

EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES EN 2016

Eduardo Sanz Gadea

Licenciado en Derecho y en Ciencias Económicas

EXTRACTO

La Ley del impuesto sobre sociedades (Ley 27/2014, de 27 de noviembre) ha sufrido en 2016, por necesidades recaudatorias, dos cambios instrumentados mediante el Real Decreto-Ley 2/2016, de 30 de septiembre, por el que se introducen medidas tributarias dirigidas a la reducción del déficit público, y el Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social.

Todas las medidas comparten una característica, a saber, que pivotan sobre las pérdidas, sea impidiendo su cómputo, limitando su compensación, o imponiendo su reversión, las cuales son analizadas minuciosamente por el autor, el cual sugiere, a modo de conclusión, que hubiera sido conveniente, dado un determinado objetivo recaudatorio, moderar su intensidad y acompañarlas de otras, señaladamente la limitación de la reserva de capitalización.

Palabras clave: impuesto sobre sociedades, pagos fraccionados, compensación de bases imponibles negativas, pérdidas por deterioro y no integración en la base imponible de las rentas negativas.

CORPORATE INCOME TAX IN 2016

Eduardo Sanz Gadea

ABSTRACT

Corporate Income Tax Law (Law 27/2014 of 27 November) has undergone, due to collection needs, two major changes during 2016 by way of Royal Decree 2/2016, of 30 September, which introduces measures aimed at reducing public deficit and Royal Decree 3/2016, of 2 December, which provides tax measures for the consolidation of public finances and other urgent measures in the social field.

All measures share a common feature, i.e. they hinge on net operating losses, by preventing its registration, limiting its carryforward capacity or enforcing its reversal; they are all analyzed by the author in detail, who concludes that it might have been more convenient, considering the existence of a collection target, to moderate its intensity and accompany them with other measures such as the limitation of the capitalization reserve (i.e. tax incentive granted for the equity increase of companies).

Keywords: corporate income tax, advance payments, net operating loss carryforward, impairment losses and capital losses disregarded in the taxable base.

Sumario

1. Inventario de las medidas
2. Modificación del régimen legal de los pagos fraccionados
3. Limitaciones
 - 3.1. A la compensación de bases imponibles negativas
 - 3.1.1. Antecedentes de las limitaciones
 - 3.1.2. Limitaciones en el régimen de tributación individual
 - 3.1.3. Limitaciones en el régimen de tributación consolidada
 - 3.2. A la deducción de retenciones practicadas por jurisdicciones fiscales extranjeras, del impuesto subyacente extranjero relativo a dividendos, y de las correspondientes a dividendos internos
4. Integración por reversión en la base imponible
 - 4.1. De pérdidas anteriores por deterioro de instrumentos de patrimonio
 - 4.2. De pérdidas anteriores imputables a establecimientos permanentes
5. No integración en la base imponible de las rentas negativas
 - 5.1. Derivadas de la transmisión de instrumentos de patrimonio
 - 5.1.1. Régimen general de integración en la base imponible de las rentas negativas
 - 5.1.2. Aplicación del régimen general a casos particulares
 - 5.1.2.1. Participación sobre instituciones de inversión colectiva
 - 5.1.2.2. Participación sobre entidades *holding*
 - 5.1.2.3. Participación en régimen de consolidación fiscal
 - 5.1.2.4. Participación en régimen de transparencia fiscal internacional
 - 5.1.2.5. Participación sobre entidades no residentes acogidas al método de imputación
 - 5.1.2.6. Participación que pierde o gana la condición de cualificada
 - 5.1.2.7. Rentas negativas en instrumentos financieros derivados
 - 5.1.2.8. Rentas negativas pendientes en el canje de valores derivado de una operación acogida al régimen especial de reestructuración
 - 5.1.2.9. Rentas negativas mediando un convenio para evitar la doble imposición
 - 5.1.3. Rentas negativas por causa de extinción de la entidad participada
 - 5.1.3.1. Régimen general

- 5.1.3.2. Extinciones por reestructuraciones amparadas en el régimen especial del capítulo VII del título VII
- 5.1.3.3. Extinción por fusión acogida al régimen especial, mediando participación
- 5.1.3.4. Cálculo de la renta negativa en caso de previa distribución de dividendos
- 5.1.4. Régimen de determinación del importe de la renta negativa a integrar en la base imponible
- 5.1.5. Pérdidas por valoración en la cartera de negociación
- 5.1.6. Modificaciones complementarias de carácter técnico
 - 5.1.6.1. Pérdidas por deterioro
 - 5.1.6.2. Continuidad en la restricción de la base imponible negativa susceptible de compensación
 - 5.1.6.3. Rentas positivas cuando el título de adquisición es la aportación por personas físicas
- 5.1.7. Esquema del régimen fiscal de las rentas imputables a instrumentos de patrimonio
- 5.2. Derivadas de la transmisión de un establecimiento permanente
 - 5.2.1. Método de exención
 - 5.2.2. Método de imputación
- 6. Otras formas de atender la necesidad imperiosa de recaudar

NOTA: El autor agradece a Silvia López Ribas sus valiosas observaciones. Los errores son de la exclusiva responsabilidad del autor.

En igualdad de condiciones, la explicación más sencilla, suele ser la correcta.

Guillermo DE OCKHAM

Las necesidades recaudatorias han impulsado dos reformas en la Ley 27/2014, instrumentadas mediante el Real Decreto-Ley 2/2016, de 30 de septiembre, por el que se introducen medidas tributarias dirigidas a la reducción del déficit público, y el Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social.

Se trata de un conjunto de medidas cuyo efecto práctico será ampliar la magnitud de la base imponible de las entidades afectadas o menguar los créditos del impuesto. Están abiertas a la crítica, por cuanto pivotan, esencialmente, sobre las entidades que han sufrido pérdidas.

La presente colaboración comenta esas medidas y sugiere, a modo de conclusión, que hubiera sido conveniente, dado un determinado objetivo recaudatorio, moderar su intensidad y acompañarlas de otras, señaladamente la limitación de la reserva de capitalización.

1. INVENTARIO DE LAS MEDIDAS

Las medidas contenidas en los dos reales decretos-leyes son las siguientes:

- Modificación del régimen legal de los pagos fraccionados.
- Limitación a la compensación de bases imponibles negativas.
- Limitación a la deducción de retenciones practicadas por jurisdicciones fiscales extranjeras.
- Limitación a la deducción del impuesto subyacente extranjero relativo a dividendos.
- Limitación a la deducción para evitar la doble imposición de dividendos en régimen transitorio.
- Integración por reversión en la base imponible de pérdidas anteriores por deterioro de instrumentos de patrimonio.
- Integración por reversión en la base imponible de pérdidas anteriores imputables a establecimientos permanentes.

En igualdad de condiciones, la explicación más sencilla, suele ser la correcta.

Guillermo DE OCKHAM

Las necesidades recaudatorias han impulsado dos reformas en la Ley 27/2014, instrumentadas mediante el Real Decreto-Ley 2/2016, de 30 de septiembre, por el que se introducen medidas tributarias dirigidas a la reducción del déficit público, y el Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social.

Se trata de un conjunto de medidas cuyo efecto práctico será ampliar la magnitud de la base imponible de las entidades afectadas o menguar los créditos del impuesto. Están abiertas a la crítica, por cuanto pivotan, esencialmente, sobre las entidades que han sufrido pérdidas.

La presente colaboración comenta esas medidas y sugiere, a modo de conclusión, que hubiera sido conveniente, dado un determinado objetivo recaudatorio, moderar su intensidad y acompañarlas de otras, señaladamente la limitación de la reserva de capitalización.

1. INVENTARIO DE LAS MEDIDAS

Las medidas contenidas en los dos reales decretos-leyes son las siguientes:

- Modificación del régimen legal de los pagos fraccionados.
- Limitación a la compensación de bases imponibles negativas.
- Limitación a la deducción de retenciones practicadas por jurisdicciones fiscales extranjeras.
- Limitación a la deducción del impuesto subyacente extranjero relativo a dividendos.
- Limitación a la deducción para evitar la doble imposición de dividendos en régimen transitorio.
- Integración por reversión en la base imponible de pérdidas anteriores por deterioro de instrumentos de patrimonio.
- Integración por reversión en la base imponible de pérdidas anteriores imputables a establecimientos permanentes.

- No integración en la base imponible de las rentas negativas derivadas de la transmisión de instrumentos de patrimonio.
- No integración en la base imponible de las rentas negativas derivadas de la transmisión de un establecimiento permanente.

Dejando aparte el régimen de los pagos fraccionados, todas las modificaciones normativas pueden ser clasificadas en tres grupos, a saber, limitaciones, integraciones de rentas por reversión y no integración de rentas negativas. Sin duda, la medida estrella, desde una perspectiva sustancial, es la no integración en la base imponible de las rentas negativas derivadas de la transmisión de instrumentos de patrimonio, ya que implica una rectificación de calado respecto del régimen inicialmente previsto por la Ley 27/2014. Otras, sin embargo, tendrán mayor efecto recaudatorio.

2. MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL DE LOS PAGOS FRACCIONADOS

El Real Decreto-Ley 2/2016 ha añadido una nueva disposición adicional, la decimocuarta, a la Ley 27/2014, al objeto de introducir dos especialidades respecto del artículo 40.3 de la citada Ley 27/2014, las cuales solo afectan a *los contribuyentes cuyo importe neto de la cifra de negocios en los 12 meses anteriores a la fecha en que se inicie el periodo impositivo, sea al menos 10 millones de euros*.

En virtud de la primera especialidad, *la cantidad a ingresar no podrá ser inferior, en ningún caso, al 23 por ciento del resultado positivo de la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio de los 3, 9 u 11 primeros meses de cada año natural*. El porcentaje será del 25% tratándose de contribuyentes que tributen al 30%, de acuerdo con lo previsto en el artículo 29.6 de la Ley 27/2014, esto es, entidades de crédito y empresas de hidrocarburos.

El resultado contable ha de determinarse de acuerdo con las normas contables contenidas en el Código de Comercio y normativa reglamentaria de desarrollo, básicamente el Plan General de Contabilidad.

No obstante, ese resultado contable debe minorarse en el importe de *las operaciones de quita o espera consecuencia de un acuerdo de acreedores del contribuyente, incluyéndose en dicho resultado aquella parte de su importe que se integre en la base imponible del periodo impositivo* y también en *el importe del resultado positivo consecuencia de operaciones de aumento de capital o fondos propios por compensación de créditos que no se integre en la base imponible por aplicación del apartado 2 del artículo 17 de la Ley 27/2014*.

En virtud de la segunda especialidad, el porcentaje a que se refiere el último párrafo del apartado 3 del artículo 40 de la Ley 27/2014, esto es, cinco séptimos del tipo de gravamen redondeado por defecto, pasa a ser de *diecinueve veinteavos* redondeado por exceso.

3. LIMITACIONES

3.1. A LA COMPENSACIÓN DE BASES IMPONIBLES NEGATIVAS

3.1.1. Antecedentes de las limitaciones

El Real Decreto-Ley 3/2016 ha añadido una nueva disposición adicional, la decimoquinta, a la Ley 27/2014, cuyo objeto es sustituir varios límites previstos en determinados preceptos de la misma, entre ellos el señalado en el primer párrafo del apartado 1 del artículo 26.

El límite previsto en la redacción original del artículo 26.1 de la Ley 27/2014, para la compensación de bases imponibles negativas, era *del 70 por ciento de la base imponible previa a la aplicación de la reserva de capitalización*.

La disposición transitoria trigésima cuarta g) de la Ley 27/2014, para los periodos impositivos iniciados dentro de 2015, estableció la no *aplicación* del citado límite y, en su lugar, introdujo otro, más riguroso, escalonado en función del volumen de operaciones de las entidades, en el sentido del artículo 121 de la Ley del impuesto sobre el valor añadido.

Por otra parte, la disposición transitoria trigésima sexta de la Ley 27/2014, para los periodos impositivos iniciados en 2016, redujo al 60 % el límite previsto en el primer párrafo del apartado 1 del artículo 26.

Pues bien, el Real Decreto-Ley 3/2016, con efectos en periodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2016, ha incorporado un límite exclusivamente aplicable a lo que denomina *grandes empresas*.

Se observará que el nuevo límite tiene carácter permanente, a diferencia del previsto en la disposición trigésima cuarta g).

3.1.2. Limitaciones en el régimen de tributación individual

Por tanto, para 2016 y sucesivos, el límite a la compensación de bases imponibles negativas queda como sigue:

- Entidades calificadas como grandes empresas: 50%, para cifra de negocios entre 20 y 60 millones de euros; 25%, para cifra de negocios de 60 millones y más de euros.
- Entidades no calificadas como grandes empresas: 60% en 2016 y 70% en 2017 y siguientes.

La cifra de negocios es la habida durante los 12 meses anteriores a la fecha de inicio del periodo impositivo, debiendo tomarse en su *importe neto*, esto es, *deduciendo del importe de las ventas de los productos y de las prestaciones de servicios u otros ingresos correspondientes a las actividades*

ordinarias de la empresa, el importe de cualquier descuento (bonificaciones y demás reducciones sobre las ventas) y el del impuesto sobre el valor añadido y otros impuestos directamente relacionados con las mismas, que deban ser objeto de repercusión, de acuerdo con lo previsto en la regla 11.ª, de las Normas para la Elaboración de las Cuentas Anuales, del Plan General de Contabilidad.

Se apreciará que la limitación discrimina contra aquellas entidades que requieren un elevado volumen de operaciones para generar valor económico.

El límite no se aplica en los siguientes casos:

- En todo caso y periodo impositivo, podrán compensarse bases imponibles negativas hasta 1 millón de euros, por cuanto ese umbral, previsto en el artículo 26.1 de la Ley 27/2014, además de no constituir un límite, afecta a todas las entidades, cualquiera que sea su cifra de negocios.
- A las empresas de nueva creación, en el sentido del artículo 29.1 de la Ley 27/2014, incluso si son grandes empresas, en los tres primeros periodos impositivos en que se genere una base imponible positiva previa a su compensación, por cuanto el artículo 26.3 de la Ley 27/2014, establece la no aplicación de los límites del apartado 1 de dicho artículo 26.
- Respecto del importe de las rentas correspondientes a reversión por deterioro, en el sentido de la disposición transitoria decimosexta de la Ley 27/2014, *siempre que las pérdidas por deterioro deducidas durante el periodo impositivo en que se generaron las bases imponibles negativas que se pretendan compensar hubieran representado, al menos, el 90 por ciento de los gastos deducibles de dicho periodo*, de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria decimosexta.8 de la Ley 27/2014.

Esta última excepción a la aplicación del límite a la compensación de bases imponibles negativas salva el caso, ciertamente hiriente, de tener que tributar en ausencia de renta alguna, presente o pasada, pero lo hace tan solo cuando se alcanza el umbral del 90 %.

EJEMPLO 1¹. Limitación concurrente con reversión

- Base imponible negativa (2012): 100.
- Magnitudes (2012): gastos deducibles, 400; deterioro, 250; ingresos, 300.

¹ Todas las cifras de los ejemplos se calculan en millones de euros.

.../...

.../...

- Magnitudes (2015): ingresos, 58.
- Magnitudes (2016): resultado contable, -10; ingresos, 70.
- Base imponible antes compensación (2016): $-10 + 50 (250/5, \text{reversión}) = 40$.
- Porcentaje: 62,5 % (250/400).
- Base imponible después de la compensación (2016): 20 (40 - 40/50 %).

Bien se ve que hubiera sido preferible excluir del límite a la totalidad del ingreso por reversión, pues así se hubiera evitado el fenómeno esotérico de tributación en ausencia de rentas, que, incluso, puede afectar a las pequeñas empresas, si bien el puerto seguro de 1 millón de euros rescatará a muchas de ellas, amén de que las pequeñas empresas, por lo común, no habrán padecido deterioros de instrumentos de patrimonio.

En el caso anterior, si el deterioro hubiere sido de 360 (400/90%) no se hubiera aplicado el límite sobre 50 unidades, y siendo la base imponible antes de la compensación negativa, no habría habido tributación.

3.1.3. Limitaciones en el régimen de tributación consolidada

Los límites introducidos por el Real Decreto-Ley 3/2016 se aplican al grupo fiscal, tomando en consideración la cifra de negocios del mismo.

El grupo fiscal, de acuerdo con lo previsto en la redacción original del artículo 67 e) de la Ley 27/2014, puede compensar las bases imponibles negativas anteriores a la incorporación de las entidades al mismo, *con el límite del 70 por ciento de la base imponible individual de la propia entidad*.

El efecto del Real Decreto-Ley 3/2016 es sustituir el límite del 70% por el límite escalonado.

La cuestión que se plantea es si el límite del grupo fiscal afecta, o no, a la compensación de las bases imponibles negativas anteriores. Caben varias interpretaciones. La más benigna es que el límite del grupo fiscal no afecta a las bases imponibles negativas anteriores a la integración en el grupo fiscal, de manera tal que el límite individual será diferente del límite del grupo fiscal. La más dura es que el límite del grupo fiscal también rige para la compensación de las bases imponibles negativas anteriores individuales.

La primera puede responder a la letra de la norma, pero tiene el inconveniente de hacer de mejor condición a las bases imponibles negativas pendientes de compensación individuales que a las bases imponibles pendientes de compensación del propio grupo fiscal.

EJEMPLO 2. Compensación de bases imponibles negativas anteriores del artículo 67 e) de la Ley 27/2014

Caso 1. Grupo fiscal H (dominante, base imponible individual, 15), A (incorporada, base imponible individual, 12; cifra de negocios año anterior, 18; base imponible negativa pendiente de compensación, 28; eliminaciones, 4), B (dependiente, base imponible individual, -3); cifra de negocios año anterior del grupo fiscal, 100; base imponible negativa pendiente de compensación del grupo fiscal, 9; periodo impositivo 2016.

- Base imponible consolidada previa a la compensación: $15 + 12 - 3 - 4 = 20$.
- Base imponible negativa individual incorporada limitada compensable: $(12 - 4)/60\% = 4,8$.
- Base imponible negativa limitada compensable: $20/25\% = 5$.
- Base imponible del grupo fiscal: $20 - 5 = 15$.

Caso 2. Mismos datos, excepto H (dominante, base imponible individual, 35).

- Base imponible consolidada previa a la compensación: $35 + 12 - 3 - 4 = 40$.
- Base imponible negativa individual incorporada limitada compensable: $(12 - 4)/60\% = 4,8$.
- Base imponible negativa limitada compensable: $40/25\% = 10$.
- Base imponible del grupo fiscal: $40 - 4,8 - 5,2 = 30$.

Caso 3. Mismos datos, excepto H (dominante, base imponible individual, 35), y base imponible negativa de grupo fiscal pendiente de compensación, 3,2.

- Base imponible consolidada previa a la compensación: $35 + 12 - 3 - 4 = 40$.
- Base imponible negativa individual incorporada limitada compensable: $(12 - 4)/60\% = 4,8$.
- Base imponible negativa limitada compensable: $40/25\% = 10$.
- Base imponible del grupo fiscal: $40 - 4,8 - 3,2 = 32$.

3.2. A LA DEDUCCIÓN DE RETENCIONES PRACTICADAS POR JURISDICIONES FISCALES EXTRANJERAS, DEL IMPUESTO SUBYACENTE EXTRANJERO RELATIVO A DIVIDENDOS, Y DE LAS CORRESPONDIENTES A DIVIDENDOS INTERNOS

En el apartado 2 de la nueva disposición adicional decimoquinta de la Ley 27/2014, se establece un límite conjunto del 50 %, sobre la cuota íntegra, que abarca a las siguientes deducciones:

- La establecida en el artículo 31 de la Ley 27/2014, concerniente a la eliminación de la doble imposición jurídica.
- La establecida en el artículo 32 de la Ley 27/2014, concerniente a la eliminación de la doble imposición económica.
- La establecida en el artículo 100.11 de la Ley 27/2014, concerniente a las deducciones para evitar la doble imposición jurídica y económica sobre las rentas imputadas en régimen de transparencia fiscal internacional.
- La establecida en el apartado 1 de la disposición transitoria vigésima tercera de la Ley 27/2014, para evitar la doble imposición económica interna.
- La establecida en el apartado 2 de la disposición transitoria vigésima tercera de la Ley 27/2014, para evitar la doble imposición económica internacional.
- La establecida en el apartado 4 de la disposición transitoria vigésima tercera de la Ley 27/2014, que contempla los saldos pendientes de aplicación de las deducciones para evitar la doble imposición interna e internacional, nacidas al amparo del texto refundido de la Ley del impuesto sobre sociedades (TRLIS).

La suma de todas las deducciones que procedan por esos conceptos no podrá rebasar el 50 % de la *cuota íntegra del contribuyente*, esto es, la cantidad resultante de aplicar el tipo de gravamen a la base imponible. Por tanto, el límite no versa sobre la parte de cuota íntegra correspondiente a los ingresos de los que derivan las deducciones que son objeto de limitación, sino sobre la cuota íntegra propiamente dicha.

El límite conjunto se aplica respecto de la suma de las cantidades a deducir por cada concepto, de acuerdo con los preceptos que los regulan. Así, las deducciones previstas en los artículos 31, 32 y 100.11 de la Ley 27/2014 están limitadas por la parte de cuota íntegra derivada de los ingresos correspondientes.

Las normas sobre aplicación de los excesos, sobre cuota íntegra, en periodos impositivos futuros, previstas en los artículos 31.6 y 32.5, no han sido afectadas por el límite conjunto previsto en el apartado 2 de la nueva disposición adicional decimoquinta. Por tanto, esos excesos podrán ser compensados, si bien respetando el límite conjunto.

EJEMPLO 3. Aplicación del límite conjunto

- Dividendos líquidos de fuente extranjera, 68; retención extranjera, 12.
- Impuesto subyacente extranjero correspondiente al dividendo, 20.
- Cánones líquidos extranjeros, 8; retención extranjera, 2.
- Rentas de otras fuentes: 30.
- Base imponible: $68 + 12 + 20 + 8 + 2 + 30 = 140$.
- Cuota íntegra: 35 (140/25 %).
- Límite del artículo 32.4: $25 [(68 + 12 + 20)/25 %]$; exceso no deducible: $7 (20 + 12 - 25)$.
- Límite del artículo 31.1: $2,5 (8 + 2/25 %)$; exceso no deducible: $0 (2 - 2,5)$.
- Límite conjunto: $17,5 (35/50 %)$; exceso trasladable: $7,5 (25 - 17,5)$.

El exceso resultante será compensable en la cuota íntegra de los periodos impositivos posteriores, respetando el límite conjunto. Es importante resaltar este aspecto, pues si el exceso no fuera compensable, podría suscitarse un conflicto en relación con los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, así como con las previsiones de la directiva matriz-filial.

4. INTEGRACIÓN POR REVERSIÓN EN LA BASE IMPONIBLE

4.1. DE PÉRDIDAS ANTERIORES POR DETERIORO DE INSTRUMENTOS DE PATRIMONIO

El Real Decreto-Ley 3/2016 ha dado nueva redacción a la disposición transitoria decimosexta de la Ley 27/2014, cuyo apartado 3 establece una regla de incorporación a la base imponible de las pérdidas por deterioro de instrumentos de patrimonio, en cuanto hubieren sido fiscalmente deducibles. En su virtud, el importe de las mismas *se integrará, como mínimo, por partes iguales en la base imponible correspondiente a cada uno de los cinco primeros periodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2016*.

Las pérdidas por deterioro de instrumentos de patrimonio fueron fiscalmente deducibles hasta la modificación operada por la Ley 16/2013. De acuerdo con la redacción original de la disposición transitoria decimosexta, apartados 2 y 3, de la Ley 27/2014, la reversión de las mismas motivaba el correspondiente aumento en la base imponible.

La reversión concurriría por alguna de las siguientes causas:

- Incremento de los fondos propios de la entidad participada, debidamente depurados con las aportaciones o devoluciones de aportaciones, esto es, por la obtención de beneficios de la entidad participada, respecto de los deterioros amparados por el artículo 12.3 del TRLIS.
- La percepción de dividendos que tengan la consideración de ingreso contable, excepto si el deterioro fue provocado por la distribución de dividendos que no tuvieron derecho a la deducción prevista en el artículo 30 del TRLIS.
- La recuperación de valor en el ámbito contable, esto es, el alza de cotización, respecto de los deterioros no amparados por el artículo 12.3 del TRLIS sino, directamente, por la normativa contable.

Estas causas de reversión continúan vivas tras la nueva redacción de la disposición transitoria decimosexta. A ellas se une la causa de reversión anteriormente enunciada. Las causas se aplican acumulativamente, operando la nueva causa a modo de cantidad mínima, de manera tal que, caso de haberse producido una reversión por las otras causas de importe superior, el saldo pendiente *se integrará por partes iguales entre los restantes periodos impositivos*.

EJEMPLO 4. Partida deducible amparada por el artículo 12.3 del TRLIS

- Importe inicial: 100 (2009).
- Reversión 40 (2012, recuperación de valor).
- Reversión 20 (2015, recuperación de valor).
- Reversión 8 (2016, $100 - (40 + 20)/5$, sin recuperación de valor).
- Reversión 8 (2017, $100 - (40 - 20)/5$, sin recuperación de valor).
- Reversión 14 (2018, recuperación de valor).
- Reversión 5 (2019, $100 - (40 + 20 + 8 + 8 + 14)/2$, sin recuperación de valor).
- Reversión 5 (2020, $100 - (40 + 20 + 8 + 8 + 14)/2$, sin recuperación de valor).

El efecto práctico de la nueva norma concerniente a la reversión es rechazar el deterioro practicado con arreglo a la legislación anterior a la Ley 16/2013. En efecto, ese deterioro se integra en la base imponible aun cuando la entidad participada no haya experimentado una recuperación en sus beneficios.

No tiene buena apariencia una tributación en ausencia de beneficios, pero también es cierto que el bienintencionado artículo 12.3 del TRLIS, en conjunción con la exención de dividendos y plusvalías de fuente extranjera del artículo 21 del TRLIS, determinaba, de una parte, una fiscalidad asimétrica y, de otra, tratándose de participaciones en entidades del grupo, multigrupo y asociadas, olvidadiza del tradicional principio de inscripción contable.

Seguramente, bajo la drástica medida de reversión por quintas partes, late la sospecha de que el artículo 12.3 del TRLIS, endosaba al impuesto sobre sociedades unas pérdidas que no necesariamente pesaban sobre los beneficios contables ni, por ende, sobre los dividendos de los accionistas.

La transmisión de la participación deteriorada determina el cese de la reversión, con el efecto práctico, por tanto, de computar, definitivamente, la renta negativa pretérita. Este efecto se produciría, incluso, cuando la entidad adquirente y transmitente estuvieren vinculadas. Esta maniobra defensiva podría quedar frustrada si el artículo 11.6 de la Ley 27/2014 pudiera interpretarse en el sentido de que también cubre la reversión apodíctica. En efecto, ha habido un deterioro fiscalmente deducible, y hay una reversión, ciertamente peculiar, pero reversión fiscal a fin de cuentas, en sede de una entidad vinculada. Podría aducirse que, toda vez que el deterioro de los instrumentos de patrimonio no es fiscalmente deducible, el artículo 11.6 no cubre situación alguna referida a los mismos. Sin embargo, ese argumento no sería concluyente, toda vez que el deterioro concernido sí fue fiscalmente deducible.

Ciertamente, si la entidad adquirente de la participación no es residente en territorio español, volvería a suscitarse el antiguo problema de la entidad en la que procede la reversión, respecto del que la Ley 27/2014 ha guardado silencio, si bien, con arreglo a la norma concordante del TRLIS, los tribunales de justicia descartaron que el obligado a la reversión fuera el contribuyente que transmitió la participación.

Más allá de las disquisiciones precedentes, no debiera dejarse de lado que una transmisión de la participación que respondiera tan solo al móvil de eludir la norma de reversión podría caer bajo el ámbito de aplicación de una norma antiabuso de carácter general.

En fin, puesto que la reversión apodíctica eleva el valor fiscal de la participación, la pérdida correspondiente, caso de persistir, siempre podría hacerse efectiva, a efectos fiscales, mediante la extinción de la entidad, en los términos previstos en el artículo 21.8 de la Ley 27/2014, según redacción del Real Decreto-Ley 3/2016.

4.2. DE PÉRDIDAS ANTERIORES IMPUTABLES A ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES

El apartado 5 de la nueva redacción de la disposición transitoria decimosexta de la Ley 27/2014 establece una regla de incorporación a la base imponible de las rentas negativas imputadas a la base imponible de la casa central en periodos impositivos regidos por el TRLIS, anteriores,

lógicamente, a la modificación establecida por la Ley 16/2013, que estableció la no imputación de las pérdidas inherentes a las operaciones realizadas mediante establecimiento permanente.

Las rentas negativas se integrarán en la base imponible de la casa central con ocasión de la *transmisión* del establecimiento permanente, realizada en periodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2016, *con el límite de la renta positiva derivada de la transmisión*.

En realidad, la norma del apartado 5 no cumple otra función que complementar a la prevista en el apartado 4, la cual no ha sido modificada por el Real Decreto-Ley 3/2016. En su virtud, la exención del artículo 22, o la deducción del artículo 31, solo se aplicarán respecto de las rentas positivas que excedan de las rentas negativas imputadas a la casa central.

Nótese que, a diferencia de lo que acontece respecto de las pérdidas de los instrumentos de patrimonio, en el caso de los establecimientos permanentes, las pérdidas anteriormente imputadas a la casa central no se integran en la base imponible por quintas partes.

EJEMPLO 5. Pérdidas ordinarias de establecimientos permanentes

- Pérdidas (2012): -100. Se imputa a la casa central.
- Beneficios (2013): 20. No exención.
- Pérdidas (2014): -30. No imputación a la casa central.
- Pérdidas (2015): -40. No imputación a la casa central.
- Beneficios (2016): 50. No exención.
- Renta positiva en transmisión (2017): 18. Exenta.
- Renta negativa neta: 30 (100 - 20 - 50).
- Renta negativa neta a integrar en base imponible: 18.

5. NO INTEGRACIÓN EN LA BASE IMPONIBLE DE LAS RENTAS NEGATIVAS

Las medidas que, seguidamente, se comentan se aplican respecto de los periodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2017. Habiendo entrado en vigor el Real Decreto-Ley 3/2016 el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, no concurre en ellas retroactividad alguna.

5.1. DERIVADAS DE LA TRANSMISIÓN DE INSTRUMENTOS DE PATRIMONIO

El artículo 21 de la Ley 27/2014 estableció la exención de los dividendos y de las plusvalías de cartera correspondientes a participaciones significativas. Sin embargo, dejando de lado ciertas restricciones, admitió el cómputo de las minusvalías inherentes a las transmisiones de esas participaciones. El Real Decreto-Ley 3/2016 rectifica y establece el no cómputo de las referidas minusvalías. A tal efecto, ha dado nueva redacción a un conjunto de apartados del artículo 21.

El cómputo de la minusvalía hace justicia a la entidad que la sufre pero, en unión de la exención, crea un vacío en el conjunto de los contribuyentes del impuesto sobre sociedades, y da vía libre a operaciones de planificación fiscal agresiva. El no cómputo de la minusvalía colma el vacío, y cercena las posibilidades agresivas, pero agravia al contribuyente que la sufre. En el método de exención, alcanzar el equilibrio es muy difícil. Se diría, en relación con las rentas derivadas de la transmisión de la participación, que pone al mundo al revés: los que ganan no pagan y los que pierden no dejan de pagar. Esa impresión se matiza si se considera, de una parte, que la exención de rentas positivas tiene por objeto evitar la doble imposición económica y, respecto de las rentas negativas, que es la contrapartida, en el conjunto de todos los contribuyentes, de la exención de la renta positiva.

5.1.1. Régimen general de integración en la base imponible de las rentas negativas

Tras el Real Decreto-Ley 3/2016, el corazón del régimen de las minusvalías de cartera se halla en la nueva redacción del apartado 6 del artículo 21 de la Ley 27/2014. En su virtud, no se integrarán en la base imponible las rentas negativas derivadas de la transmisión de una participación en la que concurren los requisitos que, de acuerdo con lo previsto en el apartado 3 del propio artículo 21, habilitan la exención de la renta positiva derivada de la transmisión de la participación. Así pues, con carácter general, las participaciones cualificadas para la exención lo están también para el no cómputo de la renta negativa. Pero de ahí no se sigue que el no disfrute de la exención implique, necesariamente, el cómputo de las rentas negativas.

En efecto, el no cómputo de la renta negativa se produce, de acuerdo con el artículo 21.6 a), cuando *se cumplan los requisitos del apartado 3 de este artículo* (art. 21 de la Ley 27/2014), con independencia de que, en caso de renta positiva, fuere, o no, aplicable la exención, por más que, por lo común, lo será.

Por tanto, con carácter general, habida cuenta de que el apartado 3 del artículo 21 se remite a los requisitos del apartado 1, no se computarán las rentas negativas derivadas de la transmisión de instrumentos de patrimonio que otorguen un porcentaje de participación de, al menos, el 5% o cuyo valor de adquisición hubiere excedido de 20 millones de euros, ya hubieren sido emitidos por entidades residentes en territorio español o en el extranjero.

Sin embargo, aun cuando los requisitos que abren paso a la exención de las rentas positivas son los mismos que lo cierran al cómputo de las rentas negativas, ha de repararse en que, en el caso de las rentas negativas, el requisito relativo al porcentaje de participación o al valor de adquisición *se entenderá cumplido cuando el mismo se haya alcanzado en algún momento durante el año anterior al día en que se produzca la transmisión.*

Para disfrutar de la exención de la renta positiva derivada de la transmisión de la participación, el requisito de porcentaje o valor de adquisición ha debido mantenerse con un año y cumplirse *el día en el que se produzca la transmisión*, en tanto que para no computar la renta negativa derivada de la transmisión de la participación, basta con que tal requisito haya estado presente en el día de la transmisión o en cualquier otro del año precedente.

De esta suerte, el cómputo de la renta negativa derivado de la transmisión de la participación queda relegado a las participaciones no significativas, esto es, a aquellas que otorgan un porcentaje de participación inferior al 5% y cuyo valor de adquisición no excede de 20 millones de euros.

Adicionalmente, tratándose de participaciones no significativas sobre entidades no residentes en territorio español, tampoco se computará la renta negativa derivada de la transmisión, cualquiera que sea el porcentaje de participación o el precio de adquisición, cuando la entidad emisora no tribute *por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga* al impuesto sobre sociedades, *a un tipo nominal de, al menos, el 10 por ciento*, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21.6 b), mediante la técnica de remisión al artículo 21.1 b). Consecuentemente, si media un convenio bilateral para evitar la doble imposición que contenga cláusula de intercambio de información, esta causa adicional de no cómputo de minusvalías de cartera no opera.

Por tanto, aun en el caso de una participación no significativa, si el tipo de gravamen nominal correspondiente a la entidad emisora es inferior al 10%, la renta negativa derivada de la transmisión de la participación no se integrará en la base imponible, excepto si media un convenio, en los términos expuestos.

EJEMPLO 6. Cómputo de rentas negativas

Participación sobre entidad residente, valor adquisición 21 millones, precio de transmisión 15 millones, adquirida y transmitida en 2017. Renta negativa no computa.

Participación sobre entidad residente, valor de adquisición 21 millones en 2016, precio de transmisión 7 millones en 2017 con minusvalía de 2 millones, resto precio de transmisión 8 millones en 2018, con minusvalía de 4 millones. La primera renta negativa no computa, la segunda sí.

Participación sobre entidad no residente, porcentaje 7%, alcanzado desde el 4% tres meses antes de la transmisión. Renta negativa no computa.

.../...

.../...

Participación sobre entidad no residente, porcentaje 3 %, tipo nominal de gravamen 8 %. Renta negativa no computa.

Participación sobre entidad no residente, valor adquisición 18 millones, tipo nominal de gravamen 8 %, media convenio. Renta negativa computa.

Participación sobre entidad no residente, valor de adquisición 18 millones, tipo nominal 12 %, no media convenio. Renta negativa computa.

Como quiera que la exención de dividendos y plusvalías y el cómputo de las minusvalías están ligados a umbrales de porcentaje de participación o de valor de adquisición, se presenta, en toda su crudeza, un fenómeno que, en cuanto a sus efectos, es paralelo al error de salto, ya reconocido por la Ley General Tributaria de 1963, lo que, tal vez, estimulará operaciones de planificación fiscal defensiva frente al no cómputo de la renta negativa, tendentes a situar la participación extramuros de los umbrales, cuya implementación se verá favorecida por el hecho de que dichos umbrales vayan referidos a cada entidad y no al grupo mercantil al que pertenecen. No obstante, tratándose de grupos fiscales, los umbrales se referirán al grupo fiscal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 62.1 a) de la Ley 27/2014.

El no cómputo de la renta negativa puede versar solamente respecto de una parte de la minusvalía padecida, en la medida en que los requisitos del apartado 3 del artículo 21 se cumplan parcialmente, cual sería, entre otros posibles, el caso correspondiente al supuesto de hecho del antepenúltimo párrafo del artículo 21.1 b) de la Ley 27/2014.

5.1.2. Aplicación del régimen general a casos particulares

Seguidamente se proyectan las reglas relativas al no cómputo de minusvalías de cartera en relación con un conjunto de supuestos particulares.

5.1.2.1. Participación sobre instituciones de inversión colectiva

La participación en una institución de inversión colectiva, cualquiera que fuere su forma jurídica, es *participación en una entidad*, según los propios términos del artículo 21 de la Ley 27/2014.

El artículo 53.1 de la Ley 27/2014 establece que los socios o partícipes de las instituciones de inversión colectiva *integrarán en la base imponible [...] las rentas derivadas de la transmisión de acciones o participaciones o del reembolso de estas, sin que les resulte posible aplicar la exención prevista en el artículo 21 de esta ley...*

El régimen de las instituciones de inversión colectiva no solo desplaza a la exención del artículo 21, sino que, y esto es lo relevante, ordena la integración en la base imponible de las rentas derivadas de la transmisión de la participación o del reembolso, sin hacer distinción entre rentas positivas o negativas. En consecuencia, no habrá obstáculo para la integración en la base imponible de las rentas negativas derivadas de la transmisión o reembolso de la participación.

Frente a la interpretación precedente, cabe otra consistente en reducir el efecto del artículo 53.1 a diferir el cómputo de las rentas de la inversión colectiva al momento de su realización, mediante transmisión o reembolso, y a excluir la aplicación de la exención, de manera tal que el cómputo de las rentas negativas quedaría extramuros de su mandato, aplicándose respecto de tal supuesto de hecho lo previsto en el artículo 21.6 de la Ley 27/2014.

Se estima preferible la primera interpretación. En tal caso, inopinadamente, el Real Decreto-Ley 3/2016 habría venido a añadir un nuevo privilegio a la tributación de los socios y partícipes, en cuanto personas jurídicas, de las instituciones de inversión colectiva.

5.1.2.2. Participación sobre entidades holding

Cuando los ingresos de la entidad participada procedan, en más del 70%, de dividendos o plusvalías de cartera, la renta positiva derivada de la transmisión de la participación solamente estará exenta a condición de que el requisito de participación del 5% se cumpla también, indirectamente, respecto de las entidades de las que proceden las mencionadas rentas.

En consecuencia, en tal caso de cumplimiento, la renta negativa derivada de la transmisión de la participación sobre la entidad *holding* no se integrará en la base imponible. Por el contrario, cuando el porcentaje de participación indirecto fuere inferior al 5%, la renta negativa derivada de la transmisión de la participación sobre la entidad *holding* sí se computará.

La razón del no cómputo de la renta negativa se halla en el cumplimiento de *los requisitos establecidos en el apartado 3* del artículo 21 de la Ley 27/2014, los cuales, como se ha indicado, son los del apartado 1.

También cabe el cumplimiento parcial del requisito, esto es, que se cumpla solo en relación con alguna o algunas de las entidades participadas por la entidad *holding*, en cuyo caso el no cómputo de la renta negativa será parcial, de acuerdo con lo previsto en el último párrafo del artículo 21.6 de la Ley 27/2014.

5.1.2.3. Participación en régimen de consolidación fiscal

El artículo 62.2 de la Ley 27/2014 establece que la renta negativa derivada de la transmisión a terceros de la participación sobre una entidad del grupo fiscal se minorará en el importe de las bases imponibles negativas, generadas dentro del grupo fiscal, imputables a la misma que hubieren sido compensadas en el contexto de la formación de la base imponible del grupo fiscal.

Toda vez que la renta negativa derivada de la transmisión de la participación no se computa, en los términos del artículo 21.6 de la Ley 27/2014, el precepto referido ha devenido vacío de contenido.

Hubiera sido oportuno derogarlo.

Con todo, no por ello el régimen de consolidación fiscal ha perdido atractivo. En efecto, el mismo posibilita la compensación de las pérdidas sufridas por entidades del grupo fiscal con los beneficios obtenidos por otras entidades del propio grupo fiscal, lo que en un contexto de restricciones a la compensación de pérdidas no es una ventaja menor. Nótese que esa compensación es pareja al deterioro de la participación que, en el régimen individual de tributación, no se admite.

5.1.2.4. Participación en régimen de transparencia fiscal internacional

La renta obtenida en la transmisión de estas participaciones debe ser calculada tomando en consideración el denominado valor de titularidad, esto es, el importe de los beneficios previamente imputados, en los términos previstos en el artículo 100.12 de la Ley 27/2014.

Por otra parte, a la renta positiva derivada de la transmisión de la participación no se le aplica la exención del artículo 21 de la Ley 27/2014 cuando al menos el 15 % de las rentas obtenidas por la entidad no residente participada estuvieren sometidas al régimen de transparencia fiscal internacional, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21.5 c) de la Ley 27/2014.

La existencia de una regla específica para determinar la renta derivada de la transmisión de la participación sobre la entidad no residente y, sobre todo, la no aplicación de la exención del artículo 21 de la Ley 27/2014, podría llevar a postular el cómputo de la renta negativa derivada de la transmisión de la participación, cualquiera que fuere el porcentaje de participación o su valor de adquisición.

Se estima que esta interpretación no es correcta. En efecto, como se ha indicado anteriormente, lo que cierra el paso al cómputo de la renta negativa es la concurrencia de los requisitos previstos en el apartado 3 del artículo 21, el cual, a su vez, se remite a los requisitos del apartado 1, y estos son los concernientes al porcentaje de participación o valor de adquisición y, tratándose de participaciones extranjeras, el concerniente al tipo nominal de gravamen, con independencia de que, ante una eventual renta positiva, fuera o no aplicable la exención.

Por tanto, la renta negativa derivada de la transmisión de una participación sobre una entidad no residente objeto del régimen de transparencia fiscal internacional, no se integrará en la base imponible, de acuerdo con las reglas generales sobre la materia, aun cuando la regla del artículo 21.5 c) de la Ley 27/2014 cerrara el paso a la exención de una eventual renta positiva.

5.1.2.5. Participación sobre entidades no residentes acogidas al método de imputación

El artículo 21.9 c) de la Ley 27/2014 establece que la exención no se aplica cuando el contribuyente decide acogerse a los artículos 31 y 32 de la Ley 27/2014, esto es, al método de imputación.

Este acogimiento no será obstáculo para la no integración en la base imponible de las rentas negativas derivadas de la transmisión de la participación, de acuerdo con las reglas generales.

En efecto, como se ha indicado, lo que cierra el paso al cómputo de la renta negativa derivada de la transmisión de la participación no es que la participación esté acogida al régimen de exención, sino *que se cumplan los requisitos establecidos en el apartado 3 del artículo 21 de la Ley 27/2014*.

Ciertamente, frente a la interpretación que se propone, cabe otra que fundamentaría el no cómputo de la renta negativa en el acogimiento efectivo de la participación al régimen de exención del artículo 21. Esta interpretación es atractiva, por cuanto asocia exención de plusvalía con no cómputo de minusvalía, pero la literalidad de la norma parece rechazarla.

Más adelante, al hilo del comentario de la derogación de los apartados 6 y 7 del artículo 32 de la Ley 27/2014 se abundará sobre esta cuestión.

5.1.2.6. *Participación que pierde o gana la condición de cualificada*

La participación puede ganar o perder la condición de cualificada, a los efectos de disfrutar de la exención de las rentas positivas derivadas de la transmisión. Así, las operaciones de ampliación de capital o de fusión, entre otras, pueden llevar el porcentaje de participación por debajo del 5%, y las de separación de socio a alcanzarlo o superarlo. Del mismo modo, la transmisión parcial de la participación puede llevar el valor de adquisición de la participación a 20 millones de euros o menos, y la adquisición adicional puede llevar ese valor de adquisición a 20 millones de euros o más. En fin, la suscripción de un convenio bilateral para eliminar la doble imposición puede provocar el cumplimiento del requisito de tributación mínima y la denuncia el incumplimiento.

Por tanto, es posible que, respecto de una misma participación, se disfrute tanto de la exención de la renta positiva como del cómputo de la renta negativa, y lo inverso, esto es, que se padezca la tributación de la renta positiva y el no cómputo de la renta negativa.

Para evitar estos casos, sin duda adversos a la equidad, hubieran debido establecerse normas relativas a los efectos de las circunstancias de calificación y descalificación de la participación, pero su complejidad tal vez lo haya desaconsejado.

El único atisbo de norma que, en cierto modo, regula el fenómeno descrito, es la prevista en la nueva letra l) del artículo 15, la cual será comentada más adelante.

5.1.2.7. *Rentas negativas en instrumentos financieros derivados*

Esta importante fuente de rentas, positivas y negativas, no ha sido afectada por el Real Decreto-Ley 3/2016, aun cuando el subyacente fuere un instrumento de patrimonio. Sucede así que la renta negativa derivada de la transmisión de los instrumentos de patrimonio que componen una participación calificada no se computará en la base imponible, en tanto que la renta negativa

imputable a la valoración, o a la liquidación de un derivado, provocada por la variación de valor de esos instrumentos de patrimonio, sí computará.

La renta, positiva o negativa, imputable a un derivado trae causa de un pronóstico, acertado o desacertado, respectivamente, sobre la evolución del valor del subyacente. Bien se comprende que, en un mundo sin fronteras a los movimientos de capitales, el derivado constituye un vehículo privilegiado para transferir rentas entre entidades de un mismo grupo multinacional.

Hubiera sido estimulante que el proyecto BEPS les hubiera prestado alguna atención, más allá de la teoría de que siempre se podrá aplicar el principio de libre competencia, en el presente caso sobre la base del valor cero inicial del contrato derivado, pues no parece pertinente que las rentas derivadas de una actividad económica puedan ser neutralizadas por las rentas negativas inherentes a un negocio como el mencionado.

5.1.2.8. Rentas negativas pendientes en el canje de valores derivado de una operación acogida al régimen especial de reestructuración

El artículo 81 de la Ley 27/2014 establece dos reglas de valoración, ya previstas en el TRLIS, en relación con la renta derivada de la atribución de valores fruto de una operación de reestructuración. Por la primera, tales rentas no se integran en la base imponible, por la segunda, los valores recibidos se valoran por el valor fiscal de los entregados. La segunda regla es complementaria de la primera.

Si estas reglas se interpretan en el sentido de que el cómputo de la renta habida en la atribución se difiere a un momento posterior, señaladamente al de la transmisión de la participación, se plantea el cómputo de la misma si es de carácter negativo y la atribución se ha producido en 2016 y anteriores. Si, por el contrario, se interpretan en el sentido de que asignan un valor fiscal a los instrumentos de patrimonio recibidos en atribución, no ha lugar al planteamiento de tal cuestión. En efecto, la única renta que existe, a efectos fiscales, es la producida en el momento de la ulterior transmisión, de manera tal que no cabrá escindir tal renta en una renta negativa pretérita, que sería computable, y en una renta positiva actual.

Lo previsto en el artículo 21.4 de la Ley 27/2014, que regula una situación distinta pero con idéntica raíz, sugiere que, en ausencia de una norma específica, no es pertinente efectuar la disección meritada.

EJEMPLO 7. Atribución de valores en operación de reestructuración

- Valor de adquisición: 100 (2009).
- Canje en fusión. Valor de mercado del valor recibido: 80 (2015).

.../...

.../...

- Transmisión. Valor de transmisión: 98 (2017).
- Renta negativa: 2 (98 – 100). No computa. No sería correcto, por tanto, computar la renta negativa en la transmisión por importe de 20 y una renta positiva exenta por importe de 18 (98 – 80).

5.1.2.9. Rentas negativas mediando un convenio para evitar la doble imposición

Los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición no interfieren en la potestad de las partes contratantes para regular la tributación de sus respectivos residentes, si bien las normas del convenio prevalecerán sobre las puramente internas. Los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición asignan la competencia para gravar las plusvalías de cartera a una de las partes contratantes, pero no se ocupan, por lo general, de las minusvalías de cartera. Esos convenios también establecen el principio de no discriminación.

El régimen de las rentas negativas previsto en el artículo 21.6 de la Ley 27/2014 no regula materias sobre las que versan los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.

Por lo que se refiere a la discriminación, que tal vez podría atisbarse en relación con los instrumentos de patrimonio extranjeros, debe llamarse la atención de que el requisito de tipo de gravamen mínimo del 10%, cuyo incumplimiento determinaría el no cómputo de las rentas negativas tratándose de dichos instrumentos de patrimonio extranjeros, justamente se entiende cumplido cuando media un convenio bilateral para eliminar la doble imposición.

En conclusión, la restricción al cómputo de las rentas negativas, derivadas de la transmisión de la participación, no entra en conflicto con los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.

5.1.3. Rentas negativas por causa de extinción de la entidad participada

La nueva redacción del artículo 21.8 de la Ley 27/2014 establece que *serán fiscalmente deducibles las rentas negativas generadas en caso de extinción de la entidad participada, salvo que la misma sea consecuencia de una operación de reestructuración.*

Son operaciones de reestructuración, según se desprende del preámbulo de la Ley 27/2014, las descritas en el capítulo VII del título VII. El rasgo común de las operaciones de reestructuración en las que se produce la extinción de una entidad es que la disolución no va seguida de la liquidación. Son, por tanto, básicamente, las operaciones de fusión y escisión total.

Puesto que la norma se refiere a las operaciones de *reestructuración*, sin remitirse a las acogidas al régimen especial, ha de entenderse que tal acogimiento es indiferente.

Podría también postularse que son operaciones de reestructuración, a los efectos previstos en el artículo 21.8, todas las reguladas en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, pero parece preferible reconducir su ámbito al contemplado en la propia Ley del impuesto sobre sociedades.

5.1.3.1. Régimen general

Consecuentemente, deben distinguirse dos tipos de extinción, a los efectos del tratamiento de la renta negativa:

- La renta negativa puesta de manifiesto como consecuencia de la extinción de una entidad, cuando la correspondiente disolución va seguida de la liquidación, se integra en la base imponible.
- La renta negativa puesta de manifiesto como consecuencia de la extinción de una entidad, cuando la correspondiente disolución no va seguida de la liquidación, como es el caso de la fusión o la escisión total, no se integra en la base imponible.

La interpretación sistemática del régimen de las rentas negativas indica que el no cómputo de las habidas en un proceso de reestructuración solo se aplicará respecto de las participaciones calificadas, esto es, en relación con aquellas cuya renta negativa no se computa de acuerdo con las previsiones generales del artículo 21.6 de la Ley 27/2014, pero no, desde luego, de aquellas otras cuya renta negativa, también de acuerdo con dichas previsiones, sí se computa. En efecto, no sería pertinente rechazar el cómputo de una renta negativa por el hecho de que la transmisión de la participación se produjera como consecuencia de un negocio jurídico de reestructuración.

No obstante, cuando la reestructuración está acogida al régimen general del capítulo VII del título VII de la Ley 27/2014, habrá de estarse a las reglas previstas en el mismo, según se expone en el subapartado siguiente.

La renta negativa citada en primer lugar se determina, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17.8 de la Ley 27/2014, como diferencia entre el valor de mercado de los elementos patrimoniales recibidos y el valor fiscal de la participación anulada.

EJEMPLO 8. Extinción mediante disolución con liquidación

- Valor adquisición y porcentaje de participación: Socios A (118, 40 %), B (80, 25 %), C (130, 33 %) y D (9, 2 %).
- Valor teórico del patrimonio a adjudicar: 230.

.../...

.../...

- Valor de mercado del patrimonio a adjudicar: 300.
- Renta: Socios A ($118 - 300/40\% = 2$), B ($80 - 300/25\% = -5$), C ($130 - 300/33\% = -31$), D ($9 - 300/2\% = -3$).
- La renta positiva de A está exenta y la renta negativa de B, C y D, computa.

La renta negativa citada en segundo lugar se determina, de acuerdo con lo previsto en el artículo 17.9 de la Ley 27/2014, como diferencia entre el valor de mercado de la participación recibida y el valor fiscal de la participación anulada.

EJEMPLO 9. Extinción mediante un proceso de reestructuración (mismos datos del caso anterior)

La renta positiva de A está exenta, la renta negativa de B y C no computa; la renta negativa de D computa.

EJEMPLO 10. Transmisión de la participación a un tercero (mismos datos del caso anterior)

La renta positiva de A está exenta, la renta negativa de B y C no computa; la renta negativa de D computa.

La posibilidad de que la cuota de liquidación sea pagada en especie, si así lo disponen los estatutos, tal vez aliente decisiones de transmisión del patrimonio empresarial bajo formas jurídicas que procuren el cómputo de las rentas negativas, sobre cuya adecuación a la legalidad sería oportuno reflexionar detenidamente. Nótese que la renta negativa a computar a causa de una extinción ha podido ir precedida de unas rentas positivas exentas en sede de anteriores tenedores de la participación. Chocarán, así, la legitimidad de computar una renta negativa efectiva en la entidad que la padece, con la legitimidad de evitar que se compute una renta negativa que, tomando en consideración el conjunto de los tenedores de la participación, no existe. En el método de exención, alcanzar el justo equilibrio es muy difícil.

5.1.3.2. *Extinciones por reestructuraciones amparadas en el régimen especial del capítulo VII del título VII*

La no inclusión de la renta negativa afecta tanto a las operaciones de reestructuración acogidas al capítulo VII del título VII de la Ley 27/2014, como a las no acogidas si bien, respecto de las primeras, la no integración de la renta negativa también procede en los supuestos contemplados en el artículo 81 de la Ley 27/2014. En tal caso se plantea cuál de las dos normas debe ser aplicada, esto es, el artículo 21.8 de la Ley 27/2014 o el artículo 81 de la misma ley.

Nótese que aun cuando el efecto práctico de los dos sea el mismo en lo que concierne al no cómputo de la renta negativa puesta de manifiesto en el canje de valores inherente a la operación de reestructuración, el artículo 81 prevé que los instrumentos de patrimonio recibidos tomen el valor fiscal de los entregados, en tanto que el artículo 21.8 nada establece sobre el particular, de manera tal que los instrumentos de patrimonio recibidos se valorarán por su valor de mercado, lo que en caso de transmisiones posteriores será indiferente o no, según que proceda, o no, la incorporación en la base imponible de las rentas, positivas o negativas, obtenidas.

Nótese, por otra parte, que, precisamente, en una operación de reestructuración, la participación recibida puede descender del umbral del 5%, en cuyo caso las rentas negativas obtenidas en una ulterior transmisión de la participación se computarán, como también se computarán en caso de la posterior disolución con liquidación de la entidad resultante de la operación de reestructuración, cualquiera que sea el porcentaje de participación.

El principio de preferencia de la regla especial sobre la general indica que habrá de aplicarse el artículo 81 y, por ende, la regla de subrogación en el valor fiscal. Más dudoso es que la subrogación alcance también al porcentaje de participación, por más que esa subrogación sea acorde con la filosofía del régimen especial del capítulo VII del título VII de la Ley 27/2014.

EJEMPLO 11. Canje de valores por fusión. Posterior transmisión de la participación recibida

- Valor de adquisición, valor de mercado en el momento del canje, precio de transmisión, y porcentaje *ex-ante* y *ex-post*): Socios A (22; 17,6; 20; 5,5 %; 2,75 %), B (18; 14,4; 17; 6 %; 3 %), C (280; 224, 260; 88,5 %; 44,25 %).
- Renta positiva o negativa por canje de valores: no se integra en la base imponible.
- Renta en la transmisión posterior: A (20 - 22 = -2, no computa), B (17 - 18 = -1 computa; no computa si prevalece la subrogación del porcentaje de participación), C (260 - 280 = -20, no computa).

5.1.3.3. Extinción por fusión acogida al régimen especial, mediando participación

El artículo 82 de la Ley 27/2014 establece dos reglas que versan sobre la anulación de la participación que la entidad absorbente o adquirente tiene sobre la entidad absorbida o transmitente.

Cuando esa participación es, al menos, del 5%, *no se integrará en la base imponible la renta positiva o negativa derivada de la anulación de la participación*. Puede observarse que esta regla coincide con las generales del artículo 21.6 de la Ley 27/2014, y no contradice la regla del artículo 21.8 de la Ley 27/2014, relativa a la no integración de las rentas negativas en el contexto de un proceso de reestructuración.

Cuando esa participación no es, al menos, del 5%, *se integrará en la base imponible la renta, positiva o negativa derivada de la anulación de la participación*. También esta regla coincide con las generales, excepto si el precio de adquisición fue superior a 20 millones de euros, o bien la entidad absorbida no reside en territorio español, el tipo nominal de gravamen al que tributa no alcanza el 10% y no media un convenio para eliminar la doble imposición con cláusula de intercambio de información.

Las dos reglas antedichas van acompañadas de sendas reglas secundarias, concernientes a la transmisión de la participación que la entidad absorbida tenga en la absorbente. En su virtud, para participaciones que alcanzan el 5%, las rentas, positivas y negativas, puestas de manifiesto, no se integran en la base imponible, y sí lo hacen para participaciones que no lo alcanzan. También estas reglas concuerdan con las de carácter general, en los términos expuestos.

Para operaciones de fusión acogidas al régimen especial del capítulo VII del título VII de la Ley 27/2014, se aplicarán las reglas del artículo 82, y para las no acogidas, las de carácter general, por más que, como se ha indicado, existe entre ellas una significativa coincidencia.

EJEMPLO 12. Fusión acogida al régimen especial

- Valor adquisición y porcentaje: Caso 1 (120; 100 %); Caso 2 (7; 4 %).
- Valor contable absorbida: 60.
- Valor mercado absorbida: 100 (60, valor contable; 30 marcas; 10 fondo comercio).
- Caso 1 ($120 - 100 = -20$, no computa); Caso 2 ($7 - 100/4 \% = -3$, computa).

5.1.3.4. Cálculo de la renta negativa en caso de previa distribución de dividendos

A efectos de la integración en la base imponible de la renta negativa derivada de la extinción de una entidad, aquella *se minorará en el importe de los beneficios recibidos de la entidad*

participada en los diez años anteriores a la fecha de la extinción, siempre que los referidos dividendos o participaciones en beneficios no hayan minorado el valor de adquisición y hayan tenido derecho a la aplicación de un régimen de exención o de deducción para la eliminación de la doble imposición, por el importe de la misma, de acuerdo con lo previsto en el párrafo segundo del artículo 21.8 de la Ley 27/2014.

Aun cuando la norma se refiere a un régimen de exención o de deducción, convocando así tanto a los previstos en la Ley 27/2014, como a los previstos en legislaciones extranjeras, es lo cierto que el supuesto de hecho solo sintoniza con los primeros y con los del TRLIS.

Esta regla puede impedir la integración en la base imponible de la renta negativa provocada por la distribución de unos beneficios implícitos en el valor de adquisición de la participación, pero también la de una renta negativa con un origen distinto. En el primer supuesto se evita una desimposición, y en el segundo se obtura el cómputo de una renta negativa efectiva.

EJEMPLO 13. Dividendos previos a la extinción

- Valor adquisición participación: 190.
- Valor cuota liquidación: 80.
- Dividendos totales exentos: 70.
- Dividendos exentos cuatro años anteriores (2015-2018): 40.
- Dividendos con derecho a deducción seis años anteriores (2009-2014): 20.
- Renta negativa: -110 (190 - 80).
- Renta negativa corregida: -50 (110 - 40 - 20).

5.1.4. Régimen de determinación del importe de la renta negativa a integrar en la base imponible

El importe de la renta negativa derivada de la transmisión de la participación se calcula enfrentando el valor de transmisión con el valor fiscal. No obstante, el nuevo apartado 7 del artículo 21 de la Ley 27/2014 establece dos normas especiales. Estas normas especiales se proyectan, lógicamente, respecto de las rentas negativas susceptibles de ser incluidas en la base imponible. No son reglas nuevas, pues ya estaban recogidas en los apartados 6 y 7 de la redacción original del artículo 21.

En su virtud, la renta negativa derivada de la transmisión de la participación, susceptible de inclusión en la base imponible, se minorará en dos conceptos:

- La renta positiva habida en una transmisión de la participación realizada entre entidades del mismo grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, a la que se hubiere aplicado un régimen de exención o de deducción para la eliminación de la doble imposición.
- Los dividendos o participaciones en beneficios percibidos en periodos impositivos iniciados en 2009 y siguientes, siempre que los referidos dividendos o participaciones en beneficios no hayan minorado el valor de adquisición y hayan tenido derecho a la exención prevista en el apartado 1 de este artículo.

Puesto que las rentas negativas que computan son, con carácter general, las concernientes a la transmisión de participaciones que no dan derecho a la exención, y las dos reglas precedentes modifican el valor de la renta negativa en función de rentas exentas previas, cabe intuir que tendrán escasa aplicación, pero no nula, desde luego, por cuanto es concebible que una participación que fue calificada para la exención en un momento pretérito no lo sea en el momento en el que se transmite determinando una renta negativa. Además, por lo que se refiere a las plusvalías, la exención ha podido derivar de una norma extranjera.

EJEMPLO 14. Renta negativa precedida de renta positiva intragrupo exenta

- Renta positiva intragrupo exenta de acuerdo con legislación extranjera: 40.
- Renta negativa transmisión participación a terceros: -60 (3 %, 18M).
- Renta negativa computable: -20 (-60 + 40).

Sin embargo, la norma relativa a la minoración de la renta negativa en el caso de valores homogéneos, recogida en la redacción original del artículo 21.7 de la Ley 27/2014, no ha sido rescatada.

EJEMPLO 15. Renta negativa precedida de renta positiva no intragrupo exenta

- Adquisición mercado cotizado: 24 (2016), transmisión parcial (2017): 18, renta positiva exenta 2 (18 - 16), transmisión resto (2019): renta negativa -3 (8 - 5), que computa.

Es importante señalar que las reglas del artículo 21.7 de la Ley 27/2014, antes comentadas, también se aplican respecto de los instrumentos de patrimonio a los que no se ha aplicado el método de exención. Esto es así porque, como se ha indicado, el régimen de las rentas negativas derivadas de la transmisión, aunque está incluido en el artículo 21, no se aplica exclusivamente a los instrumentos de patrimonio acogidos, por las rentas positivas, al método de exención, sino a la totalidad de los instrumentos de patrimonio.

Así se explica que el Real Decreto-Ley 3/2016 haya derogado los apartados 6 y 7 del artículo 32 de la Ley 27/2014. En efecto, estos preceptos han devenido redundantes, toda vez que ordenan lo mismo que las dos reglas del nuevo apartado 7 del artículo 21.

No obstante, cabe hacer una ligera observación. En efecto, el antiguo apartado 7 del artículo 32 convocaba, al objeto de aminorar las rentas negativas derivadas de la transmisión de la participación, tanto a los dividendos exentos como a los que hubieran disfrutado de la deducción por imputación del propio artículo 32, en tanto que la letra b) del artículo 21.7 solo se refiere a los dividendos que han disfrutado de exención.

5.1.5. Pérdidas por valoración en la cartera de negociación

Los instrumentos de patrimonio afectos a la cartera de negociación determinan rentas, positivas o negativas, por aplicación del valor razonable, en los términos previstos por la legislación mercantil. Las rentas positivas no derivan de una transmisión, y las rentas negativas no derivan de una transmisión ni de la regla contable del deterioro.

En consecuencia, por lo que hace a las rentas negativas, antes del Real Decreto-Ley 3/2016, eran plenamente computables. Esta situación ha cambiado radicalmente.

Así, en relación con las rentas negativas derivadas de la valoración por el valor razonable, el Real Decreto-Ley 3/2016 ha incorporado una nueva letra, l), al artículo 15 de la Ley 27/2014, a cuyo tenor las mismas no serán deducibles cuando la participación concernida sea de aquellas cuya transmisión no daría derecho al cómputo de las rentas negativas, excepto si, *con carácter previo, se haya integrado en la base imponible, en su caso, un incremento de valor correspondiente a valores homogéneos del mismo importe.*

Y en relación con las rentas negativas derivadas de la transmisión de la participación, será aplicable la regla general de no cómputo de las rentas negativas del artículo 21.6 de la Ley 27/2014, según redacción del Real Decreto-Ley 3/2016.

En fin, por lo que hace a las rentas positivas, tanto las derivadas de la transmisión como de la valoración por el valor razonable, la interpretación sistemática de los preceptos aplicables lleva a postular su exención, bajo el cumplimiento de los requisitos del artículo 21.3 de la Ley 27/2014.

EJEMPLO 16. Cartera valorada por el valor razonable con cambio en pérdidas y ganancias

Caso 1. Valor adquisición en mercado cotizado: 18 (2016).

- Valoración valor razonable: 21 (2016), 17 (2017), 15 (2018, transmisión).
- Base imponible: 3 (21 - 18) (2016); -4 (21 - 17) (2017); -2 (17 - 15) (2018).

Todas las rentas, positivas y negativas, se integran en la base imponible. Coincide el resultado contable con el fiscal.

Caso 2. Valor de adquisición en mercado cotizado: 22 (2016).

- Valoración valor razonable: 23 (2016), 17 (2017), 15 (2018, transmisión).
- Base imponible: 1 (23 - 22), exenta con el transcurso del año; -6 (17 - 23), no cómputo; -2 (15 - 17) no cómputo.

Las rentas negativas no se integran en la base imponible al ser el precio de adquisición superior a 20. El resultado contable es -7, pero el fiscal es 0. No obstante, si se interpretase que la valoración por el valor razonable equivale a un nuevo valor de adquisición, podría computarse la renta negativa posterior.

5.1.6. Modificaciones complementarias de carácter técnico

5.1.6.1. Pérdidas por deterioro

El recorte que al cómputo de las rentas negativas derivadas de la transmisión de la participación ha supuesto la nueva redacción de determinados apartados del artículo 21 de la Ley 27/2014, ha requerido la modificación sintónica de los artículos 11.10, concerniente al diferimiento del cómputo de las rentas negativas derivadas de transmisiones realizadas en el seno de un grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, 13.2, relativo a la eficacia fiscal del deterioro, así como la adición de la letra k) al artículo 15, la nueva redacción del artículo 17.1 y, en fin, la derogación de los apartados 6 y 7 del artículo 32, todos ellos de la Ley 27/2014.

El efecto de las modificaciones normativas enumeradas puede sintetizarse de la siguiente manera:

- Referir la norma de diferimiento de las rentas negativas a aquellas que, de acuerdo con la nueva redacción de ciertos apartados del artículo 21, pueden integrarse en la base imponible (art. 11.10).

- Expulsar, como ya lo hacía la normativa precedente, de la base imponible a los de-
teriores de todos los instrumentos de patrimonio (arts. 13.2 y 15 k).
- Clarificar que no es deducible la imputación a la cuenta de resultados de partidas de
renta negativa previamente contabilizadas con cargo a patrimonio neto (art. 17.1).
- Ubicar todas las normas relativas a la renta negativa procedentes de la transmisión
de instrumentos de patrimonio en el artículo 21.

5.1.6.2. Continuidad en la restricción de la base imponible negativa susceptible de compensación

La restricción a la compensación de bases imponibles negativas del artículo 26.4 de la Ley 27/2014 no ha sido modificada, pese a que uno de sus fundamentos era evitar el doble cómputo de pérdidas, primero en los socios que transmiten su participación, y luego en la propia entidad que ha sufrido las pérdidas.

La restricción al cómputo de la renta negativa prevista en la nueva redacción del artículo 21.6 de la Ley 27/2014 ha privado de ese fundamento técnico al artículo 26.4, mas como todavía resta el fundamento de evitar la neutralización de rentas positivas mediante la ubicación de activos o actividades en sede de entidades inactivas, el Real Decreto-Ley 3/2016 no ha acometido una modificación de ese precepto.

5.1.6.3. Rentas positivas cuando el título de adquisición es la aportación por personas físicas

El Real Decreto-Ley 3/2016 ha dado nueva redacción al artículo 21.4 de la Ley 27/2014, la cual recoge la regulación precedente y añade una nueva especialidad. En su virtud, la renta positiva derivada de la transmisión de participaciones, adquiridas mediante título de aportación realizada por personas físicas, no estará exenta en el importe total, sino en el exceso del precio de transmisión respecto del valor de mercado en el momento de la aportación, cuando medien las siguientes circunstancias:

- La rentas obtenidas en la aportación no se integraron en la base imponible del im-
puesto sobre la renta de las personas físicas, por aplicación de lo previsto en el ar-
tículo 87 de la Ley 27/2014.
- La transmisión se produce dentro de los dos años posteriores a la aportación.
- Las personas físicas que realizaron la aportación no han transmitido la participación
en la entidad beneficiaria de la aportación dentro del mencionado periodo de tiempo.

La nueva norma colma un vacío existente a tenor de la redacción original.

Si en la transmisión de la participación surgen rentas negativas, las mismas no se computa-
rán, si así procede de acuerdo con las reglas generales del artículo 21.6 de la Ley 27/2014.

5.1.7. Esquema del régimen fiscal de las rentas imputables a instrumentos de patrimonio

El esquema, prescindiendo de matices, debe partir de la división de las carteras de instrumentos de patrimonio en tres grandes categorías.

La primera es la de los instrumentos de patrimonio que cumplan los requisitos del artículo 21.3 en relación con el 21.1, de la Ley 27/2014, simplificada los que representen un porcentaje de participación del 5 % o un valor de adquisición superior a 20 millones de euros, y siendo extranjeros que la entidad emisora tribute a un tipo nominal, al menos, del 10 % o medie convenio bilateral con cláusula de intercambio de información:

- Dividendos, exentos.
- Deterioro, no deducible.
- Renta positiva derivada de la transmisión, exenta.
- Renta negativa derivada de la transmisión de la participación, no computa.
- Renta positiva en el canje de valores por reestructuración, exenta.
- Renta negativa en el canje de valores por reestructuración, no computa.
- Renta, positiva o negativa, en operaciones de reestructuración sujetas al régimen especial, diferimiento.
- Renta positiva en la extinción no reestructuración, exenta.
- Renta negativa en la extinción no reestructuración, computa.

La segunda es la de los instrumentos de patrimonio que no cumplan los requisitos de porcentaje o valor de adquisición:

- Dividendos tributan, sin derecho a la deducción del impuesto subyacente, pero sí de la retención extranjera, con sujeción a límite.
- Deterioro no deducible.
- Renta positiva derivada de la transmisión, tributa.
- Renta negativa derivada de la transmisión de la participación, computa.
- Renta positiva en el canje de valores por reestructuración, tributa.
- Renta negativa en el canje de valores por reestructuración, computa.
- Renta, positiva o negativa, en operaciones de reestructuración sujetas al régimen especial, diferimiento.

- Renta positiva en la extinción, no reestructuración, tributa.
- Renta negativa en la extinción no reestructuración, computa.

La tercera es la de los instrumentos de patrimonio emitidos por entidades residentes en jurisdicciones fiscales sin convenio bilateral para eliminar la doble imposición que tributan a un tipo nominal de gravamen inferior al 10 %. Estos siguen el esquema precedente, excepto por lo que se refiere a las rentas negativas, que solamente computan en caso de extinción no reestructuración.

Basta una breve mirada retrospectiva para constatar que, en materia de deterioro y rentas derivadas de la transmisión, el legislador del impuesto sobre sociedades ha barajado diferentes criterios. Véase un sencillo esquema, prescindiendo de matices, de los principales hitos:

- La Ley 43/1995 gravaba las rentas positivas y computaba las negativas. Admitía la deducción del deterioro, sujeto al límite de la cotización o de la evolución de los fondos propios, a condición de que estuviera registrado contablemente.
- La Ley 10/1996 eximió las rentas positivas, en cuanto estuvieren representadas por el incremento de los fondos propios de la entidad participada.
- El Real Decreto-Ley 3/2000 suprimió, respecto de los instrumentos de patrimonio extranjeros, la vinculación al incremento de los fondos propios.
- La Ley 4/2008 suprimió el requisito del registro contable para admitir el deterioro.
- La Ley 16/2013 declaró no deducible el deterioro.
- La Ley 27/2014 igualó el régimen de los instrumentos de patrimonio nacionales y extranjeros, extendiendo así la exención de las rentas positivas a los instrumentos de patrimonio nacionales.
- El Real-Decreto-Ley 3/2016 ha rechazado el cómputo de las rentas negativas en relación con instrumentos de patrimonio calificados.

Antes que a una desorientación del legislador, tal variedad de criterios está relacionada con las condiciones del entorno económico o político.

En 1995, espoleaban los requerimientos recaudatorios de los criterios de convergencia para el acceso al euro. En 2000, soplabla con fuerza la idea de la internacionalización de la economía española. En 2007, se transitaba por la cresta del ciclo económico. En 2013, todavía no se atisbaba la salida de la crisis. En 2014, pesó la adecuación plena al ordenamiento comunitario. En 2016, una necesidad perentoria de recaudación, así como la asunción de la idea de blindar la imposición sobre los beneficios de las entidades en el contexto del proyecto BEPS de la OCDE.

No hay, ni ha habido, desorientación, sino respuesta de adaptación a escenarios económicos o políticos cambiantes. Es cierto, sin embargo, que el derroche de buena técnica tributaria que se vislumbra en las sucesivas normas, nunca ha conseguido cruzar el dintel de la puerta de los campos de la sencillez.

5.2. DERIVADAS DE LA TRANSMISIÓN DE UN ESTABLECIMIENTO PERMANENTE

Ha de distinguirse, según que se aplique el método de exención o el de imputación.

5.2.1. Método de exención

El Real Decreto-Ley 3/2016 ha dado nueva redacción a los apartados 1, 2 y 6 del artículo 22 de la Ley 27/2014, al tiempo que ha derogado el apartado 7 de dicho artículo.

El objeto de la modificación normativa es que no se integren en la base imponible *las rentas negativas derivadas de la transmisión de un establecimiento permanente*. Sin embargo, en sintonía con lo previsto para los instrumentos financieros, sí se integran en la base imponible *las rentas negativas generadas en el cese del establecimiento permanente*, si bien, su cuantía se minorará *en el importe de las rentas positivas netas obtenidas con anterioridad y que hayan tenido derecho a la aplicación de un régimen de exención o de deducción para eliminar la doble imposición*.

Por tanto, después de la modificación descrita, la tributación de las rentas obtenidas mediante establecimiento permanente acogidas al método de exención queda, prescindiendo de matices, de la siguiente manera:

- Las rentas positivas, exentas.
- Las rentas negativas, no computan.
- Las rentas positivas derivadas de la transmisión, exentas.
- Las rentas negativas derivadas de la transmisión, no computan.
- Las rentas positivas derivadas del cese, exentas.
- Las rentas negativas derivadas del cese computan, minoradas en el importe de las rentas previas, exentas.

EJEMPLO 17. Rentas del establecimiento permanente

- Rentas: 40 (2016), -20 (2017), 10 (2018), -60 (2019, cese).
- Tributación: 40, exentas; -20, no computan; 10, exentas; -10 (-60 + 40 + 10), computa.

La derogación del antiguo apartado 7 del artículo 22 de la Ley 27/2014, que excluía del método de exención a los establecimientos permanentes situados en países o territorios calificados como paraísos fiscales, no implica que los mismos accedan al método de exención, toda vez que el nuevo apartado 1 de dicho artículo 22 remite al nuevo apartado 1 del artículo 21 de la Ley 27/2014 en orden a concretar el requisito de sujeción al impuesto extranjero, y ese apartado 1 alberga la regla adversa a los paraísos fiscales.

Finalmente, la derogación del artículo 11.11 de la Ley 27/2014 es coherente con el no cómputo generalizado de las rentas negativas habidas en las transmisiones de establecimientos permanentes.

5.2.2. Método de imputación

El Real Decreto-Ley 3/2016 ha dado nueva redacción a los apartados 1 y 4 del artículo 31 de la Ley 27/2014, y derogado el apartado 5 de dicho precepto.

Tras la derogación del apartado 5 y la nueva redacción del apartado 4, han desaparecido todas las menciones relativas a las rentas negativas. ¿Quiere decir que las rentas negativas ordinarias y, por añadidura, las derivadas de la transmisión del establecimiento permanente son deducibles?

La interpretación literal del precepto conduce a una respuesta positiva. Evidentemente esta interpretación no es satisfactoria, en el contexto de una reforma confesadamente recaudatoria.

Una interpretación que podría salvar la deficiencia apuntada consistiría en entender que el artículo 31 se ocupa exclusivamente de la imputación del impuesto extranjero, de manera tal que las rentas negativas se regularían por lo previsto en el artículo 22 de la Ley 27/2014. Sin embargo, esta interpretación choca con lo previsto en el apartado 6 del artículo 22, a cuyo tenor la opción del contribuyente de tributar por el método de imputación del artículo 31 determina la no aplicación del régimen del artículo 22, entre cuyos contenidos está, ciertamente, todo lo concerniente a las rentas negativas.

También podría entenderse que el artículo 31, por su propia función, únicamente regula las rentas positivas, pero no las negativas. En efecto, el nuevo apartado 1 se refiere a las *rentas positivas*, cuando el precedente lo hacía a las *rentas*, sin distinción alguna. Bajo esta interpretación cobra pleno sentido que el Real Decreto-Ley 3/2016 haya desalojado del artículo 31 todas las reglas concernientes a las rentas negativas. En tal caso, las rentas negativas estarían reguladas en el artículo 22. No debe ocultarse que esta interpretación vuelve a colisionar con el apartado 6 del citado artículo 22.

Una interpretación histórica pondría el acento en el tratamiento paralelo que las rentas negativas de establecimientos permanentes tenían en sede de las redacciones originales de los artículos 22 y 31 de la Ley 27/2014, de manera tal que el Real Decreto-Ley 3/2016 habría venido a

confirmar ese paralelismo residenciando todo lo concerniente a las rentas negativas en el artículo 22 pero, una vez más, surge el escollo del apartado 6 del artículo 22.

Por otra parte, la derogación del artículo 11.11 de la Ley 27/2014, cuyo mandato era diferir la imputación de la renta negativa en las transmisiones de establecimientos permanentes entre entidades del mismo grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, solo tiene sentido si las rentas negativas derivadas de todas las transmisiones no son ya computables, tras las modificaciones introducidas en los artículos 22 y 31 de la Ley 27/2014, por el Real Decreto-Ley 3/2016.

En fin, no cabe descartar la interpretación opuesta, esto es, que el legislador haya querido compensar el peor tratamiento que a las rentas positivas procura el método de imputación, admitiendo el cómputo de las rentas negativas. Esta interpretación casa mal con el contexto y sentido de la reforma acometida por el Real Decreto-Ley 3/2016, amén de que inflinge a la jurisdicción fiscal española un agravio cuando en el país donde se ubica el establecimiento permanente no se admite la compensación de las rentas negativas con las rentas positivas futuras.

Justamente, en este error cayó el legislador de la Ley 43/1995.

Con todo, si las rentas negativas no se computan, las posteriores rentas positivas tampoco debieran computarse, pero no hay norma que ampare esta solución. En tal caso, esas rentas negativas tan solo podrían ser computadas, en su caso, como renta negativa habida en el cese del establecimiento permanente.

6. OTRAS FORMAS DE ATENDER LA NECESIDAD IMPERIOSA DE RECAUDAR

La finalidad estrictamente recaudatoria de las medidas contenidas en los dos reales decretos-leyes comentados está abundantemente explicitada en sus respectivas exposiciones de motivos. Las pequeñas empresas han quedado, en términos generales, al margen de las mismas. Esa es la carta de presentación de la equidad. Su punto débil es que la capacidad económica no está asociada a la cifra de facturación sino a la capacidad de generación de beneficios.

Todas las medidas comparten una característica, a saber, que pivotan sobre las pérdidas, sea impidiendo su cómputo, limitando su compensación, o imponiendo su reversión. Ya se ha comentado su oportunidad en páginas precedentes. Las tres encierran una potencia recaudatoria nada despreciable. En efecto, la denominada Gran Recesión ha traído una cosecha exuberante de resultados contables negativos. Durante los cinco años más duros de la crisis económica se han acumulado, en el conjunto de los contribuyentes por el impuesto sobre sociedades, pérdidas no inferiores a 500.000 millones de euros. Por tanto, la limitación a la compensación de bases imponibles negativas reviste una importancia recaudatoria trascendental. Lo previsible es que gane carta de naturaleza, por más que, desde el punto de vista de la equidad, sea criticable. Sencillamente, la recaudación se hundiría en ausencia de limitaciones.

La reversión apodíctica de los deterioros finalizará en cinco años. Si la recuperación económica gana firmeza, es posible que el impacto adverso a la equidad que supone la reversión sin recuperación de los beneficios sea liviano, en el conjunto de los contribuyentes, siendo cierto, sin embargo, que algunos de ellos pueden sufrir serios quebrantos. Por otra parte, este tipo de reversión está recogido en la propuesta de Directiva relativa a la base imponible común, actualmente en vías de debate en la Unión Europea, respecto de la que el parlamento español ya ha emitido su criterio favorable, en relación con el cumplimiento del principio de subsidiariedad.

La no deducción de las rentas negativas derivadas de la transmisión de instrumentos de patrimonio o de establecimientos permanentes se justifica en la propia lógica del método de exención, proyectada sobre el conjunto de los contribuyentes, por más que, desde la perspectiva individual, pueda ser adversa a la equidad. Por otra parte, está bastante extendida en los países de nuestro entorno.

Con todo, desde el punto de vista del reparto de la mayor recaudación apetecida entre el mayor número de contribuyentes lo cual, ciertamente, habría fortalecido la equidad, hubiera sido conveniente la compañía de otras medidas, lo que hubiera posibilitado la reducción de la intensidad de las adoptadas. Véanse, entre otras, las siguientes:

- Diferir el cómputo de las rentas negativas de los derivados especulativos a la concurrencia de rentas positivas de otros derivados especulativos o de plusvalías de cartera.
- Limitar la exención de dividendos a participaciones del 5% o más, excluyendo la exención concerniente a las participaciones de 20 millones y más.
- Limitar la base de cálculo del denominado *patent box* a la propiedad industrial patentada, suprimiendo, por tanto, el cómputo del denominado *know-how*.
- Derogar la reserva de capitalización del artículo 25. Alternativamente, suspender su aplicación en los periodos impositivos de 2016, 2017 y 2018. Alternativamente endurecer el límite sobre aumento de fondos propios y base imponible, situándolo en el 5%.
- Suprimir el régimen fiscal especial del arrendamiento financiero.

La medida de mayor impacto recaudatorio es la supresión o la suspensión de la reserva de capitalización. Véase que, en 2014, la cuota íntegra del impuesto sobre sociedades superó los 40.000 millones de euros y que la reserva de capitalización puede, *grosso modo*, representar, en términos recaudatorios, un 10% de la cuota íntegra. Si los contribuyentes del impuesto sobre sociedades decidieran acogerse masivamente a la reserva de capitalización, el coste recaudatorio frisaría los 4.000 millones de euros.

Cercenar la merma recaudatoria que discurre por la vía de la reserva de capitalización supondría convocar a soportar la mayor recaudación requerida por el impuesto sobre sociedades a entidades que han obtenido beneficios, en claro y aventajado contraste con la medida de rever-

sión apodíctica de deterioros, o con la de limitar la compensación de bases imponibles negativas o, considerando la situación de cada entidad en particular, con la medida de no cómputo de la renta negativa derivada de la transmisión de una participación significativa o de un establecimiento permanente.

Aun siendo entendibles las medidas adoptadas por el Real Decreto-Ley 3/2016, en el contexto de la situación de las cuentas públicas y de los compromisos políticos con la Unión Europea, una menor intensidad de las mismas, acompañada de una morigeración en la reserva de capitalización, hubiera dibujado una situación más idónea, en relación con el legítimo objetivo recaudatorio.

No es difícil intuir que la gran exigencia que, respecto del pago fraccionado, ha supuesto el Real Decreto-Ley 2/2016 provocará nuevas necesidades recaudatorias en 2017. En tal caso, suprimir, suspender o limitar la reserva de capitalización sería una opción ventajosa.

El fundamento económico de este tipo de medidas está, ciertamente, sujeto a debate. Una medida muy similar, conocida como previsión para inversiones, estuvo vigente en el impuesto sobre sociedades desde 1957 a 1978. Fue suprimida por la Ley 61/1978, por cuanto, según el Libro Verde de 1973, y posteriormente el Libro Blanco de 1977, era más eficaz fomentar la inversión mediante deducciones en la cuota asociadas a la adquisición de bienes de inversión.

Se recordará, por otra parte, que la previsión para inversiones fue causa de bastantes conflictos. La complejidad de la reserva de capitalización, en particular en relación con los grupos fiscales, no trae augurios halagüeños.

Por otra parte, este tipo de medidas va contra la corriente, bastante extendida, de ampliar bases imponibles y rebajar los tipos de gravamen.

En fin, tampoco el argumento de la neutralidad es muy convincente, pues la discriminación contra la financiación propia que provoca el impuesto sobre sociedades solo de manera muy tosca se aligera a través de instrumentos tales como la reserva de capitalización o asimilados. La manera adecuada es la integración de los impuestos sobre la renta, si bien es cierto que la globalización ha puesto palos en la rueda de la misma.

La contemplación de la serie histórica de la recaudación por el impuesto sobre sociedades muestra un crecimiento constante desde 1995 a 2007, año en el que, según las estadísticas de la Agencia Tributaria, se alcanzó la cifra mítica de 44.823 millones de euros, y un decrecimiento brusco a partir de ese año, hasta llegar a un mínimo de 16.611 millones de euros en 2011, al que ha seguido un crecimiento débil con una recaudación en 2015 de 20.649 millones.

Según estadísticas de Eurostat, en la cresta del ciclo económico, años 2006 a 2008, los países más importantes de la Unión Europea recaudaron por el impuesto sobre sociedades más del 3 % del producto interior bruto, y España llegó al 4 %, en tanto que en los años más duros de la crisis el porcentaje osciló entre el 1,8 % de España y el 2,9 % del Reino Unido. Las estadísticas del periodo 2012-2014 muestran una recuperación ligera. La vinculación del impuesto sobre

sociedades al ciclo económico no permite intuir un incremento de recaudación sustancial en el corto y medio plazo.

Por otra parte, a raíz de la prevista salida del Reino Unido de la Unión Europea, las autoridades fiscales británicas parecen decididas a rebajar sustancialmente el tipo de gravamen, y una melodía similar llega de Washington. Es previsible que se reabra la carrera de descenso de los tipos de gravamen. Ahora bien, el tipo de gravamen es el principal motor de atracción de la inversión directa extranjera.

En este contexto, el mantenimiento de la recaudación por el impuesto sobre sociedades requiere la ampliación de la base imponible y la disminución del tipo de gravamen. He aquí una razón poderosa para suprimir, o morigerar, las medidas reductoras de la base imponible.

- No integración en la base imponible de las rentas negativas derivadas de la transmisión de instrumentos de patrimonio.
- No integración en la base imponible de las rentas negativas derivadas de la transmisión de un establecimiento permanente.

Dejando aparte el régimen de los pagos fraccionados, todas las modificaciones normativas pueden ser clasificadas en tres grupos, a saber, limitaciones, integraciones de rentas por reversión y no integración de rentas negativas. Sin duda, la medida estrella, desde una perspectiva sustancial, es la no integración en la base imponible de las rentas negativas derivadas de la transmisión de instrumentos de patrimonio, ya que implica una rectificación de calado respecto del régimen inicialmente previsto por la Ley 27/2014. Otras, sin embargo, tendrán mayor efecto recaudatorio.

2. MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL DE LOS PAGOS FRACCIONADOS

El Real Decreto-Ley 2/2016 ha añadido una nueva disposición adicional, la decimocuarta, a la Ley 27/2014, al objeto de introducir dos especialidades respecto del artículo 40.3 de la citada Ley 27/2014, las cuales solo afectan a *los contribuyentes cuyo importe neto de la cifra de negocios en los 12 meses anteriores a la fecha en que se inicie el periodo impositivo, sea al menos 10 millones de euros*.

En virtud de la primera especialidad, *la cantidad a ingresar no podrá ser inferior, en ningún caso, al 23 por ciento del resultado positivo de la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio de los 3, 9 u 11 primeros meses de cada año natural*. El porcentaje será del 25% tratándose de contribuyentes que tributen al 30%, de acuerdo con lo previsto en el artículo 29.6 de la Ley 27/2014, esto es, entidades de crédito y empresas de hidrocarburos.

El resultado contable ha de determinarse de acuerdo con las normas contables contenidas en el Código de Comercio y normativa reglamentaria de desarrollo, básicamente el Plan General de Contabilidad.

No obstante, ese resultado contable debe minorarse en el importe de *las operaciones de quita o espera consecuencia de un acuerdo de acreedores del contribuyente, incluyéndose en dicho resultado aquella parte de su importe que se integre en la base imponible del periodo impositivo* y también en *el importe del resultado positivo consecuencia de operaciones de aumento de capital o fondos propios por compensación de créditos que no se integre en la base imponible por aplicación del apartado 2 del artículo 17 de la Ley 27/2014*.

En virtud de la segunda especialidad, el porcentaje a que se refiere el último párrafo del apartado 3 del artículo 40 de la Ley 27/2014, esto es, cinco séptimos del tipo de gravamen redondeado por defecto, pasa a ser de *diecinueve veinteavos* redondeado por exceso.

3. LIMITACIONES

3.1. A LA COMPENSACIÓN DE BASES IMPONIBLES NEGATIVAS

3.1.1. Antecedentes de las limitaciones

El Real Decreto-Ley 3/2016 ha añadido una nueva disposición adicional, la decimoquinta, a la Ley 27/2014, cuyo objeto es sustituir varios límites previstos en determinados preceptos de la misma, entre ellos el señalado en el primer párrafo del apartado 1 del artículo 26.

El límite previsto en la redacción original del artículo 26.1 de la Ley 27/2014, para la compensación de bases imponibles negativas, era *del 70 por ciento de la base imponible previa a la aplicación de la reserva de capitalización*.

La disposición transitoria trigésima cuarta g) de la Ley 27/2014, para los periodos impositivos iniciados dentro de 2015, estableció la no *aplicación* del citado límite y, en su lugar, introdujo otro, más riguroso, escalonado en función del volumen de operaciones de las entidades, en el sentido del artículo 121 de la Ley del impuesto sobre el valor añadido.

Por otra parte, la disposición transitoria trigésima sexta de la Ley 27/2014, para los periodos impositivos iniciados en 2016, redujo al 60% el límite previsto en el primer párrafo del apartado 1 del artículo 26.

Pues bien, el Real Decreto-Ley 3/2016, con efectos en periodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2016, ha incorporado un límite exclusivamente aplicable a lo que denomina *grandes empresas*.

Se observará que el nuevo límite tiene carácter permanente, a diferencia del previsto en la disposición trigésima cuarta g).

3.1.2. Limitaciones en el régimen de tributación individual

Por tanto, para 2016 y sucesivos, el límite a la compensación de bases imponibles negativas queda como sigue:

- Entidades calificadas como grandes empresas: 50%, para cifra de negocios entre 20 y 60 millones de euros; 25%, para cifra de negocios de 60 millones y más de euros.
- Entidades no calificadas como grandes empresas: 60% en 2016 y 70% en 2017 y siguientes.

La cifra de negocios es la habida durante los 12 meses anteriores a la fecha de inicio del periodo impositivo, debiendo tomarse en su *importe neto*, esto es, *deduciendo del importe de las ventas de los productos y de las prestaciones de servicios u otros ingresos correspondientes a las actividades*

ordinarias de la empresa, el importe de cualquier descuento (bonificaciones y demás reducciones sobre las ventas) y el del impuesto sobre el valor añadido y otros impuestos directamente relacionados con las mismas, que deban ser objeto de repercusión, de acuerdo con lo previsto en la regla 11.ª, de las Normas para la Elaboración de las Cuentas Anuales, del Plan General de Contabilidad.

Se apreciará que la limitación discrimina contra aquellas entidades que requieren un elevado volumen de operaciones para generar valor económico.

El límite no se aplica en los siguientes casos:

- En todo caso y periodo impositivo, podrán compensarse bases imponibles negativas hasta 1 millón de euros, por cuanto ese umbral, previsto en el artículo 26.1 de la Ley 27/2014, además de no constituir un límite, afecta a todas las entidades, cualquiera que sea su cifra de negocios.
- A las empresas de nueva creación, en el sentido del artículo 29.1 de la Ley 27/2014, incluso si son grandes empresas, en los tres primeros periodos impositivos en que se genere una base imponible positiva previa a su compensación, por cuanto el artículo 26.3 de la Ley 27/2014, establece la no aplicación de los límites del apartado 1 de dicho artículo 26.
- Respecto del importe de las rentas correspondientes a reversión por deterioro, en el sentido de la disposición transitoria decimosexta de la Ley 27/2014, *siempre que las pérdidas por deterioro deducidas durante el periodo impositivo en que se generaron las bases imponibles negativas que se pretendan compensar hubieran representado, al menos, el 90 por ciento de los gastos deducibles de dicho periodo*, de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria decimosexta.8 de la Ley 27/2014.

Esta última excepción a la aplicación del límite a la compensación de bases imponibles negativas salva el caso, ciertamente hiriente, de tener que tributar en ausencia de renta alguna, presente o pasada, pero lo hace tan solo cuando se alcanza el umbral del 90 %.

EJEMPLO 1¹. Limitación concurrente con reversión

- Base imponible negativa (2012): 100.
- Magnitudes (2012): gastos deducibles, 400; deterioro, 250; ingresos, 300.

¹ Todas las cifras de los ejemplos se calculan en millones de euros.

.../...

.../...

- Magnitudes (2015): ingresos, 58.
- Magnitudes (2016): resultado contable, -10; ingresos, 70.
- Base imponible antes compensación (2016): $-10 + 50 (250/5, \text{reversión}) = 40$.
- Porcentaje: 62,5 % (250/400).
- Base imponible después de la compensación (2016): 20 (40 - 40/50 %).

Bien se ve que hubiera sido preferible excluir del límite a la totalidad del ingreso por reversión, pues así se hubiera evitado el fenómeno esotérico de tributación en ausencia de rentas, que, incluso, puede afectar a las pequeñas empresas, si bien el puerto seguro de 1 millón de euros rescatará a muchas de ellas, amén de que las pequeñas empresas, por lo común, no habrán padecido deterioros de instrumentos de patrimonio.

En el caso anterior, si el deterioro hubiere sido de 360 (400/90%) no se hubiera aplicado el límite sobre 50 unidades, y siendo la base imponible antes de la compensación negativa, no habría habido tributación.

3.1.3. Limitaciones en el régimen de tributación consolidada

Los límites introducidos por el Real Decreto-Ley 3/2016 se aplican al grupo fiscal, tomando en consideración la cifra de negocios del mismo.

El grupo fiscal, de acuerdo con lo previsto en la redacción original del artículo 67 e) de la Ley 27/2014, puede compensar las bases imponibles negativas anteriores a la incorporación de las entidades al mismo, *con el límite del 70 por ciento de la base imponible individual de la propia entidad*.

El efecto del Real Decreto-Ley 3/2016 es sustituir el límite del 70% por el límite escalonado.

La cuestión que se plantea es si el límite del grupo fiscal afecta, o no, a la compensación de las bases imponibles negativas anteriores. Caben varias interpretaciones. La más benigna es que el límite del grupo fiscal no afecta a las bases imponibles negativas anteriores a la integración en el grupo fiscal, de manera tal que el límite individual será diferente del límite del grupo fiscal. La más dura es que el límite del grupo fiscal también rige para la compensación de las bases imponibles negativas anteriores individuales.

La primera puede responder a la letra de la norma, pero tiene el inconveniente de hacer de mejor condición a las bases imponibles negativas pendientes de compensación individuales que a las bases imponibles pendientes de compensación del propio grupo fiscal.

EJEMPLO 2. Compensación de bases imponibles negativas anteriores del artículo 67 e) de la Ley 27/2014

Caso 1. Grupo fiscal H (dominante, base imponible individual, 15), A (incorporada, base imponible individual, 12; cifra de negocios año anterior, 18; base imponible negativa pendiente de compensación, 28; eliminaciones, 4), B (dependiente, base imponible individual, -3); cifra de negocios año anterior del grupo fiscal, 100; base imponible negativa pendiente de compensación del grupo fiscal, 9; periodo impositivo 2016.

- Base imponible consolidada previa a la compensación: $15 + 12 - 3 - 4 = 20$.
- Base imponible negativa individual incorporada limitada compensable: $(12 - 4)/60\% = 4,8$.
- Base imponible negativa limitada compensable: $20/25\% = 5$.
- Base imponible del grupo fiscal: $20 - 5 = 15$.

Caso 2. Mismos datos, excepto H (dominante, base imponible individual, 35).

- Base imponible consolidada previa a la compensación: $35 + 12 - 3 - 4 = 40$.
- Base imponible negativa individual incorporada limitada compensable: $(12 - 4)/60\% = 4,8$.
- Base imponible negativa limitada compensable: $40/25\% = 10$.
- Base imponible del grupo fiscal: $40 - 4,8 - 5,2 = 30$.

Caso 3. Mismos datos, excepto H (dominante, base imponible individual, 35), y base imponible negativa de grupo fiscal pendiente de compensación, 3,2.

- Base imponible consolidada previa a la compensación: $35 + 12 - 3 - 4 = 40$.
- Base imponible negativa individual incorporada limitada compensable: $(12 - 4)/60\% = 4,8$.
- Base imponible negativa limitada compensable: $40/25\% = 10$.
- Base imponible del grupo fiscal: $40 - 4,8 - 3,2 = 32$.

3.2. A LA DEDUCCIÓN DE RETENCIONES PRACTICADAS POR JURISDICCIONES FISCALES EXTRANJERAS, DEL IMPUESTO SUBYACENTE EXTRANJERO RELATIVO A DIVIDENDOS, Y DE LAS CORRESPONDIENTES A DIVIDENDOS INTERNOS

En el apartado 2 de la nueva disposición adicional decimoquinta de la Ley 27/2014, se establece un límite conjunto del 50 %, sobre la cuota íntegra, que abarca a las siguientes deducciones:

- La establecida en el artículo 31 de la Ley 27/2014, concerniente a la eliminación de la doble imposición jurídica.
- La establecida en el artículo 32 de la Ley 27/2014, concerniente a la eliminación de la doble imposición económica.
- La establecida en el artículo 100.11 de la Ley 27/2014, concerniente a las deducciones para evitar la doble imposición jurídica y económica sobre las rentas imputadas en régimen de transparencia fiscal internacional.
- La establecida en el apartado 1 de la disposición transitoria vigésima tercera de la Ley 27/2014, para evitar la doble imposición económica interna.
- La establecida en el apartado 2 de la disposición transitoria vigésima tercera de la Ley 27/2014, para evitar la doble imposición económica internacional.
- La establecida en el apartado 4 de la disposición transitoria vigésima tercera de la Ley 27/2014, que contempla los saldos pendientes de aplicación de las deducciones para evitar la doble imposición interna e internacional, nacidas al amparo del texto refundido de la Ley del impuesto sobre sociedades (TRLIS).

La suma de todas las deducciones que procedan por esos conceptos no podrá rebasar el 50 % de la *cuota íntegra del contribuyente*, esto es, la cantidad resultante de aplicar el tipo de gravamen a la base imponible. Por tanto, el límite no versa sobre la parte de cuota íntegra correspondiente a los ingresos de los que derivan las deducciones que son objeto de limitación, sino sobre la cuota íntegra propiamente dicha.

El límite conjunto se aplica respecto de la suma de las cantidades a deducir por cada concepto, de acuerdo con los preceptos que los regulan. Así, las deducciones previstas en los artículos 31, 32 y 100.11 de la Ley 27/2014 están limitadas por la parte de cuota íntegra derivada de los ingresos correspondientes.

Las normas sobre aplicación de los excesos, sobre cuota íntegra, en periodos impositivos futuros, previstas en los artículos 31.6 y 32.5, no han sido afectadas por el límite conjunto previsto en el apartado 2 de la nueva disposición adicional decimoquinta. Por tanto, esos excesos podrán ser compensados, si bien respetando el límite conjunto.

EJEMPLO 3. Aplicación del límite conjunto

- Dividendos líquidos de fuente extranjera, 68; retención extranjera, 12.
- Impuesto subyacente extranjero correspondiente al dividendo, 20.
- Cánones líquidos extranjeros, 8; retención extranjera, 2.
- Rentas de otras fuentes: 30.
- Base imponible: $68 + 12 + 20 + 8 + 2 + 30 = 140$.
- Cuota íntegra: 35 (140/25 %).
- Límite del artículo 32.4: $25 [(68 + 12 + 20)/25 %]$; exceso no deducible: $7 (20 + 12 - 25)$.
- Límite del artículo 31.1: $2,5 (8 + 2/25 %)$; exceso no deducible: $0 (2 - 2,5)$.
- Límite conjunto: $17,5 (35/50 %)$; exceso trasladable: $7,5 (25 - 17,5)$.

El exceso resultante será compensable en la cuota íntegra de los periodos impositivos posteriores, respetando el límite conjunto. Es importante resaltar este aspecto, pues si el exceso no fuera compensable, podría suscitarse un conflicto en relación con los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, así como con las previsiones de la directiva matriz-filial.

4. INTEGRACIÓN POR REVERSIÓN EN LA BASE IMPONIBLE

4.1. DE PÉRDIDAS ANTERIORES POR DETERIORO DE INSTRUMENTOS DE PATRIMONIO

El Real Decreto-Ley 3/2016 ha dado nueva redacción a la disposición transitoria decimosexta de la Ley 27/2014, cuyo apartado 3 establece una regla de incorporación a la base imponible de las pérdidas por deterioro de instrumentos de patrimonio, en cuanto hubieren sido fiscalmente deducibles. En su virtud, el importe de las mismas *se integrará, como mínimo, por partes iguales en la base imponible correspondiente a cada uno de los cinco primeros periodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2016*.

Las pérdidas por deterioro de instrumentos de patrimonio fueron fiscalmente deducibles hasta la modificación operada por la Ley 16/2013. De acuerdo con la redacción original de la disposición transitoria decimosexta, apartados 2 y 3, de la Ley 27/2014, la reversión de las mismas motivaba el correspondiente aumento en la base imponible.

La reversión concurriría por alguna de las siguientes causas:

- Incremento de los fondos propios de la entidad participada, debidamente depurados con las aportaciones o devoluciones de aportaciones, esto es, por la obtención de beneficios de la entidad participada, respecto de los deterioros amparados por el artículo 12.3 del TRLIS.
- La percepción de dividendos que tengan la consideración de ingreso contable, excepto si el deterioro fue provocado por la distribución de dividendos que no tuvieron derecho a la deducción prevista en el artículo 30 del TRLIS.
- La recuperación de valor en el ámbito contable, esto es, el alza de cotización, respecto de los deterioros no amparados por el artículo 12.3 del TRLIS sino, directamente, por la normativa contable.

Estas causas de reversión continúan vivas tras la nueva redacción de la disposición transitoria decimosexta. A ellas se une la causa de reversión anteriormente enunciada. Las causas se aplican acumulativamente, operando la nueva causa a modo de cantidad mínima, de manera tal que, caso de haberse producido una reversión por las otras causas de importe superior, el saldo pendiente *se integrará por partes iguales entre los restantes periodos impositivos*.

EJEMPLO 4. Partida deducible amparada por el artículo 12.3 del TRLIS

- Importe inicial: 100 (2009).
- Reversión 40 (2012, recuperación de valor).
- Reversión 20 (2015, recuperación de valor).
- Reversión 8 (2016, $100 - (40 + 20)/5$, sin recuperación de valor).
- Reversión 8 (2017, $100 - (40 - 20)/5$, sin recuperación de valor).
- Reversión 14 (2018, recuperación de valor).
- Reversión 5 (2019, $100 - (40 + 20 + 8 + 8 + 14)/2$, sin recuperación de valor).
- Reversión 5 (2020, $100 - (40 + 20 + 8 + 8 + 14)/2$, sin recuperación de valor).

El efecto práctico de la nueva norma concerniente a la reversión es rechazar el deterioro practicado con arreglo a la legislación anterior a la Ley 16/2013. En efecto, ese deterioro se integra en la base imponible aun cuando la entidad participada no haya experimentado una recuperación en sus beneficios.

No tiene buena apariencia una tributación en ausencia de beneficios, pero también es cierto que el bienintencionado artículo 12.3 del TRLIS, en conjunción con la exención de dividendos y plusvalías de fuente extranjera del artículo 21 del TRLIS, determinaba, de una parte, una fiscalidad asimétrica y, de otra, tratándose de participaciones en entidades del grupo, multigrupo y asociadas, olvidadiza del tradicional principio de inscripción contable.

Seguramente, bajo la drástica medida de reversión por quintas partes, late la sospecha de que el artículo 12.3 del TRLIS, endosaba al impuesto sobre sociedades unas pérdidas que no necesariamente pesaban sobre los beneficios contables ni, por ende, sobre los dividendos de los accionistas.

La transmisión de la participación deteriorada determina el cese de la reversión, con el efecto práctico, por tanto, de computar, definitivamente, la renta negativa pretérita. Este efecto se produciría, incluso, cuando la entidad adquirente y transmitente estuvieren vinculadas. Esta maniobra defensiva podría quedar frustrada si el artículo 11.6 de la Ley 27/2014 pudiera interpretarse en el sentido de que también cubre la reversión apodíctica. En efecto, ha habido un deterioro fiscalmente deducible, y hay una reversión, ciertamente peculiar, pero reversión fiscal a fin de cuentas, en sede de una entidad vinculada. Podría aducirse que, toda vez que el deterioro de los instrumentos de patrimonio no es fiscalmente deducible, el artículo 11.6 no cubre situación alguna referida a los mismos. Sin embargo, ese argumento no sería concluyente, toda vez que el deterioro concernido sí fue fiscalmente deducible.

Ciertamente, si la entidad adquirente de la participación no es residente en territorio español, volvería a suscitarse el antiguo problema de la entidad en la que procede la reversión, respecto del que la Ley 27/2014 ha guardado silencio, si bien, con arreglo a la norma concordante del TRLIS, los tribunales de justicia descartaron que el obligado a la reversión fuera el contribuyente que transmitió la participación.

Más allá de las disquisiciones precedentes, no debiera dejarse de lado que una transmisión de la participación que respondiera tan solo al móvil de eludir la norma de reversión podría caer bajo el ámbito de aplicación de una norma antiabuso de carácter general.

En fin, puesto que la reversión apodíctica eleva el valor fiscal de la participación, la pérdida correspondiente, caso de persistir, siempre podría hacerse efectiva, a efectos fiscales, mediante la extinción de la entidad, en los términos previstos en el artículo 21.8 de la Ley 27/2014, según redacción del Real Decreto-Ley 3/2016.

4.2. DE PÉRDIDAS ANTERIORES IMPUTABLES A ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES

El apartado 5 de la nueva redacción de la disposición transitoria decimosexta de la Ley 27/2014 establece una regla de incorporación a la base imponible de las rentas negativas imputadas a la base imponible de la casa central en periodos impositivos regidos por el TRLIS, anteriores,

lógicamente, a la modificación establecida por la Ley 16/2013, que estableció la no imputación de las pérdidas inherentes a las operaciones realizadas mediante establecimiento permanente.

Las rentas negativas se integrarán en la base imponible de la casa central con ocasión de la *transmisión* del establecimiento permanente, realizada en periodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2016, *con el límite de la renta positiva derivada de la transmisión*.

En realidad, la norma del apartado 5 no cumple otra función que complementar a la prevista en el apartado 4, la cual no ha sido modificada por el Real Decreto-Ley 3/2016. En su virtud, la exención del artículo 22, o la deducción del artículo 31, solo se aplicarán respecto de las rentas positivas que excedan de las rentas negativas imputadas a la casa central.

Nótese que, a diferencia de lo que acontece respecto de las pérdidas de los instrumentos de patrimonio, en el caso de los establecimientos permanentes, las pérdidas anteriormente imputadas a la casa central no se integran en la base imponible por quintas partes.

EJEMPLO 5. Pérdidas ordinarias de establecimientos permanentes

- Pérdidas (2012): -100. Se imputa a la casa central.
- Beneficios (2013): 20. No exención.
- Pérdidas (2014): -30. No imputación a la casa central.
- Pérdidas (2015): -40. No imputación a la casa central.
- Beneficios (2016): 50. No exención.
- Renta positiva en transmisión (2017): 18. Exenta.
- Renta negativa neta: 30 (100 - 20 - 50).
- Renta negativa neta a integrar en base imponible: 18.

5. NO INTEGRACIÓN EN LA BASE IMPONIBLE DE LAS RENTAS NEGATIVAS

Las medidas que, seguidamente, se comentan se aplican respecto de los periodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2017. Habiendo entrado en vigor el Real Decreto-Ley 3/2016 el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, no concurre en ellas retroactividad alguna.

5.1. DERIVADAS DE LA TRANSMISIÓN DE INSTRUMENTOS DE PATRIMONIO

El artículo 21 de la Ley 27/2014 estableció la exención de los dividendos y de las plusvalías de cartera correspondientes a participaciones significativas. Sin embargo, dejando de lado ciertas restricciones, admitió el cómputo de las minusvalías inherentes a las transmisiones de esas participaciones. El Real Decreto-Ley 3/2016 rectifica y establece el no cómputo de las referidas minusvalías. A tal efecto, ha dado nueva redacción a un conjunto de apartados del artículo 21.

El cómputo de la minusvalía hace justicia a la entidad que la sufre pero, en unión de la exención, crea un vacío en el conjunto de los contribuyentes del impuesto sobre sociedades, y da vía libre a operaciones de planificación fiscal agresiva. El no cómputo de la minusvalía colma el vacío, y cercena las posibilidades agresivas, pero agravia al contribuyente que la sufre. En el método de exención, alcanzar el equilibrio es muy difícil. Se diría, en relación con las rentas derivadas de la transmisión de la participación, que pone al mundo al revés: los que ganan no pagan y los que pierden no dejan de pagar. Esa impresión se matiza si se considera, de una parte, que la exención de rentas positivas tiene por objeto evitar la doble imposición económica y, respecto de las rentas negativas, que es la contrapartida, en el conjunto de todos los contribuyentes, de la exención de la renta positiva.

5.1.1. Régimen general de integración en la base imponible de las rentas negativas

Tras el Real Decreto-Ley 3/2016, el corazón del régimen de las minusvalías de cartera se halla en la nueva redacción del apartado 6 del artículo 21 de la Ley 27/2014. En su virtud, no se integrarán en la base imponible las rentas negativas derivadas de la transmisión de una participación en la que concurren los requisitos que, de acuerdo con lo previsto en el apartado 3 del propio artículo 21, habilitan la exención de la renta positiva derivada de la transmisión de la participación. Así pues, con carácter general, las participaciones cualificadas para la exención lo están también para el no cómputo de la renta negativa. Pero de ahí no se sigue que el no disfrute de la exención implique, necesariamente, el cómputo de las rentas negativas.

En efecto, el no cómputo de la renta negativa se produce, de acuerdo con el artículo 21.6 a), cuando *se cumplan los requisitos del apartado 3 de este artículo* (art. 21 de la Ley 27/2014), con independencia de que, en caso de renta positiva, fuere, o no, aplicable la exención, por más que, por lo común, lo será.

Por tanto, con carácter general, habida cuenta de que el apartado 3 del artículo 21 se remite a los requisitos del apartado 1, no se computarán las rentas negativas derivadas de la transmisión de instrumentos de patrimonio que otorguen un porcentaje de participación de, al menos, el 5% o cuyo valor de adquisición hubiere excedido de 20 millones de euros, ya hubieren sido emitidos por entidades residentes en territorio español o en el extranjero.

Sin embargo, aun cuando los requisitos que abren paso a la exención de las rentas positivas son los mismos que lo cierran al cómputo de las rentas negativas, ha de repararse en que, en el caso de las rentas negativas, el requisito relativo al porcentaje de participación o al valor de adquisición *se entenderá cumplido cuando el mismo se haya alcanzado en algún momento durante el año anterior al día en que se produzca la transmisión.*

Para disfrutar de la exención de la renta positiva derivada de la transmisión de la participación, el requisito de porcentaje o valor de adquisición ha debido mantenerse con un año y cumplirse *el día en el que se produzca la transmisión*, en tanto que para no computar la renta negativa derivada de la transmisión de la participación, basta con que tal requisito haya estado presente en el día de la transmisión o en cualquier otro del año precedente.

De esta suerte, el cómputo de la renta negativa derivado de la transmisión de la participación queda relegado a las participaciones no significativas, esto es, a aquellas que otorgan un porcentaje de participación inferior al 5% y cuyo valor de adquisición no excede de 20 millones de euros.

Adicionalmente, tratándose de participaciones no significativas sobre entidades no residentes en territorio español, tampoco se computará la renta negativa derivada de la transmisión, cualquiera que sea el porcentaje de participación o el precio de adquisición, cuando la entidad emisora no tribute *por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga* al impuesto sobre sociedades, *a un tipo nominal de, al menos, el 10 por ciento*, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21.6 b), mediante la técnica de remisión al artículo 21.1 b). Consecuentemente, si media un convenio bilateral para evitar la doble imposición que contenga cláusula de intercambio de información, esta causa adicional de no cómputo de minusvalías de cartera no opera.

Por tanto, aun en el caso de una participación no significativa, si el tipo de gravamen nominal correspondiente a la entidad emisora es inferior al 10%, la renta negativa derivada de la transmisión de la participación no se integrará en la base imponible, excepto si media un convenio, en los términos expuestos.

EJEMPLO 6. Cómputo de rentas negativas

Participación sobre entidad residente, valor adquisición 21 millones, precio de transmisión 15 millones, adquirida y transmitida en 2017. Renta negativa no computa.

Participación sobre entidad residente, valor de adquisición 21 millones en 2016, precio de transmisión 7 millones en 2017 con minusvalía de 2 millones, resto precio de transmisión 8 millones en 2018, con minusvalía de 4 millones. La primera renta negativa no computa, la segunda sí.

Participación sobre entidad no residente, porcentaje 7%, alcanzado desde el 4% tres meses antes de la transmisión. Renta negativa no computa.

.../...

.../...

Participación sobre entidad no residente, porcentaje 3 %, tipo nominal de gravamen 8 %. Renta negativa no computa.

Participación sobre entidad no residente, valor adquisición 18 millones, tipo nominal de gravamen 8 %, media convenio. Renta negativa computa.

Participación sobre entidad no residente, valor de adquisición 18 millones, tipo nominal 12 %, no media convenio. Renta negativa computa.

Como quiera que la exención de dividendos y plusvalías y el cómputo de las minusvalías están ligados a umbrales de porcentaje de participación o de valor de adquisición, se presenta, en toda su crudeza, un fenómeno que, en cuanto a sus efectos, es paralelo al error de salto, ya reconocido por la Ley General Tributaria de 1963, lo que, tal vez, estimulará operaciones de planificación fiscal defensiva frente al no cómputo de la renta negativa, tendentes a situar la participación extramuros de los umbrales, cuya implementación se verá favorecida por el hecho de que dichos umbrales vayan referidos a cada entidad y no al grupo mercantil al que pertenecen. No obstante, tratándose de grupos fiscales, los umbrales se referirán al grupo fiscal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 62.1 a) de la Ley 27/2014.

El no cómputo de la renta negativa puede versar solamente respecto de una parte de la minusvalía padecida, en la medida en que los requisitos del apartado 3 del artículo 21 se cumplan parcialmente, cual sería, entre otros posibles, el caso correspondiente al supuesto de hecho del antepenúltimo párrafo del artículo 21.1 b) de la Ley 27/2014.

5.1.2. Aplicación del régimen general a casos particulares

Seguidamente se proyectan las reglas relativas al no cómputo de minusvalías de cartera en relación con un conjunto de supuestos particulares.

5.1.2.1. Participación sobre instituciones de inversión colectiva

La participación en una institución de inversión colectiva, cualquiera que fuere su forma jurídica, es *participación en una entidad*, según los propios términos del artículo 21 de la Ley 27/2014.

El artículo 53.1 de la Ley 27/2014 establece que los socios o partícipes de las instituciones de inversión colectiva *integrarán en la base imponible [...] las rentas derivadas de la transmisión de acciones o participaciones o del reembolso de estas, sin que les resulte posible aplicar la exención prevista en el artículo 21 de esta ley...*

El régimen de las instituciones de inversión colectiva no solo desplaza a la exención del artículo 21, sino que, y esto es lo relevante, ordena la integración en la base imponible de las rentas derivadas de la transmisión de la participación o del reembolso, sin hacer distinción entre rentas positivas o negativas. En consecuencia, no habrá obstáculo para la integración en la base imponible de las rentas negativas derivadas de la transmisión o reembolso de la participación.

Frente a la interpretación precedente, cabe otra consistente en reducir el efecto del artículo 53.1 a diferir el cómputo de las rentas de la inversión colectiva al momento de su realización, mediante transmisión o reembolso, y a excluir la aplicación de la exención, de manera tal que el cómputo de las rentas negativas quedaría extramuros de su mandato, aplicándose respecto de tal supuesto de hecho lo previsto en el artículo 21.6 de la Ley 27/2014.

Se estima preferible la primera interpretación. En tal caso, inopinadamente, el Real Decreto-Ley 3/2016 habría venido a añadir un nuevo privilegio a la tributación de los socios y partícipes, en cuanto personas jurídicas, de las instituciones de inversión colectiva.

5.1.2.2. Participación sobre entidades holding

Cuando los ingresos de la entidad participada procedan, en más del 70%, de dividendos o plusvalías de cartera, la renta positiva derivada de la transmisión de la participación solamente estará exenta a condición de que el requisito de participación del 5% se cumpla también, indirectamente, respecto de las entidades de las que proceden las mencionadas rentas.

En consecuencia, en tal caso de cumplimiento, la renta negativa derivada de la transmisión de la participación sobre la entidad *holding* no se integrará en la base imponible. Por el contrario, cuando el porcentaje de participación indirecto fuere inferior al 5%, la renta negativa derivada de la transmisión de la participación sobre la entidad *holding* sí se computará.

La razón del no cómputo de la renta negativa se halla en el cumplimiento de *los requisitos establecidos en el apartado 3* del artículo 21 de la Ley 27/2014, los cuales, como se ha indicado, son los del apartado 1.

También cabe el cumplimiento parcial del requisito, esto es, que se cumpla solo en relación con alguna o algunas de las entidades participadas por la entidad *holding*, en cuyo caso el no cómputo de la renta negativa será parcial, de acuerdo con lo previsto en el último párrafo del artículo 21.6 de la Ley 27/2014.

5.1.2.3. Participación en régimen de consolidación fiscal

El artículo 62.2 de la Ley 27/2014 establece que la renta negativa derivada de la transmisión a terceros de la participación sobre una entidad del grupo fiscal se minorará en el importe de las bases imponibles negativas, generadas dentro del grupo fiscal, imputables a la misma que hubieren sido compensadas en el contexto de la formación de la base imponible del grupo fiscal.

Toda vez que la renta negativa derivada de la transmisión de la participación no se computa, en los términos del artículo 21.6 de la Ley 27/2014, el precepto referido ha devenido vacío de contenido.

Hubiera sido oportuno derogarlo.

Con todo, no por ello el régimen de consolidación fiscal ha perdido atractivo. En efecto, el mismo posibilita la compensación de las pérdidas sufridas por entidades del grupo fiscal con los beneficios obtenidos por otras entidades del propio grupo fiscal, lo que en un contexto de restricciones a la compensación de pérdidas no es una ventaja menor. Nótese que esa compensación es pareja al deterioro de la participación que, en el régimen individual de tributación, no se admite.

5.1.2.4. Participación en régimen de transparencia fiscal internacional

La renta obtenida en la transmisión de estas participaciones debe ser calculada tomando en consideración el denominado valor de titularidad, esto es, el importe de los beneficios previamente imputados, en los términos previstos en el artículo 100.12 de la Ley 27/2014.

Por otra parte, a la renta positiva derivada de la transmisión de la participación no se le aplica la exención del artículo 21 de la Ley 27/2014 cuando al menos el 15 % de las rentas obtenidas por la entidad no residente participada estuvieren sometidas al régimen de transparencia fiscal internacional, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21.5 c) de la Ley 27/2014.

La existencia de una regla específica para determinar la renta derivada de la transmisión de la participación sobre la entidad no residente y, sobre todo, la no aplicación de la exención del artículo 21 de la Ley 27/2014, podría llevar a postular el cómputo de la renta negativa derivada de la transmisión de la participación, cualquiera que fuere el porcentaje de participación o su valor de adquisición.

Se estima que esta interpretación no es correcta. En efecto, como se ha indicado anteriormente, lo que cierra el paso al cómputo de la renta negativa es la concurrencia de los requisitos previstos en el apartado 3 del artículo 21, el cual, a su vez, se remite a los requisitos del apartado 1, y estos son los concernientes al porcentaje de participación o valor de adquisición y, tratándose de participaciones extranjeras, el concerniente al tipo nominal de gravamen, con independencia de que, ante una eventual renta positiva, fuera o no aplicable la exención.

Por tanto, la renta negativa derivada de la transmisión de una participación sobre una entidad no residente objeto del régimen de transparencia fiscal internacional, no se integrará en la base imponible, de acuerdo con las reglas generales sobre la materia, aun cuando la regla del artículo 21.5 c) de la Ley 27/2014 cerrara el paso a la exención de una eventual renta positiva.

5.1.2.5. Participación sobre entidades no residentes acogidas al método de imputación

El artículo 21.9 c) de la Ley 27/2014 establece que la exención no se aplica cuando el contribuyente decide acogerse a los artículos 31 y 32 de la Ley 27/2014, esto es, al método de imputación.

Este acogimiento no será obstáculo para la no integración en la base imponible de las rentas negativas derivadas de la transmisión de la participación, de acuerdo con las reglas generales.

En efecto, como se ha indicado, lo que cierra el paso al cómputo de la renta negativa derivada de la transmisión de la participación no es que la participación esté acogida al régimen de exención, sino *que se cumplan los requisitos establecidos en el apartado 3 del artículo 21 de la Ley 27/2014*.

Ciertamente, frente a la interpretación que se propone, cabe otra que fundamentaría el no cómputo de la renta negativa en el acogimiento efectivo de la participación al régimen de exención del artículo 21. Esta interpretación es atractiva, por cuanto asocia exención de plusvalía con no cómputo de minusvalía, pero la literalidad de la norma parece rechazarla.

Más adelante, al hilo del comentario de la derogación de los apartados 6 y 7 del artículo 32 de la Ley 27/2014 se abundará sobre esta cuestión.

5.1.2.6. *Participación que pierde o gana la condición de cualificada*

La participación puede ganar o perder la condición de cualificada, a los efectos de disfrutar de la exención de las rentas positivas derivadas de la transmisión. Así, las operaciones de ampliación de capital o de fusión, entre otras, pueden llevar el porcentaje de participación por debajo del 5%, y las de separación de socio a alcanzarlo o superarlo. Del mismo modo, la transmisión parcial de la participación puede llevar el valor de adquisición de la participación a 20 millones de euros o menos, y la adquisición adicional puede llevar ese valor de adquisición a 20 millones de euros o más. En fin, la suscripción de un convenio bilateral para eliminar la doble imposición puede provocar el cumplimiento del requisito de tributación mínima y la denuncia el incumplimiento.

Por tanto, es posible que, respecto de una misma participación, se disfrute tanto de la exención de la renta positiva como del cómputo de la renta negativa, y lo inverso, esto es, que se padezca la tributación de la renta positiva y el no cómputo de la renta negativa.

Para evitar estos casos, sin duda adversos a la equidad, hubieran debido establecerse normas relativas a los efectos de las circunstancias de calificación y descalificación de la participación, pero su complejidad tal vez lo haya desaconsejado.

El único atisbo de norma que, en cierto modo, regula el fenómeno descrito, es la prevista en la nueva letra l) del artículo 15, la cual será comentada más adelante.

5.1.2.7. *Rentas negativas en instrumentos financieros derivados*

Esta importante fuente de rentas, positivas y negativas, no ha sido afectada por el Real Decreto-Ley 3/2016, aun cuando el subyacente fuere un instrumento de patrimonio. Sucede así que la renta negativa derivada de la transmisión de los instrumentos de patrimonio que componen una participación calificada no se computará en la base imponible, en tanto que la renta negativa

imputable a la valoración, o a la liquidación de un derivado, provocada por la variación de valor de esos instrumentos de patrimonio, sí computará.

La renta, positiva o negativa, imputable a un derivado trae causa de un pronóstico, acertado o desacertado, respectivamente, sobre la evolución del valor del subyacente. Bien se comprende que, en un mundo sin fronteras a los movimientos de capitales, el derivado constituye un vehículo privilegiado para transferir rentas entre entidades de un mismo grupo multinacional.

Hubiera sido estimulante que el proyecto BEPS les hubiera prestado alguna atención, más allá de la teoría de que siempre se podrá aplicar el principio de libre competencia, en el presente caso sobre la base del valor cero inicial del contrato derivado, pues no parece pertinente que las rentas derivadas de una actividad económica puedan ser neutralizadas por las rentas negativas inherentes a un negocio como el mencionado.

5.1.2.8. Rentas negativas pendientes en el canje de valores derivado de una operación acogida al régimen especial de reestructuración

El artículo 81 de la Ley 27/2014 establece dos reglas de valoración, ya previstas en el TRLIS, en relación con la renta derivada de la atribución de valores fruto de una operación de reestructuración. Por la primera, tales rentas no se integran en la base imponible, por la segunda, los valores recibidos se valoran por el valor fiscal de los entregados. La segunda regla es complementaria de la primera.

Si estas reglas se interpretan en el sentido de que el cómputo de la renta habida en la atribución se difiere a un momento posterior, señaladamente al de la transmisión de la participación, se plantea el cómputo de la misma si es de carácter negativo y la atribución se ha producido en 2016 y anteriores. Si, por el contrario, se interpretan en el sentido de que asignan un valor fiscal a los instrumentos de patrimonio recibidos en atribución, no ha lugar al planteamiento de tal cuestión. En efecto, la única renta que existe, a efectos fiscales, es la producida en el momento de la ulterior transmisión, de manera tal que no cabrá escindir tal renta en una renta negativa pretérita, que sería computable, y en una renta positiva actual.

Lo previsto en el artículo 21.4 de la Ley 27/2014, que regula una situación distinta pero con idéntica raíz, sugiere que, en ausencia de una norma específica, no es pertinente efectuar la disección meritada.

EJEMPLO 7. Atribución de valores en operación de reestructuración

- Valor de adquisición: 100 (2009).
- Canje en fusión. Valor de mercado del valor recibido: 80 (2015).

.../...

.../...

- Transmisión. Valor de transmisión: 98 (2017).
- Renta negativa: 2 (98 – 100). No computa. No sería correcto, por tanto, computar la renta negativa en la transmisión por importe de 20 y una renta positiva exenta por importe de 18 (98 – 80).

5.1.2.9. Rentas negativas mediando un convenio para evitar la doble imposición

Los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición no interfieren en la potestad de las partes contratantes para regular la tributación de sus respectivos residentes, si bien las normas del convenio prevalecerán sobre las puramente internas. Los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición asignan la competencia para gravar las plusvalías de cartera a una de las partes contratantes, pero no se ocupan, por lo general, de las minusvalías de cartera. Esos convenios también establecen el principio de no discriminación.

El régimen de las rentas negativas previsto en el artículo 21.6 de la Ley 27/2014 no regula materias sobre las que versan los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.

Por lo que se refiere a la discriminación, que tal vez podría atisbarse en relación con los instrumentos de patrimonio extranjeros, debe llamarse la atención de que el requisito de tipo de gravamen mínimo del 10%, cuyo incumplimiento determinaría el no cómputo de las rentas negativas tratándose de dichos instrumentos de patrimonio extranjeros, justamente se entiende cumplido cuando media un convenio bilateral para eliminar la doble imposición.

En conclusión, la restricción al cómputo de las rentas negativas, derivadas de la transmisión de la participación, no entra en conflicto con los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.

5.1.3. Rentas negativas por causa de extinción de la entidad participada

La nueva redacción del artículo 21.8 de la Ley 27/2014 establece que *serán fiscalmente deducibles las rentas negativas generadas en caso de extinción de la entidad participada, salvo que la misma sea consecuencia de una operación de reestructuración.*

Son operaciones de reestructuración, según se desprende del preámbulo de la Ley 27/2014, las descritas en el capítulo VII del título VII. El rasgo común de las operaciones de reestructuración en las que se produce la extinción de una entidad es que la disolución no va seguida de la liquidación. Son, por tanto, básicamente, las operaciones de fusión y escisión total.

Puesto que la norma se refiere a las operaciones de *reestructuración*, sin remitirse a las acogidas al régimen especial, ha de entenderse que tal acogimiento es indiferente.

Podría también postularse que son operaciones de reestructuración, a los efectos previstos en el artículo 21.8, todas las reguladas en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, pero parece preferible reconducir su ámbito al contemplado en la propia Ley del impuesto sobre sociedades.

5.1.3.1. Régimen general

Consecuentemente, deben distinguirse dos tipos de extinción, a los efectos del tratamiento de la renta negativa:

- La renta negativa puesta de manifiesto como consecuencia de la extinción de una entidad, cuando la correspondiente disolución va seguida de la liquidación, se integra en la base imponible.
- La renta negativa puesta de manifiesto como consecuencia de la extinción de una entidad, cuando la correspondiente disolución no va seguida de la liquidación, como es el caso de la fusión o la escisión total, no se integra en la base imponible.

La interpretación sistemática del régimen de las rentas negativas indica que el no cómputo de las habidas en un proceso de reestructuración solo se aplicará respecto de las participaciones calificadas, esto es, en relación con aquellas cuya renta negativa no se computa de acuerdo con las previsiones generales del artículo 21.6 de la Ley 27/2014, pero no, desde luego, de aquellas otras cuya renta negativa, también de acuerdo con dichas previsiones, sí se computa. En efecto, no sería pertinente rechazar el cómputo de una renta negativa por el hecho de que la transmisión de la participación se produjera como consecuencia de un negocio jurídico de reestructuración.

No obstante, cuando la reestructuración está acogida al régimen general del capítulo VII del título VII de la Ley 27/2014, habrá de estarse a las reglas previstas en el mismo, según se expone en el subapartado siguiente.

La renta negativa citada en primer lugar se determina, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17.8 de la Ley 27/2014, como diferencia entre el valor de mercado de los elementos patrimoniales recibidos y el valor fiscal de la participación anulada.

EJEMPLO 8. Extinción mediante disolución con liquidación

- Valor adquisición y porcentaje de participación: Socios A (118, 40 %), B (80, 25 %), C (130, 33 %) y D (9, 2 %).
- Valor teórico del patrimonio a adjudicar: 230.

.../...

.../...

- Valor de mercado del patrimonio a adjudicar: 300.
- Renta: Socios A ($118 - 300/40\% = 2$), B ($80 - 300/25\% = -5$), C ($130 - 300/33\% = -31$), D ($9 - 300/2\% = -3$).
- La renta positiva de A está exenta y la renta negativa de B, C y D, computa.

La renta negativa citada en segundo lugar se determina, de acuerdo con lo previsto en el artículo 17.9 de la Ley 27/2014, como diferencia entre el valor de mercado de la participación recibida y el valor fiscal de la participación anulada.

EJEMPLO 9. Extinción mediante un proceso de reestructuración (mismos datos del caso anterior)

La renta positiva de A está exenta, la renta negativa de B y C no computa; la renta negativa de D computa.

EJEMPLO 10. Transmisión de la participación a un tercero (mismos datos del caso anterior)

La renta positiva de A está exenta, la renta negativa de B y C no computa; la renta negativa de D computa.

La posibilidad de que la cuota de liquidación sea pagada en especie, si así lo disponen los estatutos, tal vez aliente decisiones de transmisión del patrimonio empresarial bajo formas jurídicas que procuren el cómputo de las rentas negativas, sobre cuya adecuación a la legalidad sería oportuno reflexionar detenidamente. Nótese que la renta negativa a computar a causa de una extinción ha podido ir precedida de unas rentas positivas exentas en sede de anteriores tenedores de la participación. Chocarán, así, la legitimidad de computar una renta negativa efectiva en la entidad que la padece, con la legitimidad de evitar que se compute una renta negativa que, tomando en consideración el conjunto de los tenedores de la participación, no existe. En el método de exención, alcanzar el justo equilibrio es muy difícil.

5.1.3.2. *Extinciones por reestructuraciones amparadas en el régimen especial del capítulo VII del título VII*

La no inclusión de la renta negativa afecta tanto a las operaciones de reestructuración acogidas al capítulo VII del título VII de la Ley 27/2014, como a las no acogidas si bien, respecto de las primeras, la no integración de la renta negativa también procede en los supuestos contemplados en el artículo 81 de la Ley 27/2014. En tal caso se plantea cuál de las dos normas debe ser aplicada, esto es, el artículo 21.8 de la Ley 27/2014 o el artículo 81 de la misma ley.

Nótese que aun cuando el efecto práctico de los dos sea el mismo en lo que concierne al no cómputo de la renta negativa puesta de manifiesto en el canje de valores inherente a la operación de reestructuración, el artículo 81 prevé que los instrumentos de patrimonio recibidos tomen el valor fiscal de los entregados, en tanto que el artículo 21.8 nada establece sobre el particular, de manera tal que los instrumentos de patrimonio recibidos se valorarán por su valor de mercado, lo que en caso de transmisiones posteriores será indiferente o no, según que proceda, o no, la incorporación en la base imponible de las rentas, positivas o negativas, obtenidas.

Nótese, por otra parte, que, precisamente, en una operación de reestructuración, la participación recibida puede descender del umbral del 5%, en cuyo caso las rentas negativas obtenidas en una ulterior transmisión de la participación se computarán, como también se computarán en caso de la posterior disolución con liquidación de la entidad resultante de la operación de reestructuración, cualquiera que sea el porcentaje de participación.

El principio de preferencia de la regla especial sobre la general indica que habrá de aplicarse el artículo 81 y, por ende, la regla de subrogación en el valor fiscal. Más dudoso es que la subrogación alcance también al porcentaje de participación, por más que esa subrogación sea acorde con la filosofía del régimen especial del capítulo VII del título VII de la Ley 27/2014.

EJEMPLO 11. Canje de valores por fusión. Posterior transmisión de la participación recibida

- Valor de adquisición, valor de mercado en el momento del canje, precio de transmisión, y porcentaje *ex-ante* y *ex-post*): Socios A (22; 17,6; 20; 5,5 %; 2,75 %), B (18; 14,4; 17; 6 %; 3 %), C (280; 224, 260; 88,5 %; 44,25 %).
- Renta positiva o negativa por canje de valores: no se integra en la base imponible.
- Renta en la transmisión posterior: A (20 - 22 = -2, no computa), B (17 - 18 = -1 computa; no computa si prevalece la subrogación del porcentaje de participación), C (260 - 280 = -20, no computa).

5.1.3.3. Extinción por fusión acogida al régimen especial, mediando participación

El artículo 82 de la Ley 27/2014 establece dos reglas que versan sobre la anulación de la participación que la entidad absorbente o adquirente tiene sobre la entidad absorbida o transmitente.

Cuando esa participación es, al menos, del 5%, *no se integrará en la base imponible la renta positiva o negativa derivada de la anulación de la participación*. Puede observarse que esta regla coincide con las generales del artículo 21.6 de la Ley 27/2014, y no contradice la regla del artículo 21.8 de la Ley 27/2014, relativa a la no integración de las rentas negativas en el contexto de un proceso de reestructuración.

Cuando esa participación no es, al menos, del 5%, *se integrará en la base imponible la renta, positiva o negativa derivada de la anulación de la participación*. También esta regla coincide con las generales, excepto si el precio de adquisición fue superior a 20 millones de euros, o bien la entidad absorbida no reside en territorio español, el tipo nominal de gravamen al que tributa no alcanza el 10% y no media un convenio para eliminar la doble imposición con cláusula de intercambio de información.

Las dos reglas antedichas van acompañadas de sendas reglas secundarias, concernientes a la transmisión de la participación que la entidad absorbida tenga en la absorbente. En su virtud, para participaciones que alcanzan el 5%, las rentas, positivas y negativas, puestas de manifiesto, no se integran en la base imponible, y sí lo hacen para participaciones que no lo alcanzan. También estas reglas concuerdan con las de carácter general, en los términos expuestos.

Para operaciones de fusión acogidas al régimen especial del capítulo VII del título VII de la Ley 27/2014, se aplicarán las reglas del artículo 82, y para las no acogidas, las de carácter general, por más que, como se ha indicado, existe entre ellas una significativa coincidencia.

EJEMPLO 12. Fusión acogida al régimen especial

- Valor adquisición y porcentaje: Caso 1 (120; 100 %); Caso 2 (7; 4 %).
- Valor contable absorbida: 60.
- Valor mercado absorbida: 100 (60, valor contable; 30 marcas; 10 fondo comercio).
- Caso 1 ($120 - 100 = -20$, no computa); Caso 2 ($7 - 100/4 \% = -3$, computa).

5.1.3.4. Cálculo de la renta negativa en caso de previa distribución de dividendos

A efectos de la integración en la base imponible de la renta negativa derivada de la extinción de una entidad, aquella *se minorará en el importe de los beneficios recibidos de la entidad*

participada en los diez años anteriores a la fecha de la extinción, siempre que los referidos dividendos o participaciones en beneficios no hayan minorado el valor de adquisición y hayan tenido derecho a la aplicación de un régimen de exención o de deducción para la eliminación de la doble imposición, por el importe de la misma, de acuerdo con lo previsto en el párrafo segundo del artículo 21.8 de la Ley 27/2014.

Aun cuando la norma se refiere a un régimen de exención o de deducción, convocando así tanto a los previstos en la Ley 27/2014, como a los previstos en legislaciones extranjeras, es lo cierto que el supuesto de hecho solo sintoniza con los primeros y con los del TRLIS.

Esta regla puede impedir la integración en la base imponible de la renta negativa provocada por la distribución de unos beneficios implícitos en el valor de adquisición de la participación, pero también la de una renta negativa con un origen distinto. En el primer supuesto se evita una desimposición, y en el segundo se obtura el cómputo de una renta negativa efectiva.

EJEMPLO 13. Dividendos previos a la extinción

- Valor adquisición participación: 190.
- Valor cuota liquidación: 80.
- Dividendos totales exentos: 70.
- Dividendos exentos cuatro años anteriores (2015-2018): 40.
- Dividendos con derecho a deducción seis años anteriores (2009-2014): 20.
- Renta negativa: -110 (190 - 80).
- Renta negativa corregida: -50 (110 - 40 - 20).

5.1.4. Régimen de determinación del importe de la renta negativa a integrar en la base imponible

El importe de la renta negativa derivada de la transmisión de la participación se calcula enfrentando el valor de transmisión con el valor fiscal. No obstante, el nuevo apartado 7 del artículo 21 de la Ley 27/2014 establece dos normas especiales. Estas normas especiales se proyectan, lógicamente, respecto de las rentas negativas susceptibles de ser incluidas en la base imponible. No son reglas nuevas, pues ya estaban recogidas en los apartados 6 y 7 de la redacción original del artículo 21.

En su virtud, la renta negativa derivada de la transmisión de la participación, susceptible de inclusión en la base imponible, se minorará en dos conceptos:

- La renta positiva habida en una transmisión de la participación realizada entre entidades del mismo grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, a la que se hubiere aplicado un régimen de exención o de deducción para la eliminación de la doble imposición.
- Los dividendos o participaciones en beneficios percibidos en periodos impositivos iniciados en 2009 y siguientes, siempre que los referidos dividendos o participaciones en beneficios no hayan minorado el valor de adquisición y hayan tenido derecho a la exención prevista en el apartado 1 de este artículo.

Puesto que las rentas negativas que computan son, con carácter general, las concernientes a la transmisión de participaciones que no dan derecho a la exención, y las dos reglas precedentes modifican el valor de la renta negativa en función de rentas exentas previas, cabe intuir que tendrán escasa aplicación, pero no nula, desde luego, por cuanto es concebible que una participación que fue calificada para la exención en un momento pretérito no lo sea en el momento en el que se transmite determinando una renta negativa. Además, por lo que se refiere a las plusvalías, la exención ha podido derivar de una norma extranjera.

EJEMPLO 14. Renta negativa precedida de renta positiva intragrupo exenta

- Renta positiva intragrupo exenta de acuerdo con legislación extranjera: 40.
- Renta negativa transmisión participación a terceros: -60 (3 %, 18M).
- Renta negativa computable: -20 (-60 + 40).

Sin embargo, la norma relativa a la minoración de la renta negativa en el caso de valores homogéneos, recogida en la redacción original del artículo 21.7 de la Ley 27/2014, no ha sido rescatada.

EJEMPLO 15. Renta negativa precedida de renta positiva no intragrupo exenta

- Adquisición mercado cotizado: 24 (2016), transmisión parcial (2017): 18, renta positiva exenta 2 (18 - 16), transmisión resto (2019): renta negativa -3 (8 - 5), que computa.

Es importante señalar que las reglas del artículo 21.7 de la Ley 27/2014, antes comentadas, también se aplican respecto de los instrumentos de patrimonio a los que no se ha aplicado el método de exención. Esto es así porque, como se ha indicado, el régimen de las rentas negativas derivadas de la transmisión, aunque está incluido en el artículo 21, no se aplica exclusivamente a los instrumentos de patrimonio acogidos, por las rentas positivas, al método de exención, sino a la totalidad de los instrumentos de patrimonio.

Así se explica que el Real Decreto-Ley 3/2016 haya derogado los apartados 6 y 7 del artículo 32 de la Ley 27/2014. En efecto, estos preceptos han devenido redundantes, toda vez que ordenan lo mismo que las dos reglas del nuevo apartado 7 del artículo 21.

No obstante, cabe hacer una ligera observación. En efecto, el antiguo apartado 7 del artículo 32 convocaba, al objeto de aminorar las rentas negativas derivadas de la transmisión de la participación, tanto a los dividendos exentos como a los que hubieran disfrutado de la deducción por imputación del propio artículo 32, en tanto que la letra b) del artículo 21.7 solo se refiere a los dividendos que han disfrutado de exención.

5.1.5. Pérdidas por valoración en la cartera de negociación

Los instrumentos de patrimonio afectos a la cartera de negociación determinan rentas, positivas o negativas, por aplicación del valor razonable, en los términos previstos por la legislación mercantil. Las rentas positivas no derivan de una transmisión, y las rentas negativas no derivan de una transmisión ni de la regla contable del deterioro.

En consecuencia, por lo que hace a las rentas negativas, antes del Real Decreto-Ley 3/2016, eran plenamente computables. Esta situación ha cambiado radicalmente.

Así, en relación con las rentas negativas derivadas de la valoración por el valor razonable, el Real Decreto-Ley 3/2016 ha incorporado una nueva letra, l), al artículo 15 de la Ley 27/2014, a cuyo tenor las mismas no serán deducibles cuando la participación concernida sea de aquellas cuya transmisión no daría derecho al cómputo de las rentas negativas, excepto si, *con carácter previo, se haya integrado en la base imponible, en su caso, un incremento de valor correspondiente a valores homogéneos del mismo importe.*

Y en relación con las rentas negativas derivadas de la transmisión de la participación, será aplicable la regla general de no cómputo de las rentas negativas del artículo 21.6 de la Ley 27/2014, según redacción del Real Decreto-Ley 3/2016.

En fin, por lo que hace a las rentas positivas, tanto las derivadas de la transmisión como de la valoración por el valor razonable, la interpretación sistemática de los preceptos aplicables lleva a postular su exención, bajo el cumplimiento de los requisitos del artículo 21.3 de la Ley 27/2014.

EJEMPLO 16. Cartera valorada por el valor razonable con cambio en pérdidas y ganancias

Caso 1. Valor adquisición en mercado cotizado: 18 (2016).

- Valoración valor razonable: 21 (2016), 17 (2017), 15 (2018, transmisión).
- Base imponible: 3 (21 - 18) (2016); -4 (21 - 17) (2017); -2 (17 - 15) (2018).

Todas las rentas, positivas y negativas, se integran en la base imponible. Coincide el resultado contable con el fiscal.

Caso 2. Valor de adquisición en mercado cotizado: 22 (2016).

- Valoración valor razonable: 23 (2016), 17 (2017), 15 (2018, transmisión).
- Base imponible: 1 (23 - 22), exenta con el transcurso del año; -6 (17 - 23), no cómputo; -2 (15 - 17) no cómputo.

Las rentas negativas no se integran en la base imponible al ser el precio de adquisición superior a 20. El resultado contable es -7, pero el fiscal es 0. No obstante, si se interpretase que la valoración por el valor razonable equivale a un nuevo valor de adquisición, podría computarse la renta negativa posterior.

5.1.6. Modificaciones complementarias de carácter técnico

5.1.6.1. Pérdidas por deterioro

El recorte que al cómputo de las rentas negativas derivadas de la transmisión de la participación ha supuesto la nueva redacción de determinados apartados del artículo 21 de la Ley 27/2014, ha requerido la modificación sintónica de los artículos 11.10, concerniente al diferimiento del cómputo de las rentas negativas derivadas de transmisiones realizadas en el seno de un grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, 13.2, relativo a la eficacia fiscal del deterioro, así como la adición de la letra k) al artículo 15, la nueva redacción del artículo 17.1 y, en fin, la derogación de los apartados 6 y 7 del artículo 32, todos ellos de la Ley 27/2014.

El efecto de las modificaciones normativas enumeradas puede sintetizarse de la siguiente manera:

- Referir la norma de diferimiento de las rentas negativas a aquellas que, de acuerdo con la nueva redacción de ciertos apartados del artículo 21, pueden integrarse en la base imponible (art. 11.10).

- Expulsar, como ya lo hacía la normativa precedente, de la base imponible a los de-
teriores de todos los instrumentos de patrimonio (arts. 13.2 y 15 k).
- Clarificar que no es deducible la imputación a la cuenta de resultados de partidas de
renta negativa previamente contabilizadas con cargo a patrimonio neto (art. 17.1).
- Ubicar todas las normas relativas a la renta negativa procedentes de la transmisión
de instrumentos de patrimonio en el artículo 21.

5.1.6.2. Continuidad en la restricción de la base imponible negativa susceptible de compensación

La restricción a la compensación de bases imponibles negativas del artículo 26.4 de la Ley 27/2014 no ha sido modificada, pese a que uno de sus fundamentos era evitar el doble cómputo de pérdidas, primero en los socios que transmiten su participación, y luego en la propia entidad que ha sufrido las pérdidas.

La restricción al cómputo de la renta negativa prevista en la nueva redacción del artículo 21.6 de la Ley 27/2014 ha privado de ese fundamento técnico al artículo 26.4, mas como todavía resta el fundamento de evitar la neutralización de rentas positivas mediante la ubicación de activos o actividades en sede de entidades inactivas, el Real Decreto-Ley 3/2016 no ha acometido una modificación de ese precepto.

5.1.6.3. Rentas positivas cuando el título de adquisición es la aportación por personas físicas

El Real Decreto-Ley 3/2016 ha dado nueva redacción al artículo 21.4 de la Ley 27/2014, la cual recoge la regulación precedente y añade una nueva especialidad. En su virtud, la renta positiva derivada de la transmisión de participaciones, adquiridas mediante título de aportación realizada por personas físicas, no estará exenta en el importe total, sino en el exceso del precio de transmisión respecto del valor de mercado en el momento de la aportación, cuando medien las siguientes circunstancias:

- La rentas obtenidas en la aportación no se integraron en la base imponible del im-
puesto sobre la renta de las personas físicas, por aplicación de lo previsto en el ar-
tículo 87 de la Ley 27/2014.
- La transmisión se produce dentro de los dos años posteriores a la aportación.
- Las personas físicas que realizaron la aportación no han transmitido la participación
en la entidad beneficiaria de la aportación dentro del mencionado periodo de tiempo.

La nueva norma colma un vacío existente a tenor de la redacción original.

Si en la transmisión de la participación surgen rentas negativas, las mismas no se computa-
rán, si así procede de acuerdo con las reglas generales del artículo 21.6 de la Ley 27/2014.

5.1.7. Esquema del régimen fiscal de las rentas imputables a instrumentos de patrimonio

El esquema, prescindiendo de matices, debe partir de la división de las carteras de instrumentos de patrimonio en tres grandes categorías.

La primera es la de los instrumentos de patrimonio que cumplan los requisitos del artículo 21.3 en relación con el 21.1, de la Ley 27/2014, simplificada los que representen un porcentaje de participación del 5 % o un valor de adquisición superior a 20 millones de euros, y siendo extranjeros que la entidad emisora tribute a un tipo nominal, al menos, del 10 % o medie convenio bilateral con cláusula de intercambio de información:

- Dividendos, exentos.
- Deterioro, no deducible.
- Renta positiva derivada de la transmisión, exenta.
- Renta negativa derivada de la transmisión de la participación, no computa.
- Renta positiva en el canje de valores por reestructuración, exenta.
- Renta negativa en el canje de valores por reestructuración, no computa.
- Renta, positiva o negativa, en operaciones de reestructuración sujetas al régimen especial, diferimiento.
- Renta positiva en la extinción no reestructuración, exenta.
- Renta negativa en la extinción no reestructuración, computa.

La segunda es la de los instrumentos de patrimonio que no cumplan los requisitos de porcentaje o valor de adquisición:

- Dividendos tributan, sin derecho a la deducción del impuesto subyacente, pero sí de la retención extranjera, con sujeción a límite.
- Deterioro no deducible.
- Renta positiva derivada de la transmisión, tributa.
- Renta negativa derivada de la transmisión de la participación, computa.
- Renta positiva en el canje de valores por reestructuración, tributa.
- Renta negativa en el canje de valores por reestructuración, computa.
- Renta, positiva o negativa, en operaciones de reestructuración sujetas al régimen especial, diferimiento.

- Renta positiva en la extinción, no reestructuración, tributa.
- Renta negativa en la extinción no reestructuración, computa.

La tercera es la de los instrumentos de patrimonio emitidos por entidades residentes en jurisdicciones fiscales sin convenio bilateral para eliminar la doble imposición que tributan a un tipo nominal de gravamen inferior al 10 %. Estos siguen el esquema precedente, excepto por lo que se refiere a las rentas negativas, que solamente computan en caso de extinción no reestructuración.

Basta una breve mirada retrospectiva para constatar que, en materia de deterioro y rentas derivadas de la transmisión, el legislador del impuesto sobre sociedades ha barajado diferentes criterios. Véase un sencillo esquema, prescindiendo de matices, de los principales hitos:

- La Ley 43/1995 gravaba las rentas positivas y computaba las negativas. Admitía la deducción del deterioro, sujeto al límite de la cotización o de la evolución de los fondos propios, a condición de que estuviera registrado contablemente.
- La Ley 10/1996 eximió las rentas positivas, en cuanto estuvieren representadas por el incremento de los fondos propios de la entidad participada.
- El Real Decreto-Ley 3/2000 suprimió, respecto de los instrumentos de patrimonio extranjeros, la vinculación al incremento de los fondos propios.
- La Ley 4/2008 suprimió el requisito del registro contable para admitir el deterioro.
- La Ley 16/2013 declaró no deducible el deterioro.
- La Ley 27/2014 igualó el régimen de los instrumentos de patrimonio nacionales y extranjeros, extendiendo así la exención de las rentas positivas a los instrumentos de patrimonio nacionales.
- El Real-Decreto-Ley 3/2016 ha rechazado el cómputo de las rentas negativas en relación con instrumentos de patrimonio calificados.

Antes que a una desorientación del legislador, tal variedad de criterios está relacionada con las condiciones del entorno económico o político.

En 1995, espoleaban los requerimientos recaudatorios de los criterios de convergencia para el acceso al euro. En 2000, soplaban con fuerza la idea de la internacionalización de la economía española. En 2007, se transitaba por la cresta del ciclo económico. En 2013, todavía no se atisbaba la salida de la crisis. En 2014, pesó la adecuación plena al ordenamiento comunitario. En 2016, una necesidad perentoria de recaudación, así como la asunción de la idea de blindar la imposición sobre los beneficios de las entidades en el contexto del proyecto BEPS de la OCDE.

No hay, ni ha habido, desorientación, sino respuesta de adaptación a escenarios económicos o políticos cambiantes. Es cierto, sin embargo, que el derroche de buena técnica tributaria que se vislumbra en las sucesivas normas, nunca ha conseguido cruzar el dintel de la puerta de los campos de la sencillez.

5.2. DERIVADAS DE LA TRANSMISIÓN DE UN ESTABLECIMIENTO PERMANENTE

Ha de distinguirse, según que se aplique el método de exención o el de imputación.

5.2.1. Método de exención

El Real Decreto-Ley 3/2016 ha dado nueva redacción a los apartados 1, 2 y 6 del artículo 22 de la Ley 27/2014, al tiempo que ha derogado el apartado 7 de dicho artículo.

El objeto de la modificación normativa es que no se integren en la base imponible *las rentas negativas derivadas de la transmisión de un establecimiento permanente*. Sin embargo, en sintonía con lo previsto para los instrumentos financieros, sí se integran en la base imponible *las rentas negativas generadas en el cese del establecimiento permanente*, si bien, su cuantía se minorará *en el importe de las rentas positivas netas obtenidas con anterioridad y que hayan tenido derecho a la aplicación de un régimen de exención o de deducción para eliminar la doble imposición*.

Por tanto, después de la modificación descrita, la tributación de las rentas obtenidas mediante establecimiento permanente acogidas al método de exención queda, prescindiendo de matices, de la siguiente manera:

- Las rentas positivas, exentas.
- Las rentas negativas, no computan.
- Las rentas positivas derivadas de la transmisión, exentas.
- Las rentas negativas derivadas de la transmisión, no computan.
- Las rentas positivas derivadas del cese, exentas.
- Las rentas negativas derivadas del cese computan, minoradas en el importe de las rentas previas, exentas.

EJEMPLO 17. Rentas del establecimiento permanente

- Rentas: 40 (2016), -20 (2017), 10 (2018), -60 (2019, cese).
- Tributación: 40, exentas; -20, no computan; 10, exentas; -10 (-60 + 40 + 10), computa.

La derogación del antiguo apartado 7 del artículo 22 de la Ley 27/2014, que excluía del método de exención a los establecimientos permanentes situados en países o territorios calificados como paraísos fiscales, no implica que los mismos accedan al método de exención, toda vez que el nuevo apartado 1 de dicho artículo 22 remite al nuevo apartado 1 del artículo 21 de la Ley 27/2014 en orden a concretar el requisito de sujeción al impuesto extranjero, y ese apartado 1 alberga la regla adversa a los paraísos fiscales.

Finalmente, la derogación del artículo 11.11 de la Ley 27/2014 es coherente con el no cómputo generalizado de las rentas negativas habidas en las transmisiones de establecimientos permanentes.

5.2.2. Método de imputación

El Real Decreto-Ley 3/2016 ha dado nueva redacción a los apartados 1 y 4 del artículo 31 de la Ley 27/2014, y derogado el apartado 5 de dicho precepto.

Tras la derogación del apartado 5 y la nueva redacción del apartado 4, han desaparecido todas las menciones relativas a las rentas negativas. ¿Quiere decir que las rentas negativas ordinarias y, por añadidura, las derivadas de la transmisión del establecimiento permanente son deducibles?

La interpretación literal del precepto conduce a una respuesta positiva. Evidentemente esta interpretación no es satisfactoria, en el contexto de una reforma confesadamente recaudatoria.

Una interpretación que podría salvar la deficiencia apuntada consistiría en entender que el artículo 31 se ocupa exclusivamente de la imputación del impuesto extranjero, de manera tal que las rentas negativas se regularían por lo previsto en el artículo 22 de la Ley 27/2014. Sin embargo, esta interpretación choca con lo previsto en el apartado 6 del artículo 22, a cuyo tenor la opción del contribuyente de tributar por el método de imputación del artículo 31 determina la no aplicación del régimen del artículo 22, entre cuyos contenidos está, ciertamente, todo lo concerniente a las rentas negativas.

También podría entenderse que el artículo 31, por su propia función, únicamente regula las rentas positivas, pero no las negativas. En efecto, el nuevo apartado 1 se refiere a las *rentas positivas*, cuando el precedente lo hacía a las *rentas*, sin distinción alguna. Bajo esta interpretación cobra pleno sentido que el Real Decreto-Ley 3/2016 haya desalojado del artículo 31 todas las reglas concernientes a las rentas negativas. En tal caso, las rentas negativas estarían reguladas en el artículo 22. No debe ocultarse que esta interpretación vuelve a colisionar con el apartado 6 del citado artículo 22.

Una interpretación histórica pondría el acento en el tratamiento paralelo que las rentas negativas de establecimientos permanentes tenían en sede de las redacciones originales de los artículos 22 y 31 de la Ley 27/2014, de manera tal que el Real Decreto-Ley 3/2016 habría venido a

confirmar ese paralelismo residenciando todo lo concerniente a las rentas negativas en el artículo 22 pero, una vez más, surge el escollo del apartado 6 del artículo 22.

Por otra parte, la derogación del artículo 11.11 de la Ley 27/2014, cuyo mandato era diferir la imputación de la renta negativa en las transmisiones de establecimientos permanentes entre entidades del mismo grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, solo tiene sentido si las rentas negativas derivadas de todas las transmisiones no son ya computables, tras las modificaciones introducidas en los artículos 22 y 31 de la Ley 27/2014, por el Real Decreto-Ley 3/2016.

En fin, no cabe descartar la interpretación opuesta, esto es, que el legislador haya querido compensar el peor tratamiento que a las rentas positivas procura el método de imputación, admitiendo el cómputo de las rentas negativas. Esta interpretación casa mal con el contexto y sentido de la reforma acometida por el Real Decreto-Ley 3/2016, amén de que inflinge a la jurisdicción fiscal española un agravio cuando en el país donde se ubica el establecimiento permanente no se admite la compensación de las rentas negativas con las rentas positivas futuras.

Justamente, en este error cayó el legislador de la Ley 43/1995.

Con todo, si las rentas negativas no se computan, las posteriores rentas positivas tampoco debieran computarse, pero no hay norma que ampare esta solución. En tal caso, esas rentas negativas tan solo podrían ser computadas, en su caso, como renta negativa habida en el cese del establecimiento permanente.

6. OTRAS FORMAS DE ATENDER LA NECESIDAD IMPERIOSA DE RECAUDAR

La finalidad estrictamente recaudatoria de las medidas contenidas en los dos reales decretos-leyes comentados está abundantemente explicitada en sus respectivas exposiciones de motivos. Las pequeñas empresas han quedado, en términos generales, al margen de las mismas. Esa es la carta de presentación de la equidad. Su punto débil es que la capacidad económica no está asociada a la cifra de facturación sino a la capacidad de generación de beneficios.

Todas las medidas comparten una característica, a saber, que pivotan sobre las pérdidas, sea impidiendo su cómputo, limitando su compensación, o imponiendo su reversión. Ya se ha comentado su oportunidad en páginas precedentes. Las tres encierran una potencia recaudatoria nada despreciable. En efecto, la denominada Gran Recesión ha traído una cosecha exuberante de resultados contables negativos. Durante los cinco años más duros de la crisis económica se han acumulado, en el conjunto de los contribuyentes por el impuesto sobre sociedades, pérdidas no inferiores a 500.000 millones de euros. Por tanto, la limitación a la compensación de bases imponibles negativas reviste una importancia recaudatoria trascendental. Lo previsible es que gane carta de naturaleza, por más que, desde el punto de vista de la equidad, sea criticable. Sencillamente, la recaudación se hundiría en ausencia de limitaciones.

La reversión apodíctica de los deterioros finalizará en cinco años. Si la recuperación económica gana firmeza, es posible que el impacto adverso a la equidad que supone la reversión sin recuperación de los beneficios sea liviano, en el conjunto de los contribuyentes, siendo cierto, sin embargo, que algunos de ellos pueden sufrir serios quebrantos. Por otra parte, este tipo de reversión está recogido en la propuesta de Directiva relativa a la base imponible común, actualmente en vías de debate en la Unión Europea, respecto de la que el parlamento español ya ha emitido su criterio favorable, en relación con el cumplimiento del principio de subsidiariedad.

La no deducción de las rentas negativas derivadas de la transmisión de instrumentos de patrimonio o de establecimientos permanentes se justifica en la propia lógica del método de exención, proyectada sobre el conjunto de los contribuyentes, por más que, desde la perspectiva individual, pueda ser adversa a la equidad. Por otra parte, está bastante extendida en los países de nuestro entorno.

Con todo, desde el punto de vista del reparto de la mayor recaudación apetecida entre el mayor número de contribuyentes lo cual, ciertamente, habría fortalecido la equidad, hubiera sido conveniente la compañía de otras medidas, lo que hubiera posibilitado la reducción de la intensidad de las adoptadas. Véanse, entre otras, las siguientes:

- Diferir el cómputo de las rentas negativas de los derivados especulativos a la concurrencia de rentas positivas de otros derivados especulativos o de plusvalías de cartera.
- Limitar la exención de dividendos a participaciones del 5% o más, excluyendo la exención concerniente a las participaciones de 20 millones y más.
- Limitar la base de cálculo del denominado *patent box* a la propiedad industrial patentada, suprimiendo, por tanto, el cómputo del denominado *know-how*.
- Derogar la reserva de capitalización del artículo 25. Alternativamente, suspender su aplicación en los periodos impositivos de 2016, 2017 y 2018. Alternativamente endurecer el límite sobre aumento de fondos propios y base imponible, situándolo en el 5%.
- Suprimir el régimen fiscal especial del arrendamiento financiero.

La medida de mayor impacto recaudatorio es la supresión o la suspensión de la reserva de capitalización. Véase que, en 2014, la cuota íntegra del impuesto sobre sociedades superó los 40.000 millones de euros y que la reserva de capitalización puede, *grosso modo*, representar, en términos recaudatorios, un 10% de la cuota íntegra. Si los contribuyentes del impuesto sobre sociedades decidieran acogerse masivamente a la reserva de capitalización, el coste recaudatorio frisaría los 4.000 millones de euros.

Cercenar la merma recaudatoria que discurre por la vía de la reserva de capitalización supondría convocar a soportar la mayor recaudación requerida por el impuesto sobre sociedades a entidades que han obtenido beneficios, en claro y aventajado contraste con la medida de rever-

sión apodíctica de deterioros, o con la de limitar la compensación de bases imponibles negativas o, considerando la situación de cada entidad en particular, con la medida de no cómputo de la renta negativa derivada de la transmisión de una participación significativa o de un establecimiento permanente.

Aun siendo entendibles las medidas adoptadas por el Real Decreto-Ley 3/2016, en el contexto de la situación de las cuentas públicas y de los compromisos políticos con la Unión Europea, una menor intensidad de las mismas, acompañada de una morigeración en la reserva de capitalización, hubiera dibujado una situación más idónea, en relación con el legítimo objetivo recaudatorio.

No es difícil intuir que la gran exigencia que, respecto del pago fraccionado, ha supuesto el Real Decreto-Ley 2/2016 provocará nuevas necesidades recaudatorias en 2017. En tal caso, suprimir, suspender o limitar la reserva de capitalización sería una opción ventajosa.

El fundamento económico de este tipo de medidas está, ciertamente, sujeto a debate. Una medida muy similar, conocida como previsión para inversiones, estuvo vigente en el impuesto sobre sociedades desde 1957 a 1978. Fue suprimida por la Ley 61/1978, por cuanto, según el Libro Verde de 1973, y posteriormente el Libro Blanco de 1977, era más eficaz fomentar la inversión mediante deducciones en la cuota asociadas a la adquisición de bienes de inversión.

Se recordará, por otra parte, que la previsión para inversiones fue causa de bastantes conflictos. La complejidad de la reserva de capitalización, en particular en relación con los grupos fiscales, no trae augurios halagüeños.

Por otra parte, este tipo de medidas va contra la corriente, bastante extendida, de ampliar bases imponibles y rebajar los tipos de gravamen.

En fin, tampoco el argumento de la neutralidad es muy convincente, pues la discriminación contra la financiación propia que provoca el impuesto sobre sociedades solo de manera muy tosca se aligera a través de instrumentos tales como la reserva de capitalización o asimilados. La manera adecuada es la integración de los impuestos sobre la renta, si bien es cierto que la globalización ha puesto palos en la rueda de la misma.

La contemplación de la serie histórica de la recaudación por el impuesto sobre sociedades muestra un crecimiento constante desde 1995 a 2007, año en el que, según las estadísticas de la Agencia Tributaria, se alcanzó la cifra mítica de 44.823 millones de euros, y un decrecimiento brusco a partir de ese año, hasta llegar a un mínimo de 16.611 millones de euros en 2011, al que ha seguido un crecimiento débil con una recaudación en 2015 de 20.649 millones.

Según estadísticas de Eurostat, en la cresta del ciclo económico, años 2006 a 2008, los países más importantes de la Unión Europea recaudaron por el impuesto sobre sociedades más del 3 % del producto interior bruto, y España llegó al 4 %, en tanto que en los años más duros de la crisis el porcentaje osciló entre el 1,8 % de España y el 2,9 % del Reino Unido. Las estadísticas del periodo 2012-2014 muestran una recuperación ligera. La vinculación del impuesto sobre

sociedades al ciclo económico no permite intuir un incremento de recaudación sustancial en el corto y medio plazo.

Por otra parte, a raíz de la prevista salida del Reino Unido de la Unión Europea, las autoridades fiscales británicas parecen decididas a rebajar sustancialmente el tipo de gravamen, y una melodía similar llega de Washington. Es previsible que se reabra la carrera de descenso de los tipos de gravamen. Ahora bien, el tipo de gravamen es el principal motor de atracción de la inversión directa extranjera.

En este contexto, el mantenimiento de la recaudación por el impuesto sobre sociedades requiere la ampliación de la base imponible y la disminución del tipo de gravamen. He aquí una razón poderosa para suprimir, o morigerar, las medidas reductoras de la base imponible.