

EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES EN 2013 (I). ELENCO DE MODIFICACIONES. ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES

Eduardo Sanz Gadea

Licenciado en Derecho y Ciencias Económicas

EXTRACTO

La presente colaboración examina la tributación de las rentas obtenidas por entidades residentes en territorio español a través de establecimientos permanentes, tal y como resulta de las modificaciones introducidas por la Ley 16/2013. La novedad principal es el no cómputo de las rentas ordinarias negativas ejercicio a ejercicio, sino en el momento de la transmisión o cese del establecimiento permanente. También la minoración de las rentas negativas computables en alguno de esos momentos en el importe de las rentas positivas, las cuales continúan exentas.

La modificación puede inscribirse en lo que podría denominarse el espíritu del programa BEPS. Con todo, no se trata de una reforma sustancial, por cuanto no rechaza de manera radical el cómputo de las rentas negativas.

En fin, aun cuando las nuevas normas producen un efecto discriminatorio en el sentido del ordenamiento comunitario, se estima que hallan cobertura en las causas de justificación espigadas por el Tribunal de Justicia.

Palabras claves: Impuesto sobre Sociedades, establecimientos permanentes y beneficios económicos periódicos.

CORPORATE INCOME TAX 2013 (I). RANGE OF AMENDMENTS. PERMANENT ESTABLISHMENTS

Eduardo Sanz Gadea

ABSTRACT

The instant collaboration examines the taxation of revenues obtained by non-resident taxpayers by way of a permanent establishment, after the amendments introduced by Law 16/2013. The main change refers to losses which will not be included in the CIT taxable base as they are accrued but until the moment of either transmission or liquidation of the Permanent Establishment; moreover, the aforesaid losses will be credited against the profits, which will still be exempt.

These amendments bring cause in the spirit of BEPS program. However, this is not a substantial reform, as it does not imply the total denial of losses arising from permanent establishments.

After all, and even though the new provisions might have a discriminatory impact on EU law, they are deemed to be justified by the arguments put forward by the Court of Justice of the European Union.

Keywords: Corporate Income Tax, permanent establishments and periodic trading profits.

Sumario

Parte Introductoria. Elenco de modificaciones e innovaciones

1. Normativa modificadora del Impuesto sobre Sociedades
2. Relación de preceptos modificados o de nuevo cuño portadores de las medidas fiscales
3. Agrupación por materias de las medidas reformadoras
 - 3.1. Medidas restrictivas de la comunicación de pérdidas
 - 3.2. Medidas de incentivo fiscal
 - 3.3. Medidas restrictivas de la eliminación de la doble imposición
 - 3.4. Medidas restrictivas de la deducción de gastos contables y asimilados
 - 3.5. Medidas para sanear los balances de las entidades de crédito y asimiladas
 - 3.6. Medidas de adaptación al ordenamiento comunitario

Parte Primera. Tributación de las rentas obtenidas a través de establecimientos permanentes

1. Sistemas de tributación de las rentas obtenidas a través de establecimiento permanente
2. Los problemas que afligen a la tributación de las rentas obtenidas mediante establecimiento permanente
 - 2.1. La configuración del establecimiento permanente
 - 2.2. Determinación de la renta imputable al establecimiento permanente
 - 2.3. Establecimiento permanente versus sociedad filial
3. Las medidas adoptadas por la Ley 16/2013 en relación con los establecimientos permanentes
 - 3.1. Rentas negativas ordinarias
 - 3.2. Rentas negativas en las transmisiones internas
 - 3.3. Rentas negativas en las transmisiones a terceros
 - 3.4. Aplicación de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición
 - 3.5. Aplicación del Derecho de la Unión Europea
 - 3.6. Perspectiva de conjunto

NOTA: Silvia LÓPEZ RIBAS ha tenido la amabilidad de leer el texto, formulando atinadas sugerencias. Los posibles errores son de la exclusiva responsabilidad del autor.

«(...) El imperio de la ley impone restricciones importantes acerca de cómo se aprueba la ley y cómo se aplica (...) la ley debe ser general en el sentido de que se aplica a todos los ciudadanos y no selecciona a individuos o grupos concretos para hacerlos objeto de un tratamiento especial (...) Asimismo es esencial que los ciudadanos sepan a qué atenerse y, por tanto, la ley debe ser clara y accesible al público (...)»

HEYWOOD, A. *Introducción a la Teoría Política*, pág. 182.

PARTE INTRODUCTORIA. ELENCO DE MODIFICACIONES E INNOVACIONES

El año 2013 ha sido pródigo en modificaciones del Impuesto sobre Sociedades. En efecto, seis leyes han modificado preceptos del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS), otras normas relativas a dicho impuesto, o, en fin, han añadido nuevas normas. Al tiempo, el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (RIS) también ha sido modificado. En fin, la Ley de Presupuestos del Estado ha establecido las previsiones habituales concernientes a la corrección monetaria, al pago fraccionado y a beneficios fiscales relativos a acontecimientos excepcionales, así como fijado las prioridades en el contexto de la fiscalidad sobre entidades no lucrativas.

1. NORMATIVA MODIFICADORA DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

Estas leyes han sido:

- Ley 11/2013, de 26 de julio, *de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.*
- Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, *para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.*
- Ley 14/2013, de 27 de septiembre, *de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.*
- Ley 16/2013, de 29 de octubre, *por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras.*
- Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, *de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras.*
- Ley 22/2013, de 23 de diciembre, *de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014.*
- Ley 26/2013, de 27 de diciembre, *de cajas de ahorros y fundaciones bancarias.*
- Real Decreto 960/2013, de 5 de diciembre, *por el que se modifica el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.*

- Real Decreto 1042/2013, de 27 de diciembre, *por la que se modifica el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades*.

2. RELACIÓN DE PRECEPTOS MODIFICADOS O DE NUEVO CUÑO PORTADORES DE LAS MEDIDAS FISCALES

La siguiente relación da cuenta del elenco de las modificaciones¹:

- Nueva disposición transitoria cuadragésima segunda (disp. final quinta RDL 11/2013).
- Nueva disposición adicional decimonovena, relativa al régimen fiscal de las entidades de nueva creación (art. 7 Ley 11/2013). Este precepto ha sido modificado por la disposición final octava de la Ley 14/2013.
- Nueva redacción del artículo 37, relativo a la deducción por inversión de beneficios (art. 25 Ley 14/2013).
- Nueva redacción de los apartados 2 y 3 del artículo 44, relativo a las normas comunes a las deducciones previstas en el capítulo IV del título VI, del TRLIS (art. 26.Uno Ley 14/2013).
- Nueva redacción del artículo 23, relativo a la reducción de las rentas procedentes de determinados activos intangibles (art. 26.Dos Ley 14/2013). Nueva disposición transitoria cuadragésima, relativa al régimen transitorio de la reducción de ingresos procedentes de determinados activos intangibles (art. 26.Cuatro Ley 14/2013).
- Nueva redacción del artículo 41, relativo a la deducción por creación de empleo para trabajadores con discapacidad (art. 26.Tres Ley 14/2013).
- Derogación del apartado 3 de la disposición adicional décima, relativa a las reducciones de las deducciones en la cuota íntegra del Impuesto sobre Sociedades para incentivar la realización de determinadas actividades (disp. derog. Ley 14/2013).
- Nueva redacción del apartado 1 de la disposición transitoria trigésima (art. 1.Primer Ley 16/2013).
- Derogación del artículo 12.3 (art. 1.Segundo.Uno Ley 16/2013).
- Nueva letra j) del artículo 14.1 (art. 1.Segundo.Dos Ley 16/2013).
- Nueva letra k) del artículo 14.1 (art. 1.Segundo.Dos Ley 16/2013).
- Nueva letra l) del artículo 14.1 (art. 1.Segundo.Dos Ley 16/2013).
- Nuevo apartado 11 del artículo 19 (art. 1.Segundo.Tres Ley 16/2013).

¹ Cuando los preceptos afectados pertenecen al TRLIS no se indica dicha pertenencia.

- Nuevo apartado 12 del artículo 19 (art. 1.Segundo.Tres Ley 16/2013).
- Nueva redacción del apartado 4 del artículo 21 (art. 1.Segundo.Cuatro Ley 16/2013).
- Nuevo apartado 5 del artículo 21 (art. 1.Segundo.Cuatro Ley 16/2013).
- Nueva redacción del apartado 2 del artículo 22 (art. 1.Segundo.Cinco Ley 16/2013).
- Nueva redacción del apartado 4 e) del artículo 30 (art. 1.Segundo.Seis Ley 16/2013).
- Nuevos apartados 6 y 7 del artículo 30 (art. 1.Segundo.Seis Ley 16/2013).
- Nueva redacción del apartado 4 del artículo 31 (art. 1.Segundo.Siete Ley 16/2013).
- Nuevo apartado 5 del artículo 31 (art. 1.Segundo.Siete Ley 16/2013).
- Nueva redacción del apartado 5 del artículo 32 (art. 1.Segundo.Ocho Ley 16/2013).
- Nuevo apartado 6 del artículo 32 (art. 1.Segundo.Ocho Ley 16/2013).
- Nueva redacción de los apartados 2 y 3 del artículo 50 (art. 1.Segundo.Nueve Ley 16/2013).
- Nuevo apartado 4 del artículo 71 (art. 1.Segundo.Diez Ley 16/2013).
- Derogación del apartado 3 del artículo 73 (art. 1.Segundo.Once Ley 16/2013).
- Nueva redacción del apartado 4 del artículo 87 (art. 1. Segundo.Doce Ley 16/2013).
- Nueva redacción del apartado 3 del artículo 88 (art. 1. Segundo.Trece Ley 16/2013).
- Nueva redacción del apartado 3 del artículo 89 (art. 1.Segundo.Catorce Ley 16/2013).
- Nueva redacción del apartado 3 del artículo 90 (art. 1.Segundo.Quince Ley 16/2013).
- Nueva redacción del artículo 92 (art. 1.Segundo.Dieciséis Ley 16/2013).
- Nueva redacción del apartado 1 del artículo 95 (art. 1.Segundo.Diecisiete Ley 16/2013).
- Nueva disposición transitoria cuadragésima primera (art. 1.Segundo.Dieciocho Ley 16/2013).
- Nueva disposición adicional vigésima (art. 1. Tercero Ley 16/2013).
- Nueva redacción del párrafo tercero del apartado 4 del artículo 141 (art. 1.Cuarto Ley 16/2013).
- Nueva redacción del artículo 33 (art. 1.Quinto.Uno. Ley 16/2013).
- Nueva redacción del apartado 2 del artículo 38 (art. 1.Quinto.Dos. Ley 16/2013).
- Determinación de los porcentajes del pago a cuenta para 2014 (art. 2.Primer Ley 16/2013).
- Nueva redacción del apartado 2 de la disposición transitoria trigésima (art. 2.Segundo.Uno Ley 16/2013).

- Límites a la compensación de bases imponibles negativas en 2014 y 2015 (art. 2.Segundo.Dos Ley 16/2013).
- Nueva redacción del número tres del apartado primero del artículo 9 del Real Decreto-Ley 9/2011 (art. 2.Segundo.Tres Ley 16/2013).
- Nueva redacción de los números uno, dos y tres del apartado primero del artículo 1 del Real Decreto-Ley 12/2012 (art. 2.Segundo.Cuatro Ley 16/2013).
- Nueva redacción del apartado primero del artículo 26 del Real Decreto-Ley 12/2012 (art. 2.Segundo.Cinco Ley 16/2013).
- Normas sobre el pago fraccionado en 2014 y 2015 (art. 2.Tercero Ley 16/2013).
- Nueva disposición adicional vigésima primera en la Ley 9/2012 (disp. final segunda Ley 16/2013).
- Nueva redacción del apartado tres del artículo 63 de la Ley 17/2012 (disp. final tercera.Uno Ley 16/2013).
- Nueva redacción del apartado tres del artículo 64 de la Ley 17/2012 (disp. final tercera.Dos Ley 16/2013).
- Nuevo apartado 13 al artículo 19 (disp. final segunda.Primeros RDL 14/2013).
- Nueva disposición adicional vigésima primera (disp. final segunda.Primeros RDL 14/2013).
- Nueva disposición adicional vigésima segunda (disp. final segunda.Segundo RDL 14/2013).
- Nueva redacción del artículo 17.1 (art. 67 Ley 22/2013).
- Nueva redacción de las letras a) y c) del artículo 84.1 (art. 69 Ley 22/2013).
- Nueva redacción de la disposición adicional duodécima (art. 70 Ley 22/2013).
- Régimen fiscal de las fundaciones bancarias (art. 49 Ley 26/2013).
- Nueva redacción del artículo 24 (disp. final quinta.Uno Ley 26/2013).
- Nueva redacción del artículo 67.3 y nuevo apartado 6 (disp. final quinta.Dos Ley 26/2013).
- Nueva redacción de la disposición adicional octava (disp. final quinta.Tres Ley 26/2013).
- Nueva disposición transitoria cuadragésima segunda (disp. final quinta.Cuatro Ley 26/2013).

Además de dichas modificaciones legales, y como consecuencia de algunas de ellas, el Real Decreto 960/2013 ha introducido determinadas modificaciones en el RIS:

- Nuevo apartado 9, en el artículo 5 (art. Primero.PrimerUno).
- Nuevo capítulo IX del título I (art. Primero.PrimerDos).
- Nuevo capítulo III del título II (art. Primero.PrimerTres).
- Nuevo artículo 49 (art. Primero.PrimerCuatro).
- Nueva redacción de los números 1.º y 5.º del artículo 60.6 (art. Primero.Segundo.Uno).
- Nueva redacción del artículo 62.4 (art. Primero.Segundo.Dos).
- Nueva redacción del artículo 66.1 (art. Primero.Segundo.Tres).

Por último, el Real Decreto 1042/2013 ha introducido un párrafo último en el artículo 61.3 (disp. final segunda).

La relación es, sencillamente, impresionante. Máxime, cuando se está en vísperas de una reforma tributaria integral. Como es lógico, el valor sustancial de las distintas modificaciones o innovaciones es distinto, tanto en el plano cuantitativo como en el cualitativo. Algunas medidas tienen un cariz protector de la recaudación, pero otras van en sentido contrario, aunque ninguna de ellas carece de una justificación, se comparta o no.

3. AGRUPACIÓN POR MATERIAS DE LAS MEDIDAS REFORMADORAS

Las medidas reformadoras pueden agruparse, temáticamente, de la siguiente manera:

3.1. MEDIDAS RESTRICTIVAS DE LA COMUNICACIÓN DE PÉRDIDAS

- Restricciones a la integración de las pérdidas de los establecimientos permanentes.
- Restricciones al cómputo del deterioro de participaciones.

3.2. MEDIDAS DE INCENTIVO FISCAL

- Incentivos fiscales para promover la creación de nuevas empresas.
- Incentivos fiscales para promover la reinversión de beneficios.
- Monetización de la deducción por I+D+i.
- Reducción de la base imponible por rentas procedentes de intangibles.
- Deducción por creación de empleo.

- Bonificación por rentas obtenidas en Ceuta y Melilla.
- Incentivos fiscales a la cinematografía y audiovisual.

3.3. MEDIDAS RESTRICTIVAS DE LA ELIMINACIÓN DE LA DOBLE IMPOSICIÓN

- Restricciones en dividendos de fuente interna.
- Restricciones en dividendos de fuente extranjera.

3.4. MEDIDAS RESTRICTIVAS DE LA DEDUCCIÓN DE GASTOS CONTABLES Y ASIMILADOS

- Limitación de los gastos por amortizaciones de tangibles.
- Limitación de gastos por amortizaciones de intangibles.
- Limitación de los gastos por fondos de comercio.
- Limitación a la compensación de bases imponibles negativas.
- Limitación a la libertad de amortización.

3.5. MEDIDAS PARA SANEAR LOS BALANCES DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO Y ASIMILADAS

- Reversión de activos por impuesto diferido.
- Conversión de activos por impuesto diferido en crédito.
- Régimen fiscal de las fundaciones bancarias.
- Obra benéfico-social de las cajas de ahorros y fundaciones bancarias.
- Grupos fiscales financieros.
- Operaciones de reestructuración y resolución de las entidades de crédito.

3.6. MEDIDAS DE ADAPTACIÓN AL ORDENAMIENTO COMUNITARIO

- Tributación de salida por traslado de residencia o transferencia de activos.
- Tributación de salida en el ámbito de las operaciones de fusión y asimiladas.

PARTE PRIMERA. TRIBUTACIÓN DE LAS RENTAS OBTENIDAS A TRAVÉS DE ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES

1. SISTEMAS DE TRIBUTACIÓN DE LAS RENTAS OBTENIDAS A TRAVÉS DE ESTABLECIMIENTO PERMANENTE

Aun cuando las normas establecidas por la Ley 16/2013 únicamente afectan a la tributación, en sede de la casa central, de las rentas de carácter negativo, su mejor comprensión aconseja recordar algunos aspectos básicos de la tributación de las rentas imputables a los establecimientos permanentes.

Como es sabido, existen dos sistemas de tributación de las rentas derivadas de las operaciones realizadas a través de establecimiento permanente, a saber, el de imputación y el de exención.

En el método de imputación las rentas, positivas o negativas, se integran en la base imponible de la casa central, y el impuesto extranjero se deduce de la cuota con el límite de la parte de la misma que corresponde a la renta del establecimiento permanente (art. 31 TRLIS).

En el método de exención las rentas positivas están exentas, y las rentas negativas se integran en la base imponible de la casa central, pero las rentas positivas posteriores a las negativas se integran en la base imponible hasta el importe de estas últimas (art. 22 TRLIS).

El sistema de imputación estuvo vigente en España hasta la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/1996, que introdujo el sistema de exención, aunque sin desplazar al sistema de imputación, de manera tal que, desde aquella reforma normativa, los dos han venido conviviendo, correspondiendo al sujeto pasivo el derecho de opción (art. 22.4 TRLIS).

El método de exención es más ventajoso para el obligado tributario cuando el impuesto pagado en el extranjero por razón de las rentas imputables al establecimiento permanente es inferior al que, por esas rentas, corresponde por el Impuesto sobre Sociedades. Por esta razón el sistema de exención ha devenido en el comúnmente aplicable, de forma tal que el sistema de imputación ha quedado relegado a aquellos casos, ciertamente marginales, en los que no se cumplen los requisitos que abren la puerta a la aplicación del sistema de exención.

2. LOS PROBLEMAS QUE AFLIGEN A LA TRIBUTACIÓN DE LAS RENTAS OBTENIDAS MEDIANTE ESTABLECIMIENTO PERMANENTE

Tanto en el sistema de imputación como en el de exención ha de acotarse, dentro de la renta de la casa central, la parte imputable a las operaciones realizadas a través del establecimiento permanente. En el sistema de imputación, para determinar la parte de cuota que deriva de esa renta, y en el de exención, para excluirla de la base imponible. Ese acotamiento, técnicamente factible, se produce en un escenario de potencial fricción entre las administraciones tributarias y los contribuyentes.

La intensidad de esa fricción aumenta en el sistema de exención a medida que el tipo de gravamen del país donde está ubicado el establecimiento permanente disminuye por comparación con el tipo de gravamen del país donde está situada la casa central. Por el contrario ese alejamiento aligera la tensión en el sistema de imputación. La intensidad de la fricción cambia su sentido cuando la relación entre los tipos de gravamen también lo hace. Por eso, a grandes líneas, los países con tipos de gravamen relativamente elevados debieran preferir, desde la perspectiva de prevenir las tensiones en la aplicación de las normas fiscales, el sistema de imputación. Sin embargo, razones de competitividad han empujado hacia el método de exención².

2.1. LA CONFIGURACIÓN DEL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE

Tanto el sistema de imputación como el de exención se proyectan en relación con la realización de operaciones mediante establecimiento permanente, sin duda porque se construyen en un contexto en el que se supone que el país de acogida de la inversión solamente gravará las rentas derivadas de la realización de operaciones mediante establecimiento permanente, pero no cuando tales rentas procedan de operaciones que no determinan la existencia de un establecimiento permanente.

El primer paso que debe darse en orden a la aplicación de los referidos métodos es apreciar la existencia del establecimiento permanente. El apartado 3 del artículo 22 del TRLIS establece tres vías al efecto, a saber, una definición autónoma, una remisión al artículo 13.1 a) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (TRLIRNR), y otra remisión al convenio bilateral que resulte aplicable, la cual tiene carácter preferente.

En este punto interesa señalar que la apreciación de los hechos determinantes de esa existencia, a los efectos de aplicar las normas sobre eliminación de la doble imposición, corresponde a la jurisdicción fiscal donde reside la entidad titular del establecimiento permanente. Cabría, por tanto, que el país de la fuente no apreciara la existencia de establecimiento permanente y sí lo hiciera la autoridad fiscal donde reside la casa central.

No se pretende ahondar en la conceptualización del establecimiento permanente, pero siendo su presencia presupuesto para aplicar alguno de los dos métodos para eliminar la doble imposición previstos en el TRLIS, sí parece oportuno recordar que la identificación del mismo ha venido padeciendo dosis crecientes de incertidumbre a medida que el comercio electrónico se ha ido extendiendo, y también al compás de la aparición de nuevas formas de presentación jurídico-formal de los mismos hechos sustantivos. Así ha acontecido, entre otros supuestos, en el tránsito de las sociedades filiales desde una operatoria fabril y comercial autónoma a otra regida por contratos de maquila en los que operan a porcentaje sobre el coste de producción, lo que ha determinado que algunas administraciones tributarias hayan esgrimido la existencia de un establecimiento permanente singular construido

² El sistema de exención está en vigor, entre otros Estados miembros, en Francia, Alemania y Reino Unido. European Tax Handbook (2013).

sobre la base de la filial que opera de la forma reseñada, intentando, de esta manera, rescatar el margen comercial trasladado a la casa central. Los casos *Dell* y *Roche*, entre otros, así lo atestiguan³.

2.2. DETERMINACIÓN DE LA RENTA IMPUTABLE AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE

El segundo paso es determinar la renta imputable a las operaciones realizadas a través del establecimiento permanente.

Tres tareas, no siempre fáciles, han de ejecutarse, a saber, la adscripción de las operaciones al establecimiento permanente, la identificación de los ingresos y gastos (directos e indirectos) imputables a esas operaciones y la valoración de las operaciones formalmente realizadas entre el establecimiento permanente y la casa central. En suma, se trata de acotar una porción de las operaciones realizadas por la casa central e imputarlas al establecimiento permanente. No se trata, por tanto, de establecer unas reglas específicas definitorias de los ingresos y gastos inherentes al establecimiento permanente, sino de espigar el conjunto de los mismos imputable al mismo.

Ni el precepto regulador del método de exención (art. 22 TRLIS) ni el regulador del método de imputación (art. 31 TRLIS) contienen reglas sobre el particular. Tampoco los convenios bilaterales para evitar la doble imposición. Las únicas reglas con las que se cuenta son los criterios establecidos en el *Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes* de la OCDE. Esos criterios han influido de manera determinante en la versión actual del artículo 7 del Modelo de Convenio de la OCDE y, por tanto, dicho precepto, y los de contenido similar de los convenios bilaterales, deben interpretarse a la luz de las pautas contenidas en dicho informe⁴, por más que dichos criterios, en sí mismos, no son normas que puedan configurar el contenido de la obligación tributaria.

La metodología que propone el referido informe comprende dos fases. La primera consiste en atribuir funciones, riesgos y activos al establecimiento permanente⁵, y la segunda en el análisis comparativo proyectado sobre las operaciones internas entre el establecimiento permanente y la casa central⁶.

Para aplicar esa metodología se requiere una información precisa y específica. Ciertamente, el establecimiento permanente, como regla general, habrá de llevar la contabilidad en cumplimiento de las normas mercantiles y/o fiscales del país donde está ubicado, de manera tal que esa contabilidad será una eficaz ayuda en la tarea de acotar la renta obtenida a través de aquel.

³ CARMONA FERNÁNDEZ, N.: *La noción de establecimiento permanente en los tribunales: las estructuras operativas mediante filiales comisionistas* (CT 145/2012). MARTÍN SANTANA, L.: *El concepto de establecimiento permanente al hilo de la resolución del Tribunal Económico-administrativo Central de 15 de marzo de 2012* (QF 18/2013).

⁴ Párrafo 9 de los Comentarios al artículo 7.

⁵ Subparte D-2 de la Parte I del Informe.

⁶ Subparte D-3 de la Parte I del Informe.

Ahora bien, no debe olvidarse que, tanto para aplicar el método de exención como el de imputación, la renta que ha de tomarse en consideración es la que, estando reflejada en las cuentas de la casa central, es imputable a las operaciones realizadas a través del establecimiento permanente.

Un aspecto especialmente delicado, y plenamente ilustrativo de las dificultades a superar, es el de la atribución de un capital libre al establecimiento permanente. El informe aludido indica que *la hipótesis de entidad distinta e independiente requiere que un importe adecuado del capital libre de la empresa se atribuya al EP con fines tributarios⁷... para sostener el desarrollo de sus funciones, los activos que utiliza y los riesgos que asume⁸*. Así pues, activos, riesgos y funciones asumidos por el establecimiento permanente, puestos en relación con los de la empresa en su conjunto, son la clave de la atribución del capital libre y, por ende, y por diferencia, se determina el endeudamiento del establecimiento permanente y, correlativamente, la carga financiera admisible para determinar los beneficios imputables al mismo⁹, sin perjuicio de las reglas generales aplicables en relación con los gastos financieros.

Trazar, a partir de los criterios de la OCDE o de las normas legales que eventualmente regularan la materia, y sobre la base de la información disponible, que no es otra que la proporcionada por las cuentas de la casa central, el círculo que acota la operativa del establecimiento permanente y, por ende, la renta imputable al mismo, puede ser una tarea asequible en la placidez de un laboratorio, pero tal vez no tanto en el contexto de los intereses contrapuestos de contribuyentes y jurisdicciones fiscales.

Como se comentará más adelante, la restricción al cómputo de las rentas negativas imputables al establecimiento implica, inexorablemente, tensar la cuerda de la contraposición de intereses.

2.3. ESTABLECIMIENTO PERMANENTE VERSUS SOCIEDAD FILIAL

Bien se comprende que, desde un punto de vista sustancial, establecimiento permanente y sociedad filial son dos realidades muy próximas, pero no desde el punto de vista jurídico debido, principalmente, al reconocimiento de personalidad jurídica a las sociedades filiales y a su negación a los establecimientos permanentes.

Los sistemas fiscales de la práctica totalidad de los países, siguiendo el consenso internacional cristalizado en los criterios de la OCDE, tratan de manera distinta ambas realidades, básicamente porque difieren la tributación de las rentas obtenidas por las sociedades filiales hasta el momento de su repatriación vía distribución de beneficios, transmisión de la participación o percepción de cuotas de liquidación. Se trata del denominado «*deferral*» de la literatura anglosajona,

⁷ Párrafo 99 del Informe.

⁸ Párrafo 107 del Informe.

⁹ Párrafo 150 del Informe.

cuya supresión o mantenimiento, reforzamiento o relajación, viene ocupando grandes espacios en la literatura propia de la fiscalidad internacional, básicamente norteamericana¹⁰.

Ahora bien, ese debate carece de sentido cuando se aplica el método de exención respecto de los establecimientos permanentes, y los dividendos y plusvalías derivadas de la transmisión de participaciones no se integran en la base imponible.

En efecto, una fiscalidad así construida procura un tratamiento semejante a las rentas obtenidas a través de sociedades filiales y de establecimientos permanentes. Por esta razón, los informes concernientes a reformas tributarias que en los últimos tiempos se han producido en relación con países europeos no han dedicado esfuerzos apreciables a esta materia¹¹.

Sin embargo, este tipo de construcción fiscal es más conflictiva que la alternativa, esto es, método de imputación para establecimientos permanentes y consolidación para sociedades filiales. La razón estriba en que, bajo tal esquema fiscal, la sociedad dominante no tiene interés alguno en desplazar artificialmente la renta hacia (o desde) el establecimiento permanente o hacia (o desde) la sociedad filial, para aprovechar los tipos de gravamen más benignos.

Nótese que la calidad del resultado práctico derivado de la aplicación de las normas fiscales proviene, en medida difícil de cuantificar pero no de intuir, de que las mismas se diseñen de manera tal que eviten, en lo posible, los conflictos de intereses entre las empresas y las administraciones tributarias, y de estas entre sí.

Así, en el ámbito de los establecimientos permanentes, el método de exención alimenta el conflicto de intereses consistente en desplazar la renta hacia el tipo de gravamen más reducido, lo que no sucede en igual medida con el método de imputación o, en relación con las sociedades filiales, con la técnica de la consolidación fiscal. Es más, ambos enfoques llevarían a una igualación de los tipos de gravamen en el conjunto de los países por cuanto aquellos que actualmente juegan a la disminución del tipo de gravamen, sea de manera directa o mediante técnicas subrogadas (*patent box*, entre otros), verían que su política no les rendiría otro fruto que la pérdida de recaudación a favor del país de la casa central o de la sociedad dominante.

3. LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR LA LEY 16/2013 EN RELACIÓN CON LOS ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES

De ninguno de los problemas sustanciales que afligen a la tributación de los establecimientos permanentes se ha ocupado la Ley 16/2013. Es natural que así sea, ya que la oportunidad política se presentará en el contexto de la reforma ya anunciada por la autoridad fiscal.

¹⁰ *The President's Framework for Business Tax Reform. A joint Report by The White House and the Department of the Treasury* (2012).

¹¹ Informe Mirrlees.

El objetivo fundamental de la Ley 16/2013 ha sido restringir, que no impedir, la integración de las pérdidas derivadas de las operaciones realizadas mediante establecimiento permanente en la base imponible de la casa central. A tal efecto, han sido adoptadas las siguientes medidas:

- Incorporación de una nueva letra, k), al artículo 14.1 del TRLIS, a cuyo tenor no tienen la consideración de gasto fiscalmente deducible *las rentas negativas obtenidas en el extranjero a través de un establecimiento permanente, excepto en el caso de transmisión del mismo o cese de su actividad.*
- Incorporación de un nuevo apartado, 12, al artículo 19 del TRLIS, en cuya virtud las rentas negativas generadas en la transmisión de un establecimiento permanente a favor de una sociedad del mismo grupo en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio *se imputarán en el periodo impositivo en que el establecimiento permanente sea transmitido a terceros ajenos al grupo de sociedades, o bien cuando la entidad transmitente o la adquirente dejen de formar parte del mismo.*
- Nueva redacción del apartado 2 del artículo 22 del TRLIS para, de una parte, eliminar toda referencia a la imputación de rentas negativas a la casa central, y de otra, aminorar las rentas negativas sufridas en la transmisión del establecimiento permanente en *el importe de las rentas positivas netas obtenidas con anterioridad, procedentes del mismo.*
- Nueva redacción del apartado 4 del artículo 31 del TRLIS, para excluir de la integración en la base imponible a las rentas positivas obtenidas a través del establecimiento permanente cuando en periodos impositivos anteriores hubieren existido *rentas negativas que no se hayan integrado en la base imponible de la entidad.*
- Incorporación de un nuevo apartado, 5, al artículo 31 del TRLIS para aminorar las rentas negativas sufridas en la transmisión del establecimiento permanente en *el importe de las rentas positivas netas obtenidas con anterioridad, procedentes del mismo.*

El régimen de los beneficios o rentas positivas no se ha modificado. Todas las normas reformadoras versan sobre las pérdidas o rentas negativas.

Las nuevas normas se refieren a tres tipos de pérdidas o rentas negativas, a saber, las de carácter ordinario, las que se ponen de manifiesto en la transmisión intragrupo del establecimiento permanente, y las que se producen con ocasión de la transmisión a terceros.

La regulación de las rentas negativas está armónicamente encadenada, y puede resumirse en dos criterios:

- La orientación básica de estas normas es diferir el cómputo de las pérdidas al periodo impositivo en el que el establecimiento permanente se transmita o cese en su actividad.
- El importe de las rentas negativas que soportará la casa central será igual a las rentas negativas totales aminoradas en el importe de las rentas positivas totales.

3.1. RENTAS NEGATIVAS ORDINARIAS

Son rentas negativas ordinarias las que derivan de los flujos de ingresos y gastos del ejercicio inherentes a las operaciones realizadas mediante establecimiento permanente.

El no cómputo de las rentas negativas ordinarias deriva de lo previsto en el artículo 14.1 k) del TRLIS. El engarce del mismo con las normas que rigen la determinación de la base imponible no suscitará dudas a quienes se hallen familiarizados con el Impuesto sobre Sociedades, pero seguramente sí a quienes no hayan alcanzado ese escalón, pues el artículo 14.1 del TRLIS está dedicado a describir los gastos contables que no tienen la consideración de fiscalmente deducibles, y una renta negativa no es un gasto, sino el saldo adverso de ingresos y gastos.

El artículo 14.1 k) del TRLIS afecta a las rentas negativas obtenidas a través de establecimiento permanente, cualquiera que fuere el método que, para eliminar la doble imposición, exención (art. 22 TRLIS) o imputación (art. 31 TRLIS), hubiere de aplicarse.

3.1.1. Cálculo de las rentas negativas ordinarias

El artículo 14.1 k) del TRLIS, así como las restantes normas que han sido introducidas para restringir el cómputo de las rentas negativas ordinarias, no se han ocupado de regular la forma en cómo deben calcularse las mismas.

Ahora bien, si las normas relativas al cálculo de la renta, positiva o negativa, ya eran necesarias con arreglo a la legislación precedente, ahora lo son todavía más. En efecto, la renta negativa ordinaria imputable al establecimiento permanente no será computable, o no lo será de manera inmediata, pero sí lo será la imputable a la casa central. Véase, por tanto, que el obligado tributario está interesado en arrimar la renta negativa al ascua de la casa central. Y esto sucede tanto en el método de exención como en el de imputación, ya que en ambos, a partir de la Ley 16/2013, las rentas negativas ordinarias imputables al establecimiento permanente sufren las restricciones para su cómputo.

En este sentido, hubiera sido pertinente establecer las normas básicas en orden a acotar aquel sector de la base imponible de la casa central que procede de las operaciones realizadas mediante el establecimiento permanente. En su ausencia, habrá de recurrirse a criterios interpretativos razonables, señaladamente los que proporciona la OCDE, anteriormente esbozados.

Se está, por tanto, ante un ejemplo de estructura normativa que lleva la simiente de una aplicación conflictiva.

3.1.2. Impacto de la restricción en el cómputo de rentas negativas ordinarias en los métodos de eliminación de la doble imposición

En lo que concierne al método de exención (art. 22 TRLIS) el impacto es limitado. En efecto, el no cómputo de la renta negativa ordinaria en nada afecta a las rentas positivas de ejercicios

posteriores, que continuarán exentas. El impacto se producirá en el momento de la extinción o cese del establecimiento permanente, en la forma que más adelante se expone.

En lo que concierne al método de imputación (art. 31 TRLIS) el impacto es apreciable. En efecto, como se ha indicado, el nuevo apartado 4 del artículo 31 del TRLIS establece la no integración en la base imponible de las rentas positivas de ejercicios posteriores, hasta el importe de las rentas negativas no computadas.

Véase, por tanto, cómo en el método de imputación se introduce un elemento propio del método de exención.

¿Se deduce el impuesto satisfecho en el extranjero? La respuesta ha de ser negativa, por cuanto la renta sobre la que ha recaído ese impuesto no ha generado cuota íntegra en el Impuesto sobre Sociedades [art. 31.1 b) TRLIS].

¿Hay, por ello, doble imposición? Doble imposición no puede haber, por cuanto España no ha computado renta alguna, esto es, ni la renta negativa ni la renta positiva. Las normas españolas no pueden ser causantes de un supuesto de doble imposición. Sí habrá un exceso de imposición provocado por el país de la fuente, ya que la existencia de un impuesto sobre la renta positiva indica que las rentas negativas precedentes no fueron compensadas.

La reflexión precedente pone de relieve no solamente que las nuevas normas han incidido sobre el método de imputación, sino también que las normas anteriores sufrían un vacío, a saber, el tratamiento que, a efectos de calcular el límite de deducción del impuesto extranjero, había de darse a las rentas negativas integradas en la base imponible en ejercicios precedentes. En efecto, la técnica tributaria reclamaba que esas pérdidas minoraran la base de cálculo en orden a determinar la parte de cuota íntegra imputable a las rentas obtenidas a través del establecimiento permanente, pero el artículo 31.1 del TRLIS, consagrado a la regulación del límite, nada establecía al efecto. Ahora esta laguna ha sido colmada, pues las rentas negativas se aplican a aminorar las rentas positivas y, con ello, se obtura la deducción de los impuestos eventualmente pagados en el extranjero, en la medida en que no se integran en la base imponible rentas extranjeras procedentes de las operaciones realizadas a través del establecimiento permanente.

Ciertamente, frente a la interpretación propuesta, podría sostenerse que la renta positiva se integra en la base imponible y que también lo hace la renta negativa precedente, de manera tal que sí hay cuota íntegra procedente del extranjero, y, consecuentemente, que procede la deducción del impuesto extranjero. No se comparte este criterio, por cuanto el método de imputación obliga al país de la residencia de la casa central a eliminar la doble imposición, pero solo, naturalmente, cuando grave alguna renta procedente del extranjero, lo que no acontece en la medida en que el importe de la renta positiva queda neutralizado por el de la renta negativa.

Con todo, no deben magnificarse los efectos prácticos de los supuestos vacíos normativos o de las distintas posturas interpretativas apuntados, pues lo normal será que el país donde se

halle ubicado el establecimiento permanente no gire impuesto sobre la renta positiva al permitir su compensación con la renta negativa precedente. Bajo esta premisa nada había que objetar a las normas sobre el método de imputación anteriores a la Ley 16/2013, en el bien entendido que la renta positiva a integrar en la base imponible debía ser la derivada de las operaciones realizadas por el establecimiento permanente, sin tomar en consideración, por tanto, la compensación de pérdidas prevista por el país del establecimiento permanente, y sin perjuicio, claro está, de que la renta negativa integrada en la base imponible en un periodo impositivo precedente pudiera surtir efectos en cuanto compensación de bases imponibles negativas del artículo 25 del TRLIS.

3.1.3. Reintegro de las rentas negativas

En la antigua regulación del método de exención (art. 22 TRLIS), las rentas negativas ordinarias se integraban en la base imponible, pero las posteriores rentas positivas no disfrutaban de exención, hasta el importe de aquellas. Este sistema es conocido como integración de pérdidas con reintegro. En la antigua regulación del método de imputación (art. 31 TRLIS) las pérdidas ordinarias se integraban en la base imponible, y las posteriores rentas positivas también, y otorgaban el derecho a la deducción para evitar la doble imposición, que sería puramente nominal cuando el país del establecimiento permanente hubiere accedido a la compensación de pérdidas.

Tratándose del método de exención, en la regulación vigente, las rentas negativas no se computan, y las posteriores rentas positivas están exentas. No hay, por tanto, reintegro de pérdidas, puesto que las mismas no computaron en los ejercicios precedentes. Ahora bien, el exceso de imposición que supone el no cómputo de la pérdida queda neutralizado por la exención de las rentas positivas posteriores.

Tal vez podrá haber un exceso de imposición en la medida en que el país del establecimiento permanente no permita la compensación de pérdidas, pero España no incurre en doble imposición.

Ahora bien, podría suceder que tras la obtención de las rentas negativas no se presentasen rentas positivas, o que lo hicieren en menor medida que dichas rentas negativas, y que, finalmente, el establecimiento permanente cesare en su actividad o fuere transmitido a un tercero. En este caso las rentas negativas acumuladas deberán integrarse en la base imponible del ejercicio en el que se produzca alguna de esas dos circunstancias. Este es el sentido que ha de darse al último inciso del artículo 14.1 k) del TRLIS, a cuyo tenor el mandato general de no integración de rentas negativas en la base imponible queda exceptuado en el caso de transmisión o cese de actividad.

Ahora bien, ese mandato hay que ponerlo en relación con lo previsto en el artículo 22.2 del TRLIS, a cuyo tenor las rentas negativas puestas de manifiesto con ocasión de la transmisión del establecimiento permanente se integran en la base imponible de la casa central minoradas en el importe de las rentas positivas netas, de manera tal que las rentas negativas ordinarias que con ocasión del cese o transmisión del establecimiento permanente se integrarán en la base imponible de la casa central deberán ser disminuidas en las rentas positivas netas, en la forma que más adelante se expone.

Ciertamente, la literalidad del último inciso del artículo 14.1 k) del TRLIS apunta exclusivamente a la renta negativa imputable a la transmisión o cese de actividad del establecimiento permanente. En efecto, la norma exceptúa de la no integración en la base imponible a las rentas negativas en el caso de transmisión o cese del establecimiento permanente, de manera tal que parece establecer una relación de causalidad entre las rentas negativas y esos actos de transmisión o cese.

Apoyaría esta interpretación una visión radical del método de exención, en el sentido de que el país de la casa central, en este caso España, se desentiende totalmente de las rentas, positivas o negativas, obtenidas mediante establecimiento permanente. Visión que, por otra parte, ganaría presencia si se inserta el método de exención en el contexto de un designio de política fiscal consistente en rechazar toda posibilidad de doble cómputo de pérdidas. En efecto, en el caso de transmisión del establecimiento permanente podría acontecer que el país donde se ubica el mismo reconociera esa misma pérdida, sea a compensar en sede del propio establecimiento permanente o de la entidad adquirente.

Con todo, la interpretación ofrecida en primer lugar parece ser la más idónea, por cuanto casa bien con el conjunto de las reformas que, en materia de comunicación de pérdidas entre sociedades, ha establecido la Ley 16/2013, consistentes en el diferimiento de tal comunicación, pero no en su exclusión¹².

Tratándose del método de imputación, en la regulación vigente las rentas negativas no se computan, y las posteriores rentas positivas tampoco, hasta el límite de las rentas negativas, sin que proceda la deducción del impuesto extranjero. Al igual que acontecía en el método de exención, no hay reintegro de pérdidas, puesto que las mismas no computaron en ejercicios anteriores. Ahora bien, el exceso de imposición que supone el no cómputo de la pérdida queda neutralizado por la exención de las rentas positivas posteriores, hasta el límite de las pérdidas no computadas.

Cuando tras las rentas negativas no concurren rentas positivas de, al menos, el mismo importe, se plantea el problema, ya examinado anteriormente, del cómputo de las rentas negativas en el momento de la transmisión o cese del establecimiento permanente. Se propone la misma solución, esto es, la integración en la base imponible de las rentas negativas ordinarias minoradas en el importe de las rentas positivas netas, en la forma que más adelante se expone.

3.2. RENTAS NEGATIVAS EN LAS TRANSMISIONES INTERNAS

El artículo 19.12 del TRLIS establece la no integración en la base imponible de las rentas negativas derivadas de la transmisión interna de un establecimiento permanente, esto es, de transmisiones en las que las entidades transmitente y adquirente pertenecen al mismo grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, cualquiera que sea el país donde tenga su residencia la entidad adquirente, en el bien entendido que la entidad transmitente, por razón del supuesto de hecho contemplado, ha de tenerla en territorio español.

¹² LÓPEZ-SANTACRUZ, J. A.: *Memento Experto. Reforma del Impuesto sobre Sociedades 2013*, pág. 28.

Esta norma afecta a todos los establecimientos permanentes, esto es, tanto a aquellos cuyas rentas son objeto del método de exención como a aquellos otros cuyas rentas son objeto del método de imputación. En efecto, se trata de una norma de carácter general construida sobre una circunstancia que puede presentarse en relación con todo tipo de establecimientos permanentes.

3.2.1. Cálculo de las rentas negativas habidas en la transmisión

El título jurídico de la transmisión es irrelevante. Lo relevante es la pertenencia al grupo mercantil de la entidad adquirente. Así, la compraventa, la permuta, o la aportación, entre otros.

Las pérdidas derivadas de la transmisión de un establecimiento permanente surgen de la confrontación entre la contraprestación recibida y el valor neto contable de los activos y pasivos afectos al mismo, corregido, en su caso, por ajustes de valor practicados a efectos fiscales. Si la contraprestación recibida parece fácil de identificar, no puede decirse lo mismo de los activos y pasivos transmitidos. Nótese que esos activos y pasivos están embebidos en las cuentas de la casa central y que pueden ser de muy diversa naturaleza. Así, unas existencias, una cuenta de clientes, y un pasivo por proveedores, puede ser el conjunto patrimonial transmitido. La renta negativa se origina porque la contraprestación es inferior, como se ha indicado, al valor neto contable de los activos y pasivos transmitidos. En el ejemplo propuesto, la renta negativa traerá causa del deterioro de las existencias o de los créditos sobre clientes o de ambos.

3.2.2. Reintegro de las rentas negativas

Las rentas negativas no computadas se imputan al periodo impositivo en el que *el establecimiento permanente sea transmitido a terceros ajenos al referido grupo, o bien cuando la entidad transmitente o la adquirente dejen de formar parte del mismo.*

Se trata, bien se ve, de un criterio propio de la consolidación contable y fiscal. Ahora bien, la aplicación de este criterio al caso de los establecimientos permanentes es bastante forzado. En efecto, lo que se transmitirá a terceros no será el establecimiento permanente sino los activos adquiridos afectos al establecimiento permanente. Así, se transmitirán existencias, se cobrarán créditos, se pagarán pasivos, se amortizarán activos tangibles o intangibles, o se transmitirán a terceros, pero el establecimiento permanente no se transmite, sencillamente porque no es una cosa que esté en el tráfico jurídico sino una noción fiscal que concede un título competencial a una jurisdicción fiscal para gravar ciertos beneficios. Supongamos que la renta negativa habida en la transmisión es imputable a un deterioro de las existencias, las cuales se venden a los clientes, reponiéndose el inventario con los ingresos obtenidos, de manera tal que el establecimiento permanente continúa sus operaciones. Si se siguiera el criterio de incorporación de las eliminaciones propio de la consolidación, contable y fiscal, la renta negativa no computada habría de serlo a medida en que las existencias son transmitidas. ¿Implica esa transmisión de existencias la del establecimiento permanente?

La pregunta no tiene una respuesta lógica porque, en sí misma, no es lógica, habida cuenta de lo que significa el concepto de establecimiento permanente, pero si se formula de otra manera, esto es, preguntando si esa transmisión de existencias implica la realización de la renta negativa no computada frente a terceros, la respuesta ha de ser afirmativa. En consecuencia, lo correcto es entender que la renta negativa debe integrarse en la base imponible a medida en que los activos afectos al establecimiento permanente son transmitidos a terceros.

En fin, aun cuando la norma no lo prevea expresamente, parece correcto entender que las rentas negativas también deberán ser computadas en caso de cese de actividad del establecimiento permanente.

3.3. RENTAS NEGATIVAS EN LAS TRANSMISIONES A TERCEROS

Dos normas absolutamente idénticas, una referida al método de exención (art. 22.2 TRLIS) y otra al método de imputación (art. 31.5 TRLIS), establecen el régimen de las rentas negativas derivadas de la transmisión de un establecimiento permanente, ordenando que *su importe se minorará en el importe de las rentas positivas netas obtenidas con anterioridad, procedentes del mismo*.

3.3.1. Cálculo de las rentas negativas habidas en la transmisión

La renta negativa habida en la transmisión de un establecimiento permanente es la diferencia entre el valor de la contraprestación recibida y el valor neto contable, eventualmente corregido en los ajustes fiscales practicados, de los activos y pasivos, afectos al establecimiento permanente, transmitidos. Ya se comentó anteriormente la dificultad práctica en la determinación de ese importe.

También se comentó anteriormente que las rentas negativas no computadas en los ejercicios en que se produjeron deberían serlo en el momento de la transmisión o cese del establecimiento permanente.

3.3.2. Integración de la renta negativa en la base imponible

Consecuentemente, la renta negativa a integrar en la base imponible de la casa central, tanto en el método de exención como en el de imputación, se compone de dos partidas, a saber, la renta negativa imputable a la transmisión, y la acumulación de las negativas ordinarias habidas durante los ejercicios de existencia del establecimiento permanente.

Pues bien, la renta negativa así construida deberá minorarse en el importe de las rentas positivas obtenidas a través del establecimiento permanente. Estas rentas, en el método de exención, no se han integrado en la base imponible, y en el de imputación sí lo habrán hecho, pero habrán dado derecho a la deducción para evitar la doble imposición, excepto si hubieren sido precedidas de rentas negativas, en cuyo caso, a efectos prácticos, tampoco se habrían integrado en la base imponible.

El calificativo *netas* y el adverbio *anterioridad* pueden llamar a confusión, pero esta enseña se disipa si se considera que el objetivo de la norma es evitar que se integre en la base imponible de la casa central, en el conjunto de los ejercicios en los que ha obtenido rentas a través del establecimiento permanente, una renta negativa superior al saldo de rentas positivas y rentas negativas. Ese, y no otro, es el objetivo de las dos normas que se comentan. Y a ese objetivo puede llegarse mediante una sencilla cuenta redonda de rentas negativas y positivas, o mediante una cuenta sofisticada compuesta de la renta negativa imputable a la transmisión y el saldo de las rentas negativas y positivas ordinarias anteriores. El legislador ha preferido expresarse en términos sofisticados, pero la cuenta redonda es mucho más reveladora de su voluntad.

Esta interpretación casa bien con la anteriormente ofrecida en relación con el cómputo de las rentas negativas ordinarias previas al momento del cese de actividad o la transmisión del establecimiento permanente. En efecto, consideradas conjuntamente ambas normas, esto es, el artículo 14.1 k) y el artículo 22.2 del TRLIS, en relación con el método de exención, y el artículo 14.1 k) y el artículo 31.4 del TRLIS, en relación con el método de imputación, es fácil percibir la armonía de sus mandatos, que pueden resumirse en la forma que seguidamente se expone.

Por lo que se refiere al método de exención:

- Las rentas positivas ordinarias y las imputables a la transmisión no se integran en la base imponible.
- Las rentas negativas ordinarias y las imputables a la transmisión se integran en la base imponible del ejercicio de la transmisión o cese de actividad del establecimiento permanente, pero minoradas en el importe de las rentas positivas.

Por lo que se refiere al método de imputación:

- Las rentas positivas ordinarias y las imputables a la transmisión se integran en la base imponible y dan derecho a deducción. No obstante, las rentas positivas posteriores a las rentas negativas no se integran en la base imponible, pero no dan derecho a deducción.
- Las rentas negativas ordinarias y las imputables a la transmisión se integran en la base imponible del ejercicio de la transmisión o cese de actividad del establecimiento permanente, pero minoradas en el importe de las rentas positivas.

Por tanto, la renta negativa que, con ocasión de la transmisión del establecimiento permanente, se integrará en la base imponible de la casa central será la suma de las rentas negativas ordinarias y la renta negativa imputable a la transmisión minorada en el importe de las rentas positivas. Naturalmente, si no hubiera habido rentas negativas en la transmisión no por ello dejarán de integrarse las rentas negativas ordinarias, igualmente minoradas en el importe de las rentas positivas, entre las cuales, obviamente, podrán encontrarse las rentas positivas con ocasión de la transmisión.

De esta manera, puede concluirse que tanto en el método de exención como en el de imputación las rentas negativas que se integrarán en la base imponible de la casa central serán las efectivamente habidas por todos los conceptos, esto es, ordinario y por transmisión, minoradas en el importe de las rentas positivas. O, lo que es lo mismo, las rentas negativas derivadas de la transmisión minoradas en el saldo de rentas positivas y rentas negativas, o rentas positivas *netas obtenidas con anterioridad*.

En fin, el Impuesto sobre Sociedades, tras la Ley 16/2013, soportará las pérdidas derivadas de las operaciones realizadas en el extranjero mediante establecimiento permanente, esto es, el saldo de rentas positivas y negativas, tanto si se aplica el método de exención como el de imputación, si bien lo hará en el ejercicio final de la vida del establecimiento permanente.

Ciertamente una interpretación distinta de la precedente, construida sobre la contemplación aislada y literal de los artículos 22.2 y 31.4 del TRLIS, a cuyo tenor las rentas positivas netas únicamente jugarían en relación con las rentas negativas inherentes a la transmisión del establecimiento permanente, pero se estima que no es acertada, por cuanto la misma no depara un efecto congruente.

Antes de la Ley 16/2013, en el método de exención, las rentas negativas ordinarias se computaban en los ejercicios en los que se sufrían, y se reintegraban en los posteriores con cargo a las rentas positivas, las cuales se gravaban hasta el importe de aquellas sin derecho a deducción alguna. Sin embargo, si las rentas negativas eran posteriores a las rentas positivas el reintegro no se podía producir y dichas rentas negativas se integraban plenamente en la base imponible, de manera tal que el Impuesto sobre Sociedades soportaba una pérdida superior a la efectivamente habida en el conjunto de los ejercicios en los que se obtuvieron rentas a través del establecimiento permanente.

Una reflexión similar cabe hacer en relación con el método de imputación, con la particularidad de que el reintegro vendría dado por la minoración de la base para calcular la parte de cuota íntegra que opera como límite de la deducción del impuesto extranjero en el importe de las rentas negativas.

Por tanto, la Ley 16/2013 ha traído dos innovaciones, a saber, las rentas negativas ordinarias se integran en la base imponible en el momento de la transmisión o cese de actividad del establecimiento permanente, y el importe de las rentas negativas, ordinarias y habidas en la transmisión, que computarán vendrá minorado en el importe de las rentas positivas.

Los dos nuevos mandatos requieren, para su correcta aplicación, de nuevas reglas de control administrativo. En efecto, la renta negativa finalmente computable puede derivar de hechos producidos a lo largo de varios ejercicios. A este respecto la contabilización en libros del Impuesto sobre Sociedades puede ser un instrumento de gran ayuda.

Por otra parte, esos mandatos suscitan algunas preocupaciones procedimentales: ¿Podrán ser objeto de comprobación esos hechos en el periodo impositivo en el que las rentas negativas surtan efecto? ¿Bastará con justificar los ajustes realizados en la declaración del Impuesto sobre Sociedades? La Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de septiembre de 2013 (NFJ052565) apunta hacia una respuesta negativa respecto de la posibilidad de comprobación, en la medida en que, aun cuando ciertamente proyectada sobre un supuesto de hecho distinto del que ahora nos ocupa, argumenta

que si efectivamente, las facultades de comprobación pudieran soslayar el plazo de prescripción, se colocaría a la Administración en una clara situación de privilegio respecto del contribuyente...

Véanse dos ejemplos, el primero resuelto por el método de exención, y el segundo por el de imputación:

Establecimiento permanente, rentas: 80 (2013), -40 (2014), 60 (2015), -35 (2016), transmisión -70 (2017). Método de exención.

Ley 16/2013	Anterior Ley 16/2013
Base imponible	Base imponible
$(80 - 80 \text{ exenc}) = 0$ (2013)	0 $(80 - 80)$ (2008)
$(-40 + 40 \text{ no perd}) = 0$ (2014)	-40 (2009)
$(60 - 60 \text{ exenc}) = 0$ (2015)	40 (2010)
$(-35 + 35 \text{ no perd}) = 0$ (2016)	-35 (2011)
$[-70 - (40 + 35) \text{ perd} + (80 + 60) \text{ positv}] = -5$ (2017)	-70 (2012)

Establecimiento permanente, rentas: 80 (2013), -40 (2014), 60 (2015), -35 (2016), cese -70 (2017), tipo de gravamen sobre el establecimiento permanente, 36%. Método de imputación.

Ley 16/2013	Anterior Ley 16/2013
Base imponible y cuota	Base imponible y cuota
$(80/0,3 - 80/0,3) = 0$ (2013)	$(80)/0,3 - 80/0,3 = 0$ (2008)
$(-40 + 40 \text{ no perd}) = 0$ (2014)	-40 (2009)
$(60 - 40 \text{ perd})/0,3 - 20/0,3 = 0$ (2015)	$(60/0,3 - 20/0,3) = 12$ (2010)
$(-35 + 35 \text{ no perd})/0,3 = 0$ (2016)	-35 (2011)
$[-70 - 35 \text{ perd} + (80 + 20) \text{ positv}] = -5$ (2017)	-70 (2012)

En esos dos ejemplos se resume perfectamente la filosofía de la Ley 16/2013 y la de la legislación anterior.

El resultado conjunto de todos los periodos impositivos ha sido -5 y esa renta negativa es la que, según la Ley 16/2013, tiene efecto fiscal. Supuesto que en el país de ubicación del establecimiento permanente las pérdidas sean compensables se habrá tributado sobre una base de 100 $[80 +$

+ (60 – 40)]. Habrá, por tanto, un exceso de imposición. Para solventarlo sería necesario reconocer una pérdida de 105 (–35 –70) ¿Debe hacerlo el país de la fuente (país del establecimiento permanente) o el de la residencia (España)?

Ese reconocimiento, en la filosofía de la Ley 16/2013, debe producirse en sede del ordenamiento fiscal del país de la fuente pues, en definitiva, dicho país ha sido el que ha gravado la renta positiva. El país de la residencia cumple con eliminar la doble imposición, lo que se consigue no gravando la renta positiva o reconociendo la deducción del impuesto extranjero.

Con la legislación anterior a la Ley 16/2013, la pérdida de 105 se reconocía por el país de la residencia (España), de manera tal que se salvaba el exceso de imposición. La filosofía del legislador era que los sujetos pasivos no debían sufrir exceso de imposición, cualquiera que fuere el origen de la renta negativa.

Se trata, bien se ve, de un interesante conflicto de puntos de vista, en el que se abundará más adelante, al hilo del examen de la incidencia de los convenios bilaterales y del ordenamiento comunitario.

3.4. APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS BILATERALES PARA ELIMINAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

Todas las normas del Impuesto sobre Sociedades se aplican sin perjuicio de lo establecido en los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición. También, por tanto, las establecidas por la Ley 16/2013.

En sus convenios bilaterales España, como regla general, ha convenido el método de imputación, y en los mismos nada se establece respecto del tratamiento de las pérdidas o rentas negativas. En estos convenios, como regla general, la norma de no discriminación sigue la pauta del artículo 24 del Modelo de Convenio de la OCDE.

Este panorama normativo suscita, entre otras, las siguientes cuestiones: ¿Puede aplicarse el método de exención del artículo 22 del TRLIS cuando el convenio bilateral establece el de imputación? ¿Qué significado ha de darse a la ausencia de referencia a las pérdidas o rentas negativas en los convenios bilaterales? ¿Infringe el principio de no discriminación la regulación concerniente a las rentas negativas establecida por la Ley 16/2013? ¿Frustra el tratamiento de las pérdidas o rentas negativas establecido por la Ley 16/2013 los fines del convenio?

3.4.1. Convenios que establecen el método de imputación

La primera cuestión, en cierto modo tangencial al tema central del presente artículo, ha sido despejada, en sentido positivo, por la doctrina administrativa en relación con la eliminación de la doble imposición económica de dividendos, cuyo contenido se puede extrapolar al caso que nos

ocupa. Por consiguiente, el obligado tributario puede optar por aplicar el método de exención del artículo 22 del TRLIS, aun cuando el convenio prevea un método de imputación. En tal caso, es claro que no puede presentarse un conflicto entre el convenio bilateral y la legislación interna en materia de cómputo de rentas negativas del establecimiento permanente.

3.4.2. Aplicación de la legislación interna

En lo que concierne a la segunda cuestión, la ausencia de reglas en los convenios bilaterales concernientes al tratamiento de las rentas negativas abre paso a la aplicación de la legislación puramente interna. Así lo indica el comentario 44 al artículo 23 A) y 23 B) del Modelo de Convenio de la OCDE, en relación con el método de exención, al considerar que *como la solución del problema depende fundamentalmente de la legislación interna de los Estados contratantes y como las legislaciones de los países miembros de la OCDE presentan diferencias sustanciales, no puede proponerse una solución válida en el mismo artículo*. Una reflexión similar encontramos en el comentario 65.

No se trata, por tanto, de que la legislación interna prevalezca sobre la legislación convenida, sino que una materia que podría haber abordado la legislación convenida queda a merced de la legislación interna ante la abstención de la primera.

3.4.3. Principio de no discriminación

Por lo que se refiere a la tercera cuestión, si bien es claro que el no cómputo de las rentas negativas, en la forma expuesta, imputable a las operaciones del establecimiento permanente, discrimina en contra de las entidades con presencia exterior en relación con aquellas que realizan las mismas operaciones exclusivamente en el interior, también es cierto que ese tipo de discriminación no es de los prohibidos por las normas convenidas, como regla general. En efecto, esas normas velan por evitar un tratamiento discriminatorio por parte del país de la fuente, comparando la situación de sus residentes con la de los residentes del otro país que operan en su territorio.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, es el país de la residencia, esto es, España, quien promueve una discriminación entre sus propios residentes, perjudicando a los que operan en el extranjero mediante establecimiento permanente, en relación con aquellos que lo hacen exclusivamente en el interior o también en el exterior pero sin mediación de establecimiento permanente.

3.4.4. Superación de la doble imposición

Más delicada es la cuestión de los fines del convenio. La finalidad principal del convenio es evitar la doble imposición, y también prevenir el fraude y la evasión fiscal. ¿Hay doble imposición cuando las rentas negativas no se computan en el país de la residencia? El comentario 44 al artículo 23 A) y 23 B) del Modelo de Convenio de la OCDE indica que la no concesión en el país de la

residencia de las pérdidas sufridas por los establecimientos permanentes no supone perjuicio para el contribuyente siempre que *este otro Estado contratante permita la traslación de la pérdida*. En sentido contrario, cuando esa traslación no se permita, el contribuyente sufrirá perjuicio.

Es interesante señalar que el párrafo que inserta el comentario parcialmente reproducido habla de perjuicio, no de doble imposición. Esta terminología parece correcta, por cuanto la doble imposición solo se produce en presencia de una renta positiva cuyo gravamen pretendan tanto el país de la fuente como el de la residencia, pero no ante una renta negativa cuyo cómputo rechazan ambos países. En tal caso habrá un exceso de imposición, pero no doble imposición.

España no impide el cómputo de las rentas negativas, simplemente difiere su cómputo hasta el momento del cese de la actividad o de la transmisión del establecimiento permanente, y minorra el importe de la renta negativa existente en ese momento, incluida la que puede producirse con ocasión de la transmisión, en el importe de las rentas positivas previas. Nuestra legislación, por tanto, no rechaza el cómputo de las rentas negativas sino que lo modula en la forma expuesta. ¿Hay exceso de imposición por causa del cómputo diferido de la renta negativa? ¿Lo hay por causa de la minoración de la renta negativa en el importe de las rentas positivas previas? ¿Lo hay por el efecto combinado de ambas restricciones? ¿Cuál de las dos jurisdicciones fiscales es la responsable, caso de haber exceso de imposición?

Las rentas negativas ordinarias no se computan sino cuando el establecimiento permanente cesa en su actividad o es transmitido. Las rentas positivas se gravan, de inmediato, por el país de la fuente en tanto que las rentas negativas ordinarias no se computan por el país de la fuente ni por el de la residencia. Por el país de la fuente porque no tiene posibilidad lógica, y por el país de la residencia porque así lo dispone la Ley 16/2013.

Desde la perspectiva del obligado tributario se alegrará un tratamiento desequilibrado, y con razón, ya que las rentas positivas se gravan de inmediato en tanto que las rentas negativas se computan diferidamente, tal vez tras el trascurso de largos años. Y la responsabilidad, obviamente, es del país de la residencia, esto es, de España. Ciertamente, España se libera de esta responsabilidad a medida que el establecimiento permanente obtenga rentas positivas, pues no las gravará, ni en el método de exención (art. 22 TRLIS) ni tampoco en el de imputación (art. 31.4 TRLIS). Cuando las rentas positivas ordinarias aparezcan después de las rentas negativas ordinarias habrá un desequilibrio transitorio, que se enderezará con dicha aparición.

Por tanto, se puede hablar de un desequilibrio transitorio, pero no definitivo. Cuestión distinta es que este desequilibrio transitorio tenga justificación, ¿la tiene? La única justificación objetivamente posible es el riesgo de doble cómputo de rentas negativas. Desde luego, no parece que exista ese riesgo, excepto si el país de la fuente tiene establecido un sistema retrospectivo de compensación de bases imponibles negativas. En ausencia de ese riesgo decae toda justificación.

Si, tras las rentas negativas ordinarias, no aparecen rentas positivas ordinarias, y el establecimiento permanente cesa en su actividad, el país de la fuente tiene posibilidad de evitar el exceso de

imposición mediante la compensación retrospectiva de pérdidas y la pertinente devolución de los impuestos pagados. De esta manera, se salva el exceso de imposición. Si el país de la fuente no efectúa esa compensación retrospectiva, habrá exceso de imposición, a menos que el país de la residencia asuma el cómputo de las pérdidas. ¿Es exigible que el país de la residencia, en este caso España, asuma el cómputo de las rentas negativas? Se opina que no, en relación con el método de exención por cuanto no gravó las rentas positivas previas a la aparición de las rentas negativas, y matizadamente no, en relación con el método de imputación, por cuanto, bajo el mismo, sí pudo haber tributación en España, al menos parcial, de la renta positiva imputable al establecimiento permanente.

Es verdad que la práctica de la compensación retrospectiva de pérdidas no es frecuente, pero de ahí no se sigue la obligación del país de la residencia, en este caso España, de asumir el cómputo de la renta negativa pendiente de compensación.

De acuerdo con lo expuesto, la minoración de las rentas negativas existentes en el momento del cese de actividad o transmisión del establecimiento permanente, ya sean de carácter ordinario o imputables específicamente a la transmisión, en el importe de las rentas positivas anteriores, está justificada.

Sin embargo, de acuerdo con lo previsto en el TRLIRNR, y en los convenios bilaterales suscritos por España, se advierte de que nuestro país no devuelve los impuestos cobrados en caso de rentas negativas no compensadas en el momento del cese de las actividades del establecimiento permanente. En este sentido, podría aducirse que la restricción introducida por la Ley 16/2013 adolece de incongruencia. Ahora bien, si se considera que la existencia de bases imponibles negativas en sede de las entidades residentes en territorio español que se extinguen no motiva la devolución de los impuestos previamente cobrados, tal incongruencia se morigera, máxime si se toma en cuenta que la propia Ley 16/2013 minorra las rentas negativas derivadas de la transmisión de cualquier participación en el importe de los dividendos anteriormente percibidos (arts. 21.5, 30.7 y 31.6 TRLIS). Cuestión distinta, que será examinada en una colaboración venidera, es que esa minoración sea correcta.

La conclusión es que, antes de la Ley 16/2013, la normativa española garantizaba la neutralización del exceso de imposición y que, a partir de la Ley 16/2013, se desentiende de esa neutralización. Y el efecto práctico es que la entidad residente titular del establecimiento permanente sufrirá un exceso de imposición, en la medida en que sufra pérdidas después de la obtención de beneficios, excepto si el país del establecimiento permanente efectúa una devolución de impuestos.

Va en opiniones juzgar cuál de las dos regulaciones es la más pertinente de acuerdo con los principios de la imposición, esto es, aquella que evita el exceso de imposición en un contexto de congruencia con la tributación de los establecimientos permanentes ubicados en territorio español, o, por el contrario, aquella que protege las bases imponibles a gravar por la jurisdicción fiscal española.

Desde una perspectiva puramente teórica, el conflicto debiera resolverse en sede de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición y, en este ámbito, la solución técnicamente pertinente sería que el país del establecimiento permanente procediera a la devolución de impuestos y que el país de la residencia restringiera el reconocimiento de pérdidas en la forma en como lo hace la Ley 16/2013.

Mas siendo la situación actual de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición la de abstención en la regulación de esta cuestión, es lo cierto que la Ley 16/2013 ha venido a quebrar un silencio normativo que procuraba la neutralización del exceso de imposición, y que incluso podía entenderse tácitamente incorporado a la economía de equilibrios en la distribución de las competencias para gravar delineadas por los propios convenios bilaterales.

En este sentido, sin ser técnicamente reprochable, sino por el contrario correcta, la restricción introducida por la Ley 16/2013, desde la perspectiva de la distribución de las competencias entre jurisdicciones fiscales, sí puede afirmarse que ha venido a quebrar un *statu quo* implícito en los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.

Finalmente, debe notarse que la Ley 16/2013 no ha adoptado la postura más radical, esto es, el no cómputo de las rentas negativas, sean ordinarias o extraordinarias, bajo el argumento de que las rentas positivas no se gravan o bien de que están asistidas de una deducción. Esta postura radical, sostenida en algunas instancias, y de la que se hace eco el comentario 44 antes aludido, no anida en la Ley 16/2013.

3.5. APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

El Derecho de la Unión Europea prohíbe la discriminación, de manera tal que las situaciones intracomunitarias no deberían recibir un tratamiento fiscal distinto y más gravoso que las puramente internas. El principio de no discriminación se despliega y concreta en las denominadas «libertades». Una manifestación de la libertad de establecimiento es, justamente, la realización de operaciones en otro Estado miembro mediante una sucursal o establecimiento permanente.

3.5.1. La restricción y su justificación

Las rentas negativas que una sucursal interior procure a la casa central se computan de manera inmediata en relación con la determinación de su base imponible, pero las de una sucursal comunitaria solo se computarán cuando la sucursal obtenga rentas positivas (no se gravarán esas rentas positivas) o cuando cese en su actividad o se transmita a terceros.

Por tanto, la situación interna recibe un tratamiento más favorable que la externa, y de ahí la restricción a la libertad de establecimiento. Sin embargo, de la constatación de una restricción no se sigue automáticamente un reproche de infracción del ordenamiento comunitario. En efecto, ha de indagarse en la posible concurrencia de una causa de justificación, si bien la misma ha de ser adecuada y proporcionada.

El Tribunal de Justicia ha abordado un caso similar al que nos ocupa, esto es, restricción al cómputo de rentas negativas del establecimiento permanente en sede de la casa central, en la

sentencia *Lidl*¹³, y tras constatar que provocaba una restricción a la libertad de establecimiento, entendió aplicable la causa de justificación del reparto equilibrado de la potestad tributaria¹⁴ así como la del riesgo del doble cómputo de las pérdidas¹⁵. Por otra parte, la sentencia reputó adecuada y proporcionada la medida restrictiva en la medida en que las pérdidas podían ser compensadas en sede del establecimiento permanente con cargo a sus beneficios futuros¹⁶.

El Tribunal de Justicia entendió que, por virtud del convenio bilateral, el país de la casa central renunciaba a gravar los rendimientos derivados de las operaciones realizadas a través de establecimiento permanente y, consecuentemente, no había de soportar las pérdidas. Así, el convenio habría distribuido la competencia respecto de las rentas, positivas y negativas, y otorgado la misma, en bloque, al país del establecimiento permanente, de manera tal que la asunción de las pérdidas por parte del país de la casa central supondría la ruptura de esa distribución o reparto equilibrado.

No parece difícil extrapolar este razonamiento respecto de un régimen puramente unilateral, ya que el fundamento del mismo es la renuncia a gravar las rentas positivas. Incluso podría extenderse en relación con el método de imputación, en la medida en que la deducción del impuesto extranjero vendría a implicar la renuncia a gravar las rentas positivas.

¹³ *Lidl* [C-414/06 (NFJ028333)], fallo: *El artículo 43 CE no se opone a que una sociedad establecida en un Estado miembro no pueda deducir de su base imponible las pérdidas de un establecimiento permanente de su propiedad, situado en otro Estado miembro, en la medida en que, en virtud de un convenio para evitar la doble imposición, los ingresos de dicho establecimiento se gravan en este último Estado miembro, en el que dichas pérdidas, en el marco de la tributación de las rentas de dicho establecimiento permanente, pueden tomarse en consideración en ejercicios posteriores.*

¹⁴ *Lidl* [C-414/06 (NFJ028333)], sentencia: *el Estado miembro en el que está situada la sede de la sociedad a la que pertenece el establecimiento permanente tendría derecho a gravar los beneficios obtenidos por dicha entidad, si no existiera un convenio para evitar la doble imposición. Por consiguiente, el objetivo de mantener el reparto de la potestad tributaria entre los dos Estados miembros de que se trata, reflejado en las disposiciones del Convenio, puede justificar el régimen fiscal controvertido en el litigio principal, dado que mantiene el equilibrio entre el derecho a gravar los beneficios y la facultad de deducir las pérdidas.* Párrafo 33.

*A este respecto, cuando un convenio para evitar la doble imposición atribuye al Estado miembro en el que está situado el establecimiento permanente el poder de gravar las rentas de este, el hecho de reconocer a la sociedad principal la facultad de optar por que se tomen en consideración las pérdidas de su establecimiento permanente en el Estado miembro en el que tiene su domicilio o en otro Estado miembro pondría en grave peligro el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros (en este sentido, véase la sentencia *Oy AA*, antes citada, apartado 55).* Párrafo 52

¹⁵ *Lidl* [C-414/06 (NFJ028333)], sentencia: *existe realmente un riesgo de que se impute dos veces la misma pérdida (véase la sentencia *Marks & Spencer*, antes citada, apartado 48). En efecto, no se puede excluir que una sociedad impute en el Estado miembro en el que está situada su sede las pérdidas sufridas por un establecimiento permanente que le pertenece situado en otro Estado miembro y que, a pesar de esta imputación, se tengan en cuenta las mismas pérdidas en un momento posterior en el Estado miembro en el que está sito el establecimiento permanente, cuando este obtiene beneficios, impidiendo así al Estado miembro en el que la sociedad principal tiene su sede gravar este beneficio.* Párrafo 36.

¹⁶ *Lidl* [C-414/06 (NFJ028333)], sentencia: *procede constatar que la normativa fiscal luxemburguesa, para el cálculo de la base imponible, prevé la posibilidad de deducir en los ejercicios fiscales futuros pérdidas de un sujeto pasivo.* Párrafo 49.

En fin, la causa de justificación de evitar el riesgo del doble cómputo de pérdidas, con ser relevante, ocupó un lugar secundario.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia, se estima que la libertad de establecimiento no se opone al tratamiento de las rentas negativas de los establecimientos permanentes establecida por la Ley 16/2013.

Con todo, no debería perderse de vista que el requisito de proporcionalidad se hace descansar en la posibilidad de compensación de las pérdidas en sede del propio establecimiento permanente.

3.5.2. La postura de la Comisión

Mediante comunicación al Consejo y al Parlamento¹⁷, la Comisión explicitó su criterio respecto de la compensación de pérdidas transfronteriza, tanto en el caso de una entidad que opera en otro Estado miembro mediante establecimiento permanente, como en el caso de los grupos de sociedades.

En relación con las pérdidas o rentas negativas derivadas de las operaciones realizadas a través de establecimiento permanente, la Comisión es partidaria del método del cómputo en sede de la casa central con reintegro en el ejercicio en el que el establecimiento permanente obtiene beneficios. Esto es, se muestra partidaria del método que ha derogado la Ley 16/2013.

Naturalmente, de ahí no se sigue que el método adoptado por la Ley 16/2013 sea contrario al ordenamiento comunitario. Ya se ha visto que la sentencia *Lidl* le daría suficiente cobertura. Pero sí se sigue una postergación, que no infracción, de la libertad de establecimiento que, como es sabido, constituye uno de los pilares del mercado interior, y de ahí que la Comisión recomiende encarecidamente a los Estados miembros la superación de las trabas a la compensación transfronteriza de pérdidas.

3.6. PERSPECTIVA DE CONJUNTO

El preámbulo de la Ley 16/2013 justifica la medida del no cómputo de pérdidas, que tanto denuesta la Comisión, diciendo que se trata de *evitar la doble deducibilidad de las pérdidas, en un primer momento en sede... de la entidad que los genera, y, en un segundo, en sede del inversor o casa central. Con esta medida, la normativa fiscal del Impuesto sobre Sociedades se aproxima a la de los países de nuestro entorno, permitiendo una mayor comparativa y competitividad fiscal*

¹⁷ En los casos en que los Estados miembros no permitan tener en cuenta las pérdidas soportadas por establecimientos permanentes en otros Estados miembros, la Comisión recomienda encarecidamente a dichos Estados que revisen sus sistemas fiscales, a fin de promover la libertad de establecimiento consagrada por el Tratado CE. COM(2006) 824 final. Consideración fiscal de las pérdidas en un contexto transfronterizo.

respecto de estos... ¿Había riesgo de doble cómputo de pérdidas en la legislación anterior? ¿Por qué se mejora la competitividad fiscal restringiendo el cómputo de las pérdidas?

3.6.1. Del riesgo de doble cómputo de pérdidas

Tanto en la regulación anterior del método de exención (art. 22 TRLIS) como en la del método de imputación (art. 31 TRLIS), había riesgo de doble cómputo de pérdidas en la medida en que el establecimiento permanente pudiera compensar sus pérdidas con las rentas positivas derivadas de otras fuentes de renta gravables en otra u otras jurisdicciones fiscales distintas de la española. Esas fuentes de rentas podrían pertenecer a la casa central (otros establecimientos permanentes) o a alguna entidad del grupo en el que aquella se integra.

La Comisión estima que el riesgo de doble cómputo es muy bajo¹⁸. Seguramente será así por cuanto la legislación del país del establecimiento permanente, o de los otros países en los que el grupo obtenga rentas positivas, habrían de ser muy permisivas para que se produjera tal efecto. No puede, sin embargo, descartarse la existencia de ese riesgo. Así, la figura del establecimiento permanente como cabecera de un grupo de consolidación fiscal, recientemente aparecida en varios Estados miembros bajo el impulso de la libertad de establecimiento, abre la puerta a la materialización del riesgo de doble cómputo de pérdidas.

El objetivo de evitar el doble cómputo de pérdidas es legítimo, y así lo ha reconocido el Tribunal de Justicia en bastantes ocasiones. Sin embargo, este objetivo puede ser alcanzado mediante medidas más amables con los requerimientos del mercado interior comunitario. Así, simplemente, rechazando el cómputo de las rentas negativas cuando las mismas se hubieren compensado con rentas positivas de otras fuentes, en la forma aludida u otra similar.

En este sentido, hubiera bastado añadir tanto al método de exención (art. 22 TRLIS) como al de imputación (art. 31 TRLIS) la pertinente restricción, dirigida al caso en que se hubiera producido el cómputo o la compensación de las rentas negativas. Una medida así configurada tendría, por otra parte, la consistencia propia de la tributación basada en elementos de la consolidación fiscal, ya que las rentas negativas, si se hubieren compensado, lo habrían hecho con rentas de otra u otras entidades o establecimientos permanentes del grupo.

3.6.2. De la mejora de la competitividad fiscal

En cuanto a la mejora de la competitividad fiscal, no se atisba la forma en cómo la misma puede mejorar, al menos en el entendimiento común de lo que la misma significa, esto es, capacidad de un sistema fiscal para atraer inversiones utilizando medidas respetuosas con los códigos

¹⁸ COM(2006) 824 final.

de buena conducta, o de fomentar la expansión de las empresas locales. En efecto, el cómputo de las rentas negativas de los establecimientos permanentes en sede de la casa central, sobre responder a una lógica de equidad siempre que no se produzca la patología del doble cómputo, apoya la presencia exterior de las empresas.

Sin duda, el legislador se está refiriendo a otro tipo de competición. Probablemente a la carrera, recientemente emprendida por ciertas jurisdicciones fiscales, hacia el blindaje de los sistemas fiscales contra las prácticas de planificación fiscal agresiva. También este es un objetivo legítimo, y en esa línea va el esfuerzo que actualmente despliega la OCDE mediante el programa BEPS. Ahora bien, en esa carrera se puede participar a través de medidas más amistosas con el mercado interior comunitario, y, en general, con la lógica de la expansión de las empresas. Al margen de lo anterior, esa carrera, seguramente jaleada por la opinión pública, no está exenta de cinismo, pues algunas de las jurisdicciones fiscales más conspicuas, al tiempo, introducen medidas que propician la desviación de rentas¹⁹.

Con todo, el legislador fiscal de la Ley 16/2013, si la interpretación ofrecida en relación con el cómputo de las rentas negativas ordinarias con motivo del cese de la actividad o de la transmisión del establecimiento permanente es correcta, no ha apurado hasta el máximo la dureza de la medida, ya que permite el cómputo de la renta negativa en el ejercicio en el que se produzca alguna de esas dos circunstancias, eso sí, minorada en el importe de las rentas positivas anteriores.

Y, sin embargo, la posibilidad de doble cómputo no se ha extinguido completamente cuando el establecimiento permanente es transmitido pues la legislación fiscal del país donde se hallase ubicado podría, eventualmente, mantener la compensación en sede de la entidad adquirente. ¿Por qué se apaga el celo del legislador fiscal? ¿Acaso se presume que las pérdidas devienen ya no compensables? ¿Por qué no ha considerado la posible interferencia del principio de subrogación, por cierto aplicable en nuestra legislación, en los casos de operaciones de toma de control mediante negocios jurídicos societarios?

3.6.3. Del riesgo del no cómputo de pérdidas

Ya se comentó en un epígrafe precedente que la minoración de las rentas negativas en el momento de la transmisión o cese de la actividad en el importe de las rentas positivas anteriores llevaba al no cómputo de las rentas negativas, excepto si el país de la fuente procedía a la devolución de los impuestos que gravaron las rentas positivas.

Este no cómputo de las rentas negativas es bastante probable pues la compensación retrospectiva de las pérdidas no está muy extendida y, por otra parte, cuando está establecida, suele proyectarse sobre escasos ejercicios.

¹⁹ GREGORY, CASLEY y NISH: *United Kingdom. The Patent Box Regime* (ITPJ, abril 2013).

Este no cómputo también perturba el mercado interior comunitario. La solución de este problema habría de venir por la vía de los convenios bilaterales para evitar la doble imposición y, en el contexto del mercado interior comunitario, por la de un convenio multilateral o por la vía más sencilla e igualmente eficaz del principio del mutuo reconocimiento, que consistiría, sencillamente, en el compromiso de no aminorar las rentas negativas en las rentas positivas anteriores o, alternativamente, de devolver los impuestos recaudados sobre las rentas positivas anteriores a las rentas negativas.

Esta solución todavía no ha llegado y los países pueden legítimamente blindar sus bases imponibles mediante la medida expuesta, esto es, aminorar las rentas negativas en las rentas positivas anteriores. Pero los países también pueden seguir la política fiscal contraria, esto es, no efectuar tal minoración, garantizando así a las entidades residentes en su territorio que, bajo ninguna circunstancia, sufrirán un exceso de gravamen, aun cuando el mismo fuere imputable a una jurisdicción fiscal extranjera.

Bien se ve que se está ante un conflicto entre dos objetivos, que puede ser resuelto, válidamente, a favor de uno de ellos. No hay error técnico en la normativa que establece la Ley 16/2013 ni en la normativa anterior. Hay, simplemente, una elección distinta entre dos objetivos fundamentados.

3.6.4. Del cómputo de pérdidas con posterior reintegro

El argumento del Tribunal de Justicia relativo al reparto equilibrado de las competencias para gravar no es del todo convincente, por cuanto los convenios que siguen el Modelo de la OCDE no hacen referencia al tratamiento de las pérdidas. En ausencia de una norma convenida sobre la distribución de las pérdidas no parece que pueda afirmarse que el cómputo de las mismas por parte de la casa central quebraría el equilibrio del convenio.

Lo que quebraría el reparto equilibrado de las competencias procurado por el convenio o, en su defecto, por una combinación de legislaciones internas, es que el país del establecimiento permanente gravara los beneficios desentendiéndose de las pérdidas, y que el país de la casa central computara las pérdidas desentendiéndose de los beneficios. Ambos países deben participar, de manera equilibrada, en el cómputo de beneficios y pérdidas. En el método de exención eso se logra mediante el cómputo de pérdidas con posterior reintegro en sede de la casa central y compensación de pérdidas en sede del establecimiento permanente. Y en el de imputación, por el juego del cómputo de las pérdidas en sede de la casa central y la tributación de los beneficios posteriores que no determinará derecho a la deducción de un impuesto extranjero puesto que habrá sido neutralizado por virtud de la compensación de pérdidas en sede del establecimiento permanente.

Es esa participación armónica del país de la residencia y del país de la fuente en las rentas, positivas o negativas, derivadas de las operaciones realizadas mediante establecimiento permanente, lo que procura, al tiempo, el más ajustado cumplimiento de los fines de los convenios bilaterales y la ausencia de discriminación, por más que dicha discriminación esté justificada de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia, en relación con el ordenamiento comunitario.

El no cómputo de la renta negativa ordinaria para la determinación de la base imponible de la casa central puede deparar una situación bastante embarazosa, a saber, la obligación de satisfacer una deuda tributaria en ausencia de renta. Ciertamente que la entidad afectada cuenta con la promesa del cómputo de esa renta negativa en el ejercicio del cese de la actividad o de la transmisión del establecimiento permanente. ¿Basta con ello para que la tributación recaiga sobre la renta neta, en cuanto índice demostrativo de capacidad económica? ¿Se está ante un simple problema de técnica tributaria en relación con la eliminación de la doble imposición, o, más bien, ante una cuestión que afecta a la columna vertebral del tributo? ¿Es algo inevitable derivado de la exposición del contribuyente a dos jurisdicciones fiscales, esto es, de la denominada compartimentalización de la base imponible como consecuencia de la aplicación del principio de territorialidad a los residentes?²⁰

3.6.5. Un balance incierto

El balance respecto de las restricciones establecidas por la Ley 16/2013 en materia de cómputo de rentas negativas de los establecimientos permanentes puede ser trazado con base en las siguientes conclusiones:

- Primera. No son drásticas, por cuanto no suponen un rechazo total al cómputo de las rentas negativas, bajo el pretexto de una aplicación exacerbada del método de exención.
- Segunda. Son compatibles con los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.
- Tercera. Son compatibles con el ordenamiento comunitario, pues la discriminación que originan tiene amparo en la causa de justificación del reparto equilibrado de la competencia fiscal entre los Estados concernidos y en la de evitar el doble cómputo de pérdidas, a tenor de la sentencia *Lidl* del Tribunal de Justicia.
- Cuarta. Determinan un exceso de imposición absoluto, pero solo cuando el país del establecimiento permanente no devuelva, en caso de pérdidas posteriores a la obtención de beneficios, los impuestos percibidos. Ahora bien ese exceso de imposición es imputable al país del establecimiento permanente.
- Quinta. Blindan las bases imponibles de la casa central contra posibles imputaciones irregulares de rentas negativas de sus establecimientos permanentes pero, al tiempo, imponen una carga fiscal, ciertamente transitoria, no proporcionada con la renta obtenida en el periodo impositivo afectado, pudiendo incluso determinar cuotas tributarias en ausencia de renta.

²⁰ BARREIRO CARRIL, M. C.: *Los impuestos directos y el Derecho de la Unión Europea. La armonización negativa realizada por el TJUE*.

- Sexta. Tensan la contraposición de intereses entre la jurisdicción fiscal española y las entidades residentes, alimentando así la conflictividad.
- Séptima. Suscitan la necesidad de controles administrativos adicionales.

Las conclusiones precedentes trazan un balance incierto de las medidas de la Ley 16/2013 concernientes a las rentas negativas de establecimientos permanentes. Se sale de un sistema técnicamente correcto pero que necesitaba alguna precaución en orden a evitar el doble cómputo de rentas negativas, y se entra en otro, también técnicamente correcto, pero que provoca excesos de imposición transitorios, e incluso definitivos, si bien imputables al país donde está ubicado el establecimiento permanente.

Tal vez hubiera sido más congruente con el tradicional objetivo de internacionalización de las empresas no modificar el régimen de cómputo de rentas negativas, estableciendo, eso sí, una cautela para evitar el doble cómputo de rentas negativas. Cuestión distinta es que este objetivo se dé ya por cumplido. En tal caso, lo pertinente hubiera sido, amén de la medida citada en el párrafo anterior, no aliviar el exceso de imposición al que debe hacer frente la jurisdicción fiscal del establecimiento permanente, pero sí mantener el cómputo de la renta negativa ordinaria y su reintegro en el ejercicio posterior en que concurren rentas positivas.

No se escapará que la mayoría parlamentaria que propulsó la legislación anterior a la Ley 16/2013, cuya expresión más conspicua fue el Real Decreto-Ley 3/2000, es del mismo color político que la que ha aprobado la Ley 16/2013. No habrá de extrañar esta coincidencia a quienes se hallen familiarizados con el análisis de las políticas públicas, pues la aparición de nuevas circunstancias, como son la pura necesidad recaudatoria o el temor a la planificación fiscal agresiva, pueden restar apoyos a una política que se venía entendiendo idónea, máxime cuando los enunciados evaluativos concernientes a los objetivos de la misma están ausentes o no han sido sometidos al debate público, en cuyo caso algunos actores de la política pública fiscal, señaladamente los de carácter administrativo, pueden imponer sus puntos de vista²¹.

En fin, ha de tomarse en consideración que la restricción al cómputo de rentas negativas de los establecimientos permanentes, casa bien con las medidas restrictivas en materia de deterioro de instrumentos de patrimonio, de manera tal que ambas medidas corren paralelas²².

²¹ SUBIRATS y otros: *Análisis y gestión de políticas públicas*, Capítulo 10.

²² ALBI IBÁÑEZ, E.: *Reforma Fiscal*, pág. 158.