se trata de una magnitud esencialmente relativa, ya que es resultado de un proceso de estimación y valoración. Y por otra es temporal, ya que se refiere a un período de tiempo, pretendiendo independizar el beneficio del ejercicio de todos los que le preceden y siguen. La admisión de la compensación de pérdidas, desde el punto de vista **fiscal**, **no** hace más que reconocer a nivel de impuesto sobre los beneficios empresariales la relatividad en el cálculo del mismo.»
- c) Limitaciones de la Orden Ministerial de 4 de diciembre de 1964. «Por un lado exige que las pérdidas no procedan de enajenaciones patrimoniales, por lo que no son compensables las pérdidas de capital. Por otro lado, excluye las pérdidas que se deriven de la aplicación de coeficientes superiores a los máximos autorizados.»
- d) Proposiciones. Ante las limitaciones reseñadas en el párrafo anterior respecto de las amortizaciones, propone: «Es preciso dejar suficientemente claro que toda amortización aceptada por la Administración por cumplir la condición de ser efectiva, puede originar una pérdida compensable en el quinquenio siguiente.»



La Ley 61/1978 se publicó en el Boletín Oficial del Estado sin Exposición de Motivos ni preámbulo; esto hizo que quedaran un tanto en la penumbra la justificación y los objetivos de la misma. Considero que una modificación tan importante como la que dicha ley introdujo en el régimen de compensación de pérdidas requería que se explicaran las razones o causas que justificaban tal modificación.

Por lo que a la parte dispositiva respecta, la cuestión se zanjó mediante la inserción de un artículo, el 18, tan escueto como indefinido, que no sólo no resolvió los problemas preexistentes, sino que originó otros nuevos. Decía el mencionado artículo:

«Si en virtud de las normas aplicables para la determinación de la base imponible, ésta resultase negativa, su importe podrá ser compensado en los cinco ejercicios inmediatos y sucesivos.»

En el anterior precepto quedó muy clara la eliminación de las prohibiciones de la Ley 41/1964 relativas a la deducción de las pérdidas patrimoniales y de las amortizaciones calculadas por encima de los coeficientes máximos legales. En cambio provocó, por entonces, discusiones sobre el significado y contenido de la expresión «**base imponible negativa**» y sobre el alcance de las omisiones que en el mismo se detectaban y que, posteriormente (cuatro años después) fueron suplidas, como vemos en el número siguiente, por normas de carácter reglamentario.

#### 4. Real Decreto 2631/1982, artículos 156 a 163.

El artículo 18 de la Ley 61/1978 dejaba sin aclarar varias cuestiones de capital importancia para adecuarlo al funcionamiento de la figura tributaria que nos ocupa; tales cuestiones eran, entre otras, la «comunicación» o «solicitud» a la correspondiente Delegación de Hacienda, el registro en cuentas y tratamiento contable, la cuantificación de las pérdidas a compensar, la posibilidad de efectuar el denominado **saneamiento financiero** manteniendo o no el derecho a la posterior compensación de las pérdidas **saneadas**, las relaciones con el régimen de transparencia fiscal, etc.

El Reglamento, Real Decreto 2631/1982, pretendió llenar las anteriores lagunas; sus aspectos más notables eran:

A) **CONDICIONES GENERALES.** A fijar el contorno de la partida que se analiza dedicaba el artículo 156, que constaba de dos apartados. El primero reproducía el artículo 18 de la Ley 61/1978; el segundo disponía: «A estos efectos (la compensación), 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 habidas en los ejercicios cerrados en los cinco años precedentes».

**B) LÍMITE CUANTITATIVO.** 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 (art. 157).

**C) RELACIONES CON EL RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL.** Dedicaba a esta materia el artículo 161 y, en mi opinión, era de redacción y contenido confusos. Presentaba las siguientes características:

- 1.º Incompatibilidad de ambas. Las sociedades sometidas a transparencia no podían acogerse a la compensación de pérdidas en un mismo ejercicio (art. 373); los resultados de éste (pérdidas y ganancias), se imputaban directamente a los socios.
- 2.º La regla anterior tenía las dos siguientes excepciones:
  - Que las pérdidas fueran de ejercicios anteriores a la aplicación del régimen de transparencia (art. 161.1). En este caso, del beneficio del ejercicio había que restar las pérdidas de ejercicios anteriores que la empresa decidiera compensar; la diferencia resultante era el saldo a imputar a los socios. A su vez, este precepto no era de aplicación cuando el socio, previamente, hubiera computado las pérdidas existentes en el balance de la sociedad para valorar, en su propio patrimonio, la correspondiente participación social (art. 161.2).
  - Que las pérdidas procedan de ejercicios anteriores a aquel en el que el socio adquirió su participación en la sociedad (art. 161.2).

**D) MOMENTO DE PRACTICARLA, REQUISITOS Y COMPROBACIÓN INSPECTORA.** Los artículos 158, 159 y 162 que regulaban estos tres aspectos eran, por reiterativos, innecesarios. En efecto, constituían elementos parciales del proceso general de gestión del impuesto que se regulaba en el propio Reglamento. Se iniciaba por la declaración (art. 288), continuaba por la liquidación y el ingreso a cuenta (art. 292), la práctica de la liquidación provisional por la Administración (art. 293), la comprobación inspectora (art. 296), y finalizaba con la propuesta de liquidación definitiva (art. 295). Mezclar las normas reguladoras del tributo con las de su proceso de gestión es, en mi opinión, una práctica poco recomendable. Sin embargo, la Ley 43/1995 y el Real Decreto 537/1997 no sólo mantienen tal mezcolanza, sino que, inclusive, la amplían con relación a la normativa precedente.

**E) PRECEPTO INOPERANTE.** Tenía este carácter el artículo 160, relativo a «compensación de bases imponibles negativas procedentes de ajustes fiscales». Al suprimirse en la redacción definitiva del Reglamento el artículo, inicialmente incluido en el correspondiente proyecto, que exigía el saneamiento financiero previo de las pérdidas a compensar fiscalmente (condición no exigida por la Ley 61/1978), el artículo 160 carecía de sentido; por ello, debería haberse suprimido. No obstante, se ha mantenido vigente hasta 31 de diciembre de 1995.

F) RÉGIMEN SANCIONADOR. Considero que esta materia, por pertenecer igualmente al proceso de gestión del tributo, estaba en lugar que no la correspondía. Se recogía en el artículo 163, que preceptuaba: «El incumplimiento de los requisitos, tanto materiales como formales y contables, dará lugar a la anulación de la compensación practicada, y a la aplicación, en su caso, de las sanciones previstas en la legislación vigente. Se exigirá, además, si procede, los correspondientes intereses de demora».

Dije cuando se publicó el Real Decreto 2631/1982, y repito ahora, que la redacción del anterior artículo había sido poco meditada y resultaba tan dura para el contribuyente que sería difícil su aplicación plena. Evidentemente, el incumplimiento de un *requisito formal* puede dar lugar a sanción pero no *puede provocar la anulación de un derecho*, cual es la *compensación que pudiera haberse practicado*.

El paso del tiempo ha demostrado que mis reparos eran lógicos. Los tribunales se han encargado de atenuar la referida dureza en unos casos y en otros han soslayado el cumplimiento de ciertas obligaciones formales como ha sucedido con las relativas a la solicitud a la Administración o con las reglas sobre registro contable.

#### IV. LEY 43/1995, ARTÍCULO 23: COMPENSACIÓN DE BASES IMPONIBLES NEGATIVAS

A tenor de lo dispuesto en los cuatro apartados del artículo 23 de la Ley 43/1995 (el cuarto añadido por la Ley 13/1996, art.159), las diferencias más notables con la legislación anterior son:

- a) Ampliación del plazo para efectuar la compensación: pasa de cinco a siete años.
- b) Cautelas a la compensación en sociedades adquiridas con pérdidas pendientes de compensar.
- c) En las sociedades de nueva creación, el plazo para la compensación se inicia en el primer ejercicio que obtengan beneficios.
- d) El anterior beneficio se extiende a la explotación de nuevas autopistas, túneles y vías de peaje realizadas por las sociedades concesionarias de estas actividades.

Además, la disposición transitoria duodécima fija el procedimiento para saldar las pérdidas pendientes de compensar en la fecha de entrada en vigor de la Ley 43/1995.

## 1. Resultado contable y bases imponible y liquidable.

Antes de exponer y comentar los aspectos relativos a la compensación de pérdidas en la Ley 43/1995, creo conveniente concretar ciertos conceptos impositivos que, nacidos en el seno de la Teoría de la Hacienda, fueron recogidos en 1963 por la Ley General Tributaria y de ésta pasaron al Texto Refundido, 3359/1967. La Ley 61/1978, inexplicablemente, los ignoró y lo mismo ha sucedido con la Ley 43/1995. Los conceptos a que me estoy refiriendo son los de base imponible y de base liquidable.

La LGT distingue entre **base imponible** (art. 47): «La Ley propia de cada tributo establecerá los medios y métodos para determinar la base imponible,...», y **base liquidable** (art. 53): «Se entiende por base liquidable el resultado de practicar, en su caso, en la imponible, las reducciones establecidas por la Ley propia de cada tributo».

En cumplimiento de la anterior distinción, el Texto Refundido, Real Decreto 3359/1967, diferenció la **base imponible** (art. 23.1): «La base imponible se determinará singularmente para cada contribuyente de conformidad con las normas que se establecen en el presente Capítulo» de la **base liquidable** (art. 32): «Se entenderá por base liquidable el resultado de practicar en la imponible las reducciones establecidas en este Capítulo». Las reducciones en cuestión eran: Previsión para inversiones (art. 33), Reservas para inversiones de exportación (art. 50) y Pérdidas de ejercicios anteriores (art. 19).

La Ley 61/1978, acaso por haber suprimido la posibilidad de dotar la previsión para inversiones y la reserva para inversiones de exportación, se olvidó de definir y regular la base liquidable, pese a mantener la reducción relativa a la compensación de pérdidas (art. 18). El Reglamento, Real Decreto 2631/1982 tampoco hace referencia a la base liquidable pese a los ocho artículos dedicados a la compensación de pérdidas.

Posición similar a la anterior adoptan la Ley 43/1995 y su Reglamento, Real Decreto 537/1997. En mi criterio, la conciliación de la LGT con las normas de la Ley 43/1995 tenía que haber llevado a la siguiente estructura de bases impositivas:

a) **Base imponible** sería igual a:

*RESULTADO CONTABLE ± AJUSTES O CORRECCIONES*

b) **Base liquidable** sería igual a:

*BASE IMPONIBLE – BASES IMPONIBLES NEGATIVAS DE  
EJERCICIOS ANTERIORES QUE SON OBJETO DE COMPENSACIÓN*

Sin embargo, la Ley 43/1995, artículo 10, no mantiene la anterior estructura. Dice que la **base imponible** es igual a:

$$\begin{aligned} & \text{RESULTADO CONTABLE} \pm \text{AJUSTES O CORRECCIONES} - \text{BASES IMPONIBLES} \\ & \text{NEGATIVAS PROCEDENTES DE EJERCICIOS ANTERIORES} \\ & \text{QUE SON OBJETO DE COMPENSACIÓN} \end{aligned}$$

En definitiva, contraviniendo la LGT, denomina **base imponible** a lo que debería llamar **base liquidable**.

## 2. Plazo.

Sobre el plazo dice el artículo 23.1: «Las bases imponibles negativas podrán ser compensadas con las rentas positivas de los períodos impositivos que concluyan en los siete años inmediatos y sucesivos.»

La Ley 61/1978, artículo 18, preceptuaba: «Si en virtud de las normas aplicables para la determinación de la base imponible ésta resultase negativa, su importe podrá ser compensado en los cinco ejercicios inmediatos y sucesivos».

La comparación de las reglas anteriores pone de manifiesto que, si bien su redacción es diferente, su significado es similar, con las dos únicas diferencias que afectan a:

- a) La sustitución de la palabra «ejercicios» por la palabra «años». La sustitución me parece correcta, puesto que era necesaria. Se evitan con ella las discusiones que se originaron por causa del artículo 18 de la Ley 61/1978 cuando:
  - El ejercicio económico no coincidía con el año natural.
  - Ejercicios de duración inferior al año.
  - Modificación en la fecha de cierre de ejercicios.
  - Operaciones de fusión y escisión en cuanto que llevan aparejadas el cierre de cuentas.

Al establecer la nueva ley el plazo en siete años, la compensación puede efectuarse en cuantos ejercicios se cierren dentro de dicho plazo, cualquiera que sea su número. La medida favorece notoriamente a las sociedades puesto que con la redacción precedente, una vez realizada la compensación en cinco ejercicios, se agotaba el derecho aunque todavía no hubieran transcurrido cinco años.

- b) Extensión del plazo a siete años. Esta regla me parece desacertada; tengo el convencimiento de que se ha insertado por presión de las organizaciones empresariales. No deja de ser paradójico que mientras se presiona para que la Administración reduzca el plazo general de prescripción -parece ser que próximamente estará en cuatro años- se amplíe a siete años el plazo para compensar pérdidas. Entiendo que lo lógico y, seguramente, lo legal (por el principio de igualdad ante la ley), sería que las obligaciones y los derechos de los contribuyentes tuvieran un mismo plazo de prescripción o vencimiento.

### 3. Las pérdidas de los años 1989 y 1990.

La ampliación del plazo a siete años y el modo tan conciso en que está redactado el precepto «...períodos impositivos que concluyan en los siete años inmediatos y sucesivos», plantean la duda respecto a la posible compensación de aquellas pérdidas que, no siendo compensables conforme a la legislación anterior (v. gr. las de los años 1989 y 1990), sí podían serlo con arreglo a lo dispuesto en la nueva ley, esto es, que hubieran transcurrido seis o siete años desde que tales pérdidas se produjeron.

La disposición adicional duodécima de la Ley 43/1995, dictada para regular el enlace de la antigua con la nueva legislación en lo que afecta a las distintas formas de deducciones, no establece ninguna restricción en orden a la extensión a siete años del período para poder compensar pérdidas de ejercicios anteriores.

Por tanto, entiendo que son compensables, conforme a la nueva ley, todas las bases imponibles negativas que se hubieron generado en los siete años anteriores a 1 de enero de 1996, aunque se hubiera perdido el derecho a la compensación en la forma regulada por la legislación anterior.

### 4. Cautelas a la compensación en sociedades adquiridas con pérdidas pendientes de compensar.

Dice el artículo 23.2: «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, correspondiente a la participación adquirida y su valor de adquisición, cuando concurren las siguientes circunstancias:

- a) La mayoría del capital social o de los derechos a participar de los resultados de la entidad hubiere sido adquirida 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.

- b) Las personas o entidades a que se refiere la letra anterior 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.
- c) La entidad no hubiera realizado explotaciones económicas dentro de los seis meses anteriores a la adquisición de la participación que confiere la mayoría del capital social».

Resulta claro que el legislador, con la norma anterior, lo que pretende es acabar, o por lo menos reducir su número, con anuncios tales como «sociedades con pérdidas, compro» o «sociedades con pérdidas, vendo» que hasta época reciente tanto han abundado en la prensa diaria y que, en mi criterio, muy poco dicen en favor de la seriedad del sistema fiscal español. El camino elegido es reducir las posibles pérdidas a compensar en la diferencia entre lo que el nuevo accionista paga por su adquisición y el valor de las aportaciones que los anteriores socios hicieron en su momento que se corresponden con la participación adquirida cuando, a la vez, se dan las siguientes circunstancias:

- a) Alcanzar la mayoría del capital a través de la nueva participación adquirida, siempre que esta adquisición se realice con posterioridad al cierre del período impositivo que provoca las pérdidas.
- b) La participación del adquirente, con anterioridad a la conclusión de dicho período impositivo, sea inferior al 25 por 100.
- c) «No realización» por la entidad de explotaciones económicas dentro de los seis meses anteriores a la adquisición de referencia (las «explotaciones» no se realizan, las explotaciones se tienen o se poseen; las que se realizan son las «actividades económicas»).

Las tres condiciones anteriores deben darse simultáneamente; de no ser así, no procederá limitar la cuantía de la compensación.

En mi opinión, el precepto, de redacción confusa y en algunos aspectos incoherente, presentará, a no dudarlo, graves problemas de aplicación.

Digo que en algunos aspectos es incoherente porque, en mi criterio, no guardan ninguna relación las pérdidas que una sociedad pueda tener acumuladas en un momento determinado y lo que en este momento un cierto adquirente pueda pagar por concretas partes sociales, con el valor que esas mismas partes sociales tuvieron en el momento anterior en que se efectuaron las aportaciones correspondientes a tales partes sociales. El transcurso del tiempo y los resultados económicos habidos han tenido que modificar, por lógica, el valor de dichas aportaciones; la prueba es la existencia del saldo deudor de la cuenta de pérdidas y ganancias pendiente de compensar. Por ello, entiendo que la redacción correcta hubiera sido prohibir la compensación de la diferencia entre lo pagado por el adquirente y el valor en las cuentas de la sociedad de la participación adquirida.

Los posibles problemas de aplicación a que acabo de hacer referencia tendrán su origen en:

- a) Fijar el momento en que el adquirente ha realizado su adquisición. Si el fin de la operación -compra de acciones de una sociedad con pérdidas pendientes de compensar- es beneficiarse con la compensación de tales pérdidas, lo natural es que el adquirente restrinja todo lo posible la información que facilite a la sociedad -y a la Inspección de Hacienda- cuyas acciones ha adquirido.
- b) El importe por el que se ha realizado la adquisición y el valor que en su momento tuvieron las aportaciones de los socios que se corresponden con la participación adquirida. Hay que tener en cuenta que han de computarse todas las aportaciones de los socios anteriores cualquiera que sea el momento en que dichas aportaciones se hayan efectuado.
- c) Dificultad para cuantificar la participación que el adquirente tenía en la sociedad con anterioridad a la nueva adquisición. Si se trata de acciones al portador la dificultad puede convertirse en imposibilidad.
- d) La ley no dice nada sobre la residencia del transmitente y del adquirente; por tanto, hay que entender que la limitación a la compensación opera cualquiera que sea la residencia de ellos. Si el adquirente reside fuera de España, pienso que puede presentar problemas conocer el momento de la adquisición y el importe pagado por ésta.
- e) Concretar qué debe entenderse por «realizar explotaciones económicas». Si, como reiteradamente han afirmado los tribunales y la propia Administración, el alta en cualquier epígrafe del Impuesto sobre Actividades Económicas hace presumir el ejercicio de la actividad recogida en dicho epígrafe, ¿qué camino tomará la Inspección de Hacienda para negar la posible «realización de explotaciones económicas»?
- f) La ley no aclara si las explotaciones económicas realizadas dentro de los seis meses anteriores a la adquisición que eximen de tener que limitar la compensación, son las mismas o distintas de las que se ejercían cuando se generaron las pérdidas. La Dirección General de Tributos (consulta de 27-12-1996) entiende que tales actividades pueden ser distintas de aquellas que produjeron las pérdidas a compensar.

## 5. Regla especial para las sociedades de nueva creación.

Determina la ley, artículo 23.3: «Las entidades de nueva creación podrán computar el plazo de compensación a que se refiere el apartado 1 a partir del primer período impositivo cuya base imponible sea positiva».



Esta norma tiene antecedentes claros en el Real Decreto-Ley 3/1993, artículo 11, y en la Ley 22/1993, artículo 2.º, ambos declarados vigentes de modo expreso por la Ley 43/1995 (disp. derog. única, 2.16 y 2.19) pero, a diferencia del citado Real Decreto-Ley, no fija las condiciones para gozar del beneficio de la ampliación del plazo de compensación. Recuerdo que el mencionado Real Decreto-Ley, artículo 11, habla de «nuevas actividades empresariales» y no «de entidades de nueva creación», e impone, para disfrutar del referido beneficio, las siguientes condiciones:

- a) Que no se hayan ejercido anteriormente bajo otra titularidad.
- b) Que se realicen en local o establecimiento independiente, con total separación de las actividades empresariales que, en su caso, pudiera realizar el sujeto pasivo.
- c) Que se hayan iniciado (las actividades) entre la entrada en vigor de la presente disposición y el día 31 de diciembre de 1994.
- d) La «no aplicación» del plazo general de cinco años para efectuar la compensación (Ley 61/1978, art. 18) se limitará a las bases imponibles negativas correspondientes a los períodos positivos cerrados durante los tres años siguientes a la fecha del inicio de la nueva actividad.

Como puede verse, el artículo 23.3 de la nueva ley no impone ninguna condición que pueda afectar a la naturaleza y forma de constitución de la nueva sociedad, al plazo en que, una vez constituida, debe iniciar sus operaciones y al número de años en los que, después de la constitución, puede compensar sus pérdidas.

Entiendo que, por aplicación del principio jurídico de «donde la ley no distingue, no cabe distinguir», cualquier sociedad de nueva creación puede disfrutar del beneficio que se está comentando, aunque la misma sea el resultado de la fusión, escisión o transformación de otras preexistentes o de la simple modificación de la denominación, objeto social o titularidad jurídica de éstas. A su vez, la nueva sociedad mantendrá el derecho a la compensación por tiempo indefinido, cualquiera que sea el plazo que medie entre la fecha de su constitución y el inicio de sus actividades.

En mi opinión, en un futuro más o menos próximo, la Administración deberá recortar de algún modo este exceso de liberalidad; creo que lo tendrá que hacer por medio de una ley. Otra disposición de rango inferior entiendo que no sería viable. Pienso que tampoco tendría cabida apoyarse, por analogía, en las reglas del Real Decreto-Ley 3/1993, artículo 11; los tribunales suelen examinar con gran prevención las pretensiones analógicas de la Administración.

## 6. Explotación de nuevas autopistas, túneles y vías de peaje.

La Ley 13/1996 ha añadido un nuevo apartado (el cuatro) a la Ley 43/1995, que dispone:

Cuatro. Lo dispuesto en el apartado anterior será de aplicación a las bases imponibles negativas derivadas de la explotación de nuevas autopistas, túneles y vías de peaje realizadas por las sociedades concesionarias de tales actividades.

Así pues, en virtud del anterior precepto las sociedades concesionarias de las actividades mencionadas, en cuanto a las nuevas instalaciones se refiere, pueden demorar la compensación de las pérdidas producidas en la puesta en marcha y en el funcionamiento inicial de dichas instalaciones hasta tanto la explotación de las mismas no genere bases imponibles positivas.

En mi opinión, la norma que se comenta obliga a establecer una contabilidad independiente para la «explotación de las nuevas instalaciones», con los consiguientes problemas en orden a la distribución e imputación de ciertas partidas de naturaleza común como pueden ser amortizaciones, cargas financieras, determinados gastos y costes, etc. Estas partidas, dependiendo del criterio que se siga pueden cargarse, en mayor o menor cuantía, a las nuevas instalaciones o a las antiguas; por lógica, los intereses de la sociedad incidirán con fuerza a la hora de elegir el correspondiente criterio de imputación.

Desde el punto de vista de igualdad ante la ley se produce un manifiesto agravio comparativo. No parece muy coherente otorgar la referida demora a las nuevas instalaciones de las sociedades concesionarias de autopistas y no otorgarlo a las nuevas instalaciones de otras actividades empresariales como pueden ser la industria química, fabricación de automóviles, grandes superficies, cadenas de distribución, etc. El principio de generalidad en la imposición obliga a un tratamiento similar y las razones relativas a inversión, financiación y laborales que puedan existir a favor de conceder el citado beneficio a la explotación de autopistas se dan también en las otras actividades acabadas de reseñar.

## V. PÉRDIDAS PENDIENTES DE COMPENSAR A 31 DE DICIEMBRE DE 1995: RÉGIMEN TRANSITORIO

En relación con esta materia, dice la disposición transitoria duodécima: «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 inicio del período impositivo siguiente a aquel en el que se determinaron dichas bases imponibles negativas».

La norma precedente extiende a siete años el plazo para compensar las pérdidas que se encontraban pendientes de compensación en 31 de diciembre de 1995, las cuales, con la legislación anterior, tenían limitado dicho plazo a cinco años.

Aunque no se hace ninguna mención sobre el particular, considero que las pérdidas no compensadas en 31 de diciembre de 1995 que se hayan generado por aplicación del Real Decreto-Ley 3/1993, artículo 11, y Ley 22/1993, artículo 2.º, deben compensarse en la forma y en los plazos insertos en estos dos preceptos, dado el mantenimiento específico que de su vigencia hace -ya se ha dicho- la Ley 43/1995.

Igualmente, creo conveniente recordar lo expuesto en el punto 3 del apartado IV a propósito de la posible compensación de las pérdidas de los ejercicios 1989 y 1990 que, al inicio del ejercicio 1996, se encontraban pendientes de ser compensadas.

## **VI. LAS PÉRDIDAS A COMPENSAR EN LOS GRUPOS CONSOLIDABLES: ANTECEDENTES**

Con anterioridad a 1996, las normas vigentes sobre la tributación de los grupos consolidados fueron establecidas por el Decreto-Ley 15/1977 y reglamentadas en el Decreto 1414/1977.

La compensación de pérdidas en tales grupos ha estado regulada hasta finales de 1995 por el artículo 17 del segundo de los Decretos acabados de citar que, al efecto, preceptuaba:

Los grupos de sociedades que presenten declaración consolidada podrán saldar las pérdidas fiscales consolidadas de un ejercicio con cargo a los beneficios consolidados del grupo en los cinco ejercicios siguientes, con las siguientes condiciones:

- a) Sólo serán compensables las pérdidas fiscales consolidadas, comprobadas por la Administración que no se deriven de enajenaciones patrimoniales ni de amortizaciones por aplicación de coeficientes superiores a los máximos autorizados.
- b) Las pérdidas compensables de cualquier sociedad del grupo que se hubiesen producido en ejercicios anteriores a aquel en que dicha sociedad tribute en régimen de declaración consolidada, sólo podrán ser compensadas con beneficios de la propia sociedad y hasta el límite de los mismos.
- c) Las pérdidas fiscales consolidadas de un ejercicio, sólo podrán ser compensadas en la base imponible consolidada de los cinco ejercicios siguientes, por lo que solamente el grupo como tal adquiere el derecho a la compensación.

Por tanto, las sociedades que hayan tenido pérdidas en los ejercicios en que el grupo presentó la declaración consolidada, y tales pérdidas subsistan en sus respectivos balances de situación en el último ejercicio en que tributaron en régimen de declaración consolidada, no podrán compensar tales pérdidas individualmente en el supuesto de que por cualquier causa presentasen en el futuro declaración independiente.

- d) En el ejercicio en que se produzca la pérdida fiscal consolidada, el grupo consolidable acompañará a su declaración un escrito solicitando la compensación de dichas pérdidas en los cinco ejercicios siguientes.

La Ley 61/1978 mantuvo explícitamente la vigencia de los artículos 3.º a 14 del Decreto-Ley 15/1977, si bien derogó, implícitamente, los apartados a) y d) del citado artículo del Decreto 1414/1977, al establecer reglas contrarias a los mismos.

Tras la publicación de la citada ley y del Real Decreto 2631/1982 surgieron dudas sobre aspectos concretos relativos a la compensación de pérdidas en los grupos de sociedades. Estas dudas se fueron aclarando por medio de contestaciones de la Dirección General de Tributos a consultas de los grupos. De éstas, la más significativa, en mi opinión, fue la de 18 de junio de 1984, cuyo contenido, resumido, era:

1. Reproducía íntegro el artículo 17 del Decreto 1414/1977.
2. Indicaba que los apartados a) y d) de dicho Decreto habían dejado de tener aplicación como consecuencia de la normativa inserta en la Ley 61/1978.
3. Explicitaba la vigencia de los apartados b) y c) del mismo Decreto.
4. Deducía, como consecuencia de la anterior exposición, que el repetido Decreto estaba en condiciones de regular las diversas situaciones que pudieran darse en un grupo consolidable en lo concerniente a la compensación de bases imponibles negativas, **pero siempre bajo el supuesto de la no desaparición de éste.**

Y añadía, creo que con magnífico criterio:

Sin embargo en el supuesto que el grupo, como tal **desapareciese**, el Real Decreto mencionado **no ha regulado** qué ocurriría con las bases imponibles negativas **pendientes** de compensación en ese momento. Por ello este Centro directivo entiende que en el supuesto que el grupo desapareciese, a efectos de este régimen de tributación, **serían las sociedades las que adquirirían el derecho a la compensación** de las bases imponibles negativas por ellas generadas, **en función de las bases imponibles negativas** con que **cada una** de las sociedades haya colaborado durante el **período de vigencia** de dicho régimen.

En resumen, el criterio de general aceptación durante casi veinte años (no conozco ningún recurso, resolución o sentencia que pusiera en duda sus postulados) ha sido:

- a) Abandono del grupo por una sociedad: las pérdidas a compensar quedaban en el grupo [Decreto 1414/1977, art. 17 c)].
- b) Extinción del grupo: el derecho a la compensación pasaba, de manera individual, a las sociedades en cuantía proporcional a las bases imponibles negativas por ellas aportadas (Consulta de Dirección General de Tributos de 18 de junio de 1984).

En función de la expectativa que presentaban estas reglas, tanto los grupos como las sociedades de modo individual, planificaron sus actuaciones futuras a plazos corto, medio y largo (en la mayoría de los casos sopesando cifras muy importantes) que afectaban a pactos firmados o en vía de negociación sobre pluralidad de cuestiones económico-financieras, creación de grupos, integración o separación de sociedades en los mismos, etc.

### 1. La extinción del grupo.

La Ley 43/1995 mantiene el criterio procedente en lo que afecta a la extinción del grupo y cambia radicalmente las reglas relativas al abandono de éste por alguna de sus sociedades componentes. Titula el artículo 95 con la expresión «efectos de la pérdida del régimen de declaración consolidada y de la extinción del grupo de sociedades» (obsérvese que no hace referencia al abandono o separación de sociedades) y preceptúa, apartados 1 y 2 de dicho artículo:

«1. En el supuesto de que existieran, en el período impositivo en que se extinga el grupo de sociedades o se pierda el régimen de los grupos de sociedades, eliminaciones pendientes de incorporación, bases imponibles negativas del grupo de sociedades o deducciones en la cuota pendientes de compensación, se procederá de la forma siguiente:

- a) Las eliminaciones pendientes de incorporación se integrarán en la base imponible del grupo de sociedades correspondiente al último período impositivo en el que sea aplicable el régimen de los grupos de sociedades.
- b) Las sociedades que integran el grupo en el período impositivo en que se produzca la pérdida o extinción de este régimen asumirán el derecho a la compensación pendiente de las bases imponibles negativas del grupo de sociedades, en la proporción que hubieren contribuido a su formación.

La compensación se realizará con las bases imponibles positivas que se determinen en régimen individual de tributación en los períodos impositivos que resten hasta completar siete años contados a partir del siguiente o siguientes a aquel o aquellos en los que se determinaron bases imponibles negativas del grupo de sociedades.

- c) Las sociedades que integren el grupo en el período impositivo en que se produzca la pérdida o extinción de este régimen asumirán el derecho a la compensación pendiente de las deducciones de la cuota del grupo de sociedades, en la proporción en que hayan contribuido a la formación del mismo.

La compensación se practicará en las cuotas íntegras que se determinen en los períodos impositivos que resten hasta completar siete contados a partir del o de los siguientes a aquel o aquellos en los que se determinaron los importes a deducir en los supuestos de deducción por doble imposición interna e internacional y cinco en el caso de las restantes deducciones.

2. Las sociedades que integren el grupo en el período impositivo en que se produzca la pérdida o extinción de este régimen, asumirán el derecho a la deducción de los pagos fraccionados que se hubieren realizado, en la proporción en que hubieren contribuido a los mismos.»

Los anteriores apartados, de contenido correcto, tienden, en mi opinión, a llenar las lagunas existentes en la legislación anterior, consecuencia de la aplicación de la norma básica recogida en la Consulta de la Dirección General de Tributos de 18 de junio de 1984; tales lagunas afectaban al tratamiento de:

- a) Las eliminaciones. En la consolidación fiscal española (en la generalidad del Derecho comparado ya han desaparecido estas eliminaciones) se eliminan los posibles rendimientos, beneficios o intereses producidos por operaciones inter-grupo, y la eliminación tiene vigencia hasta tanto la operación interna se convierta en operación extra-grupo, en cuyo momento el beneficio de la primera operación se integra en la base imponible consolidada del Impuesto sobre Sociedades; por tanto, lo que de hecho producen las mencionadas eliminaciones es un diferimiento en el pago del citado Impuesto. Así pues es totalmente lógica la postura del legislador al disponer que las eliminaciones pendientes de saldarse se abonen a la cuenta de pérdidas y ganancias del último período impositivo que sea de aplicación en régimen de declaración consolidada.
- b) Pérdidas compensables. Pasan a las respectivas sociedades en la proporción que éstas han contribuido a su formación (criterio de la Dirección General de Tributos: Consulta de 18-1-1984). El plazo de compensación, según la nueva ley, es de siete

años contados a partir de aquel o aquellos en los que se determinaron las bases imponibles negativas del grupo. A este propósito, recuerdo mis prevenciones sobre la posible o no compensación de las bases imponibles negativas habidas en los ejercicios 1989 y 1990 (véase punto 3 del apartado IV de este trabajo).

- c) Deducciones de la cuota e ingresos a cuenta (pagos fraccionados) pendientes de aplicar. El criterio a emplear con estos dos conceptos se mueve en paralelo con el relativo a pérdidas compensables: su traspaso a las sociedades que componen el grupo en la proporción que hayan contribuido a la formación de los mismos.

Respecto de las deducciones de la cuota, reseña los plazos en la forma que fueron fijados por las normas que han establecido el derecho de deducción, es decir: siete años por doble imposición interna e internacional y cinco para los demás casos, contados unos y otros a partir del o de los siguientes a aquel o aquellos en los que se determinaron los importes a deducir.

## 2. Abandono del grupo por una sociedad componente.

A continuación de los dos apartados acabados de reseñar y comentar, que entiendo se encardinan en lo que puede considerarse línea tradicional del tratamiento de las pérdidas compensables en los grupos de sociedades, el artículo 95.3, por lo que al abandono del grupo se refiere, rompe de modo radical con el criterio precedente, puesto que determina:

«3. Lo dispuesto en los apartados anteriores será de aplicación cuando alguna o algunas de las sociedades que integran el grupo de sociedades dejen de pertenecer al mismo.»

No alcanzo a vislumbrar las causas que han aconsejado un cambio tan notorio. La norma precedente, Decreto 1414/1997, artículo 17 c) no se discutía, no había provocado controversias, era generalmente aceptada y, además y sobre todo era absolutamente consecuente con el concepto económico-financiero y contable «**de bloque**» que debe ser formado por las sociedades integrantes de los grupos fiscalmente consolidables, de manera que los beneficios, las pérdidas (compensables o no), las eliminaciones pendientes de saldar, el derecho a practicar deducciones en la cuota, los pagos a cuenta y, en definitiva, todas las variables que componen la liquidación de la base consolidada del Impuesto sobre Sociedades, pertenecen «al bloque» y no a las sociedades que lo integran. Por ello, el referido artículo del Decreto 1414/1977 establecía que **en las pérdidas fiscalmente consolidables, «... solamente el grupo como tal adquiere el derecho a la compensación»**, añadiendo: «**...no podrán compensar tales pérdidas individualmente en el supuesto de que por cualquier causa presentasen en el futuro declaración independiente**».

El precepto, tal y como aparece redactado en la nueva ley presenta los inconvenientes siguientes:

1. Conceptualmente, no existe correlación entre los dos primeros apartados del artículo 95, efectos de la extinción de los grupos consolidables, y el tercero del mismo artículo, abandono del grupo por una sociedad. Pese a este abandono, el grupo sobrevive, no se disuelve. Por tanto, si el grupo no se extingue, el citado abandono no debe contemplarse bajo los mismos supuestos y provocar idénticos efectos a los provocados por la desaparición del tal grupo.
2. La disposición transitoria duodécima, dictada para regular el régimen transitorio de la compensación de pérdidas, contra lo que hubiera sido de desear, no hace ninguna referencia al modo de interpretar el apartado 3 de dicho artículo. Hay que tener en cuenta que lo que este apartado dispone es, lisa y llanamente, la expropiación forzosa a favor de un tercero de un derecho de crédito que el grupo tiene contra la Administración. En mi opinión, el asunto es de la suficiente importancia para que hubiera sido objeto de mayor atención, de adecuadas puntualizaciones, sobre todo en lo que afecta a la titularidad de las pérdidas acumuladas a 31 de diciembre de 1995 pendientes de compensar. Pero el precepto es de tal imprecisión que únicamente conduce al indeterminismo.
3. La compensación de pérdidas es un derecho y, como tal derecho, entiendo que es renunciable. ¿Pueden entonces las sociedades que salen del grupo renunciar, a favor de éste, a la parte proporcional de pérdidas compensables que el artículo 95 les otorga?
4. En caso de permitirse la renuncia a que se acaba de hacer referencia, ¿las bases negativas y las deducciones pendientes atribuibles a las sociedades salientes quedarían en los soportes contables y fiscales del grupo o habrían de ser eliminadas por éste?
5. De ser viable el mantenimiento en los soportes contables y fiscales del grupo de las bases negativas y de las deducciones pendientes imputables a las sociedades que lo abandonan, ¿tales bases y deducciones serían susceptibles de compensarse y deducirse por parte del grupo en sucesivos ejercicios?
6. La mención que hace el artículo 95 a las bases imponibles negativas y a las deducciones pendientes aportadas al grupo por la sociedad que lo abandona, ¿hace referencia a todas las aportadas, en cualquier momento, sin tener en cuenta la fecha de entrada en vigor de la Ley 43/1995 o, por el contrario, quiere recoger únicamente las aportadas a partir de la citada fecha?
7. Una hipótesis a tener en cuenta, en el caso de que el artículo 95 haga referencia a todas las pérdidas y deducciones aportadas, con abstracción de la fecha en que se hicieron las respectivas aportaciones, sería considerar si la sociedad o sociedades que abandonaron el grupo en los años 1992 a 1995 tienen derecho a solicitar a ése que les traspase la parte proporcional de pérdidas y deducciones que aportaron en su día, y que no se llevaron en el momento de su separación por disponerlo así el Decreto 1414/1977, artículo 17 c).



El lector que haya tenido la paciencia de examinar los siete apartados anteriores estará conmigo en que la cuestión es lo suficientemente complicada para no tratarla en la forma tan simple que lo hace el artículo 95.3. Pienso que el Ministerio de Economía y Hacienda, por algún procedimiento, tendrá que aclarar los puntos y las dudas que acabo de reseñar, y algunos más que, sobre el asunto, seguramente, se plantearán.

En mi opinión, el aspecto más trascendente es el relativo a la titularidad del derecho a compensar, derecho adquirido por disposición legal por el grupo, que tiene efectos hasta 31 de diciembre de 1995. El respeto de ese derecho creo que es insoslayable y así lo manifestaría cualquier tribunal que tuviera que decidir sobre la cuestión.

A partir de dicha fecha, las pérdidas y deducciones que se generen deben traspasarse a la sociedad que abandone el grupo por disponerlo así el tantas veces mencionado apartado 3, pero únicamente las producidas después de 31 de diciembre de 1995, no las habidas con anterioridad.

Una solución muy favorable tanto para los grupos como para sus sociedades componentes y que no dañaría los intereses del Tesoro, sería conceder la opción del ejercicio del derecho a compensar las pérdidas anteriores a 1996 al grupo o, alternativamente, a la sociedad saliente, según pactaran entre ambos.

El inconveniente que este sistema puede presentar, la posibilidad de que la compensación la realicen a la vez el grupo y la sociedad que lo abandona, se salvaría con las adecuadas cautelas: documento notarial del pacto, registro adecuado en los libros de contabilidad, informe correspondiente en la memoria sobre las cuentas anuales, régimen sancionador adecuado, etc.

El propio legislador, en la Ley 13/1996, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, artículo 151, ya ha establecido una excepción a la obligación que tiene la sociedad que abandone el grupo de llevarse la parte proporcional de pérdidas que pudiera corresponderla. La excepción se hace a favor de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales mediante la modificación de su norma constitutiva, Ley 5/1996, artículo 14.3 que, sobre el particular, dispone (con vigencia a partir de 1-1-1997):

Las sociedades integrantes del grupo consolidado referido en el apartado anterior (sociedades del grupo SEPI) que dejen de pertenecer al mismo por cualquier causa con anterioridad a que sea íntegramente amortizada la deuda histórica del Instituto Nacional de Industria, no tendrán derecho a compensar en sus futuras declaraciones independientes la parte de sus bases imponibles individuales con las que hubieran contribuido a formar las bases imponibles negativas del grupo pendientes de compensar a esa fecha, ni la parte de las deducciones de la cuota aportadas y pendientes de aplicar por el citado grupo, correspondiendo tal derecho al grupo consolidado.

La amortización de la deuda histórica del Instituto Nacional de Industria entraña, por la mecánica financiero-contable aplicada a dicha amortización, la desaparición, como contrapartida, de las pérdidas fiscalmente compensables.

### 3. Anulación por ley del derecho a tributar por balance consolidado: compensación de las pérdidas pendientes a través de las cuotas del Impuesto sobre Sociedades.

Este caso está previsto en la Ley 13/1996, disposición adicional tercera que, sobre el particular, establece:

Uno. Las sociedades anónimas que antes de 31 de diciembre de 1994 estuvieran encuadradas dentro de un grupo susceptible de llevar a cabo la declaración fiscal consolidada y que tuvieran, por tanto, derecho a la compensación de sus pérdidas con los beneficios generados por otras compañías del mismo grupo, y que hubieran perdido el derecho a la tributación consolidada como consecuencia directa de la aplicación de una disposición con rango de ley aprobada con posterioridad a dicha fecha, exceptuando la Ley 43/1996, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, recibirán del Estado la misma cuantía correspondiente a la cuota del Impuesto sobre Sociedades que las habría correspondido de permanecer en régimen de consolidación fiscal, conforme a la legislación vigente, durante un período de cinco años a contar desde el 31 de diciembre de 1994, con objeto de disponer de un tiempo suficiente de adaptación al nuevo sistema y para compensar la pérdida de beneficios fiscales de la consolidación.

Dos. El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Economía y Hacienda, hará efectivo el importe por dicha cuantía mediante cualquier mecanismo establecido por la legislación presupuestaria de cada ejercicio, siempre que la suma de las cuotas tributarias de las empresas afectadas no resulte inferior al importe que hubiera correspondido al grupo de aplicar la declaración fiscal consolidada.

En mi opinión, el anterior precepto es bastante confuso; con riesgo de equivocarme, voy a intentar interpretarlo. Si lo hago correctamente, quiere decir: en el caso de que una sociedad abandone un grupo consolidable al que hubiera aportado pérdidas a compensar y que, por disponerlo una ley posterior a la Ley 43/1995, tales pérdidas se quedarán en el grupo consolidable (esto acontece, por ejemplo, en la SEPI por disponerlo la Ley 13/1996, art. 151), la sociedad que abandona el grupo, aunque en su balance, lógicamente, no aparezcan pérdidas pendientes de compensar, podrá efectuar compensación, a través del mecanismo de la liquidación del Impuesto sobre Sociedades, en la cuantía que hubiese compensado de continuar en el grupo consolidable.

Así pues, si mi interpretación es la adecuada, unas mismas pérdidas son objeto de compensación en el grupo y en la sociedad que lo abandona. Creo que la equidad fiscal no gana nada con preceptos como éste; el agravio comparativo con respecto a otros grupos consolidables y con las sociedades que los integran es manifiesto.