

COMENTARIOS A LA REFORMA DEL IRPF Y DEL IS

Miguel Caamaño Anido

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario

Abogado

EXTRACTO

Tras la exposición en líneas generales de los objetivos que inspiraron el proyecto de reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades, se detallan y comentan los puntos críticos de cada uno de ellos.

Palabras claves: proyecto de reforma del IRPF y proyecto de nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades.

COMMENTS ON THE REFORM OF INCOME TAX AND CORPORATE INCOME TAX

ABSTRACT

After exposure in general terms the objectives that inspired the reform project on Income Taxation and new Corporate Income Tax Law, are detailed and commented the critical points of each one.

Keywords: project on Income Taxation and project on Corporate Income Tax Law.

Sumario

1. El proyecto de ley de reforma del IRPF
 - 1.a. Objetivos de la reforma del IRPF
 - 1.b. Comentarios al proyecto de reforma del IRPF

2. El proyecto de la nueva LIS
 - 2.a. Objetivos de la reforma del IS
 - 2.b. Comentarios al proyecto de la nueva LIS

Habida cuenta la actualidad y la trascendencia de la reforma fiscal en curso –en fase de tramitación parlamentaria en el momento en que se firman estas líneas los proyectos de ley–, dedicaremos las páginas que siguen a hacer comentarios y observaciones al proyecto de ley de reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) y al proyecto de la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS).

1. EL PROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL IRPF

1.A. OBJETIVOS DE LA REFORMA DEL IRPF

- **La reforma del IRPF introduce medidas que reducirán la carga tributaria.**

En efecto, se rebajan los tipos marginales y se reduce el número de tramos (de los siete actuales a cinco). Adicionalmente, para los perceptores de rendimientos del trabajo se ha revisado la reducción general por obtención de tales rendimientos, integrándose en la misma la actual deducción en cuota por obtención de dichos rendimientos, al tiempo que se eleva su importe para los trabajadores de menores recursos. Al respecto debe indicarse que, tanto estos trabajadores como el resto, podrán minorar su rendimiento del trabajo en una cuantía fija de 2.000 euros en concepto de otros gastos, importe que se sigue incrementando en los casos de aceptación de un puesto de trabajo en otro municipio o de trabajadores activos con discapacidad.

- **La reforma adopta medidas para estimular la generación de ahorro a largo plazo.**

Estarán exentas las rentas generadas por el llamado Plan de Ahorro a Largo Plazo, cuya especialidad radica en la exención de las rentas generadas por la cuenta de depósito o el seguro de vida a través del cual se canalice dicho ahorro siempre que aporten cantidades inferiores a 5.000 euros anuales durante un plazo al menos de cinco años.

- **La reforma del IRPF incorpora, en fin, modificaciones destinadas a favorecer la inversión.**

En concreto, se aprueba una nueva tarifa aplicable a la base liquidable del ahorro en la que se reducen los marginales de cada uno de los tramos y, por otra parte, a fin de avanzar en la neutralidad del impuesto, se incorporan a la base imponible

del ahorro las ganancias y pérdidas patrimoniales cualquiera que sea el plazo de permanencia en el patrimonio del contribuyente.

1.B. COMENTARIOS AL PROYECTO DE REFORMA DEL IRPF

Desde otra perspectiva, acaso más técnica, las novedades que introduce la reforma del IRPF merecen, sin embargo, ciertas observaciones críticas:

1.b.1. Nuevo concepto de rendimientos de actividades económicas

El nuevo **concepto de rendimientos de actividades económicas** nos lleva a una conclusión semejante a la que nos llevaba la desdichada «Nota 1/2012», de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT). En efecto, de acuerdo con la redacción que da el proyecto al concepto de rendimientos de actividades económicas, los profesionales que tengan nómina en la sociedad en la que participan (sociedad que preste servicios de naturaleza profesional), si figuran de alta en autónomos (p. ej. por ostentar el cargo de administrador), tendrán que calificar sus rendimientos como actividades económicas y no como rentas del trabajo.

Hasta la fecha el dislate que provocaba la «Nota 1/2012» de la AEAT lo habían solucionado sencillamente inaplicándola, pero ahora el dislate –la calificación como rentas de la actividad (con la consiguiente necesidad de emitir factura y repercutir el IVA) para la ejercida por los profesionales que, aunque estén en nómina como trabajadores, figuren de alta en autónomos– va camino de adquirir rango de ley.

1.b.2. Actividad arrendaticia de bienes inmuebles

En virtud de la remisión del proyecto de la LIS a la LIRPF, a efectos de determinar si el arrendamiento de bienes inmuebles constituye o no una actividad económica, aquel elimina la necesidad de disponer de un local exclusivamente destinado a la gestión arrendaticia, manteniéndose el requisito de contar con una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa. Tal como está redactado el texto, parece que el citado requisito de la persona contratada a jornada completa no solo es necesario sino también suficiente para que los alquileres de inmuebles no tengan la naturaleza de rendimientos del capital inmobiliario sino de rendimientos de actividades económicas, con las consecuencias que de ello deriva (en particular, de su afectación al ejercicio de la actividad) no solo en el ámbito del IRPF, sino en la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio (IP) y en la consiguiente reducción del 95 % (o del 99) en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD).

Esperemos que tal haya sido la idea que está detrás de la descrita novedad, lo cual dotaría de seguridad jurídica (evitando la espiral de conflictividad que en los últimos años ha suscitado) al tratamiento fiscal de los arrendamientos de inmuebles.

1.b.3. Retenciones a administradores y consejeros

Aunque los nuevos tipos de retención aplicables a administradores y consejeros (el 35% en 2016 y 37% en 2015 se reduce al 19% en 2016 y 20% en 2015 cuando los rendimientos procedan de entidades con un importe neto de la cifra de negocios inferior a 100.000 euros) corrigen el disparate del actual 42%, lo cierto es que al no fluctuar el tipo de retención en función de la cuenta de resultados de la sociedad ni del importe de la retribución percibida por el administrador/consejero sino de la cifra de negocios de la empresa, producirá a menudo efectos indeseables. Baste pensar en los casos de retribuciones muy modestas o de sociedades con pérdidas (pero que facturen más de 100.000 euros al año), las cuales tendrán que practicar una retención a sus administradores/consejeros del 37% durante el próximo año 2015.

1.b.4. La deducción de las retenciones

También nos preocupa el imperativo de que el retenido tiene la obligación de deducir el importe que se le ha debido retener (y no la retención efectivamente practicada). Los términos en que está redactado el precepto, además de enloquecer al retenido ante su declaración del IRPF al verse obligado a verificar la corrección de la retención soportada, so pena de liquidación y de sanción, mucho nos tememos que podría resucitar el viejo capítulo de la regularización –y eventualmente sanción– al pagador que ha practicado una retención incorrecta.

1.b.5. Deducción de los pagos a administradores y gerentes

Desafortunadamente, la reforma no pone fin a la tormentosa doctrina Mahou del Tribunal Supremo (TS) (condicionar la deducción de la retribución pagada a administradores/consejeros a que el tipo y el importe de la misma figure en los estatutos sociales y se haya inscrito en el Registro Mercantil). En concreto, se generan nuevas dudas sobre la deducción fiscal de los pagos a quienes ostenten los cargos de gestión y dirección en la sociedad. Este capítulo quedaba resuelto en el anteproyecto, pero el proyecto cambia la redacción en favor de un tenor que parece dejar abierta la puerta a la doctrina Mahou del TS. El texto del proyecto que llegará a las Cortes condiciona la deducción fiscal de la retribución pagada a quienes ostenten responsabilidades en la gestión y en la dirección a que su relación jurídica con la sociedad sea laboral y a que haya un contrato laboral. Pues bien, como quiera para el TS la naturaleza de la relación del administrador que ejerce también funciones de gestión y de dirección es mercantil y no laboral (recuérdese la doctrina de vínculo único), no se pueden cumplir en tales supuestos las exigencias del proyecto para que su deducción fiscal quede fuera de discusión.

Es más, tengamos presente que explícitamente el proyecto (no estaba en el anteproyecto, pero sí ahora) de la LIS (en relación con este tributo no hay reforma sino nueva LIS) saca la retribución de consejeros y administradores del régimen de las operaciones vinculadas. Esta

novedad, si bien se agradece por la despreocupación con que podremos determinar el importe de su retribución al no constituir ya una operación vinculada, nos roba la exigible seguridad jurídica en relación con su deducción fiscal, particularmente en aquellos casos en que en los estatutos sociales –y, por tanto, en el Registro Mercantil– no figure «el *quantum* y el tipo de retribución».

1.b.6. Los rendimientos irregulares

No nos parece tampoco satisfactoria la nueva regulación de los **rendimientos irregulares**. De acuerdo con el proyecto, la reducción no se aplicará sobre los rendimientos que tengan un periodo de generación superior a dos años cuando, en el plazo de los cinco periodos impositivos anteriores a aquel en el que resulten exigibles, el contribuyente hubiera obtenido otros rendimientos con periodo de generación superior a dos años a los que se hubiera aplicado la reducción. La nueva redacción ha desnaturalizado tanto la figura de las rentas irregulares como los fines que la inspiraron: suavizar el golpe de progresividad. Obsérvese que con la nueva redacción si un contribuyente emite, por ejemplo, 200 facturas en cuatro años, de las cuales declara 198 con rentas regulares y 2 de ellas como irregulares y las imputa a dos ejercicios distintos, habrá cometido un ilícito fiscal. En cambio, si de las 200 facturas califica como irregulares 50 de ellas, pero las 50 son imputables al mismo ejercicio fiscal, en principio podrían estar correctamente calificadas.

Obviamente, nos quedamos con el criterio del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) [Resolución de 31 de enero de 2013 (NFJ049857)]: son irregulares los rendimientos de actividades económicas que deriven de «asuntos que resulten de cierta complejidad que exijan un esfuerzo, esto es, una actividad y dedicación por parte del profesional durante varios años con cierta continuidad, dentro de cada una de las fases del procedimiento susceptible de ser cobrada de forma independiente, estando vinculadas las retribuciones a la duración del contrato o procedimientos».

2. EL PROYECTO DE LA NUEVA LIS

2.A. OBJETIVOS DE LA REFORMA DEL IS

A diferencia del planteamiento que el Gobierno actual ha hecho en relación con otros impuestos, para el IS no ha reservado una reforma del texto vigente sino una nueva ley. Por tanto, no se está tramitando una mera reforma del IS sino una nueva LIS, lo cual exige que el nuevo texto incorpore, además de las suyas propias, la secuencia interminable de disposiciones transitorias y adicionales que actualmente recoge el vigente Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo.

Los objetivos perseguidos y las medidas adoptadas para alcanzarlos se pueden sintetizar del siguiente modo:

2.a.1. El incremento de la competitividad económica

La primera expresión del citado objetivo estriba en la reducción del tipo de gravamen general del 30 al 25%.

Asimismo, el tratamiento de las rentas internacionales favorece la repatriación de dividendos sin coste tributario y se convierte en un instrumento esencial en la internacionalización de la empresa española.

Por último, también es destacable la novedosa extensión del régimen de exención en el tratamiento de las rentas procedentes de participaciones en entidades españolas.

2.a.2. La racionalización del impuesto

En este punto son dignas de mención medidas tales como la simplificación de las tablas de amortización, la racionalización de las normas aplicables a las operaciones vinculadas, la eliminación de diferentes tipos de gravamen, en consonancia con las recomendaciones de organismos internacionales, o la aplicación de un régimen de exención generalizado en las rentas procedentes de participaciones significativas.

2.a.3. La adaptación del IS al ordenamiento comunitario

Dentro de las medidas que buscan esta adaptación requiere una especial consideración el tratamiento del sistema de eliminación de la doble imposición establecido en el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, que había sido cuestionado por la Comisión Europea, de manera que esta ley pretende dar cumplimiento al ordenamiento comunitario, equiparando el tratamiento de las rentas internas e internacionales.

Igualmente, las modificaciones realizadas en los regímenes especiales de consolidación fiscal y reestructuraciones pretenden, entre otros objetivos, favorecer el cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

2.a.4. El fomento de la capitalización de las empresas es otro de los objetivos perseguidos por el nuevo proyecto de la LIS

A este respecto, se ha creado la interesante figura de la reserva de capitalización, a la vez que se incorporan nuevas restricciones a la deducción fiscal de los gastos financieros.

2.a.5. El proyecto de la que será nueva LIS recoge criterios doctrinales y jurisprudenciales, y aclara cuestiones que habían generado una conflictividad no deseada

En este ámbito pueden mencionarse las reglas aplicables a operaciones a plazos, la no integración en la base imponible de aquellos ingresos que proceden de la reversión de gastos no deducibles o la posibilidad de aplicar parcialmente el régimen de operaciones de reestructuración.

2.B. COMENTARIOS AL PROYECTO DE LA NUEVA LIS

Tanto desde una perspectiva técnica como del impacto de la nueva LIS sobre las empresas, merecen hacerse valoraciones que debieran ser muy tenidas en cuenta por el legislador en el curso de la tramitación parlamentaria del proyecto:

2.b.1. Nuevo concepto de entidad patrimonial

El artículo 5 del proyecto de la nueva LIS define una categoría, la de «entidad patrimonial», que nos resulta muy familiar a los fiscalistas, a la cual se asocian muchas consecuencias en el orden tributario (la práctica de ciertas deducciones, regímenes especiales, de disfrutar del régimen de entidades de tenencia de valores o, a título de ejemplo, de imponer la transparencia fiscal internacional).

Aunque la novedad que incorpora el proyecto de la LIS tiene mucho que ver con el concepto homónimo que recoge desde 1991 la LIRPF, merecen ser comentados algunos de los rasgos del nuevo régimen de las entidades patrimoniales.

Así, merece una dura crítica la regulación del régimen de la conocida como «**patrimonialidad sobrevenida**». Como es sabido, se trata de una regla que trata de evitar que aquellas sociedades que acumulan temporalmente activos no afectos a actividades económicas –particularmente excesos de tesorería y valores obtenidos a lo largo de los años en que desarrolló una verdadera actividad empresarial– puedan ser consideradas fiscalmente entidades patrimoniales.

A tal efecto, el artículo 5 del proyecto de la LIS prevé –después de señalar qué se entenderá por entidad patrimonial y que, por tanto, no realiza una actividad económica, aquella en la que más de la mitad de su activo esté constituido por valores o no esté afecto a una actividad económica– que no se computarán como elementos no afectos a la actividad el dinero o derechos de crédito procedentes de la transmisión de elementos patrimoniales afectos a actividades económicas o ciertos valores, siempre que se hayan generado en el periodo impositivo o en los dos periodos impositivos anteriores.

Pues bien, la redacción que se propone es mucho más restrictiva que la regla homónima (la patrimonialidad sobrevenida) recogida en la LIP. En esta última –y, en consecuencia, también a los efectos de la reducción en la base del 95 % (o del 99) en el ISD– la regla alcanza a todos los activos adquiridos como consecuencia del ejercicio de la actividad empresarial durante los 10 últimos años. Por tanto, no se limita el tipo de activos no afectos que ha generado el ejercicio de la actividad empresarial y, además, se establece un arco temporal de 10 años. En el proyecto de la nueva LIS, sin embargo, se limita la naturaleza de los bienes y derechos que no se tomarán en consideración a los efectos de la llamada patrimonialidad sobrevenida (dinero, derechos de crédito y ciertos valores, nada más), y se restringe nada menos que el importe de los beneficios no distribuidos de los dos últimos años.

No estamos seguros de que el redactor del proyecto de la LIS haya sido consciente de estos dos extremos:

1. De la *vis expansiva* que adquiere implícitamente el nuevo régimen de la patrimonialidad sobrevenida. Nótese que tras la entrada en vigor de la nueva LIS muchos centenares de empresas caerán en el régimen de entidades patrimoniales, con las indeseables consecuencias de diverso orden fiscal que ello comporta.
2. De la incidencia que va a tener sobre el reparto de beneficios. Está claro que el plazo de los dos años se va a traducir en que habrá que repartir con frecuencia beneficios a fin de evitar que la tesorería acumulada conduzca a la empresa al régimen de las entidades patrimoniales.

Esperemos, en fin, que el propuesto régimen de la patrimonialidad sobrevenida para la LIS no arrastre al legislador a llevarla al IP y, en consecuencia, al ISD.

2.b.2. No deducibilidad de las provisiones

- a) La que ha venido siendo regla de no deducibilidad de la depreciación de la cartera (aunque hubiera pérdidas reales) es elevada por el proyecto de la nueva LIS a la regla general, de modo que no será deducible tampoco la depreciación del inmovilizado, material o inmaterial, ni las inversiones inmobiliarias (solo será deducible la depreciación de las existencias y, con los requisitos legalmente exigibles, de los créditos). Semejante generalización constituye una medida muy severa para ciertos sectores, como el inmobiliario. Las inmobiliarias han venido provisionando las pérdidas, lo que las situaba con frecuencia en causa de disolución, con lo cual se estableció el criterio de que la provisión no se computaba a los efectos del desequilibrio entre patrimonio y capital social. Con el proyecto de la nueva LIS las provisiones no serán fiscalmente deducibles, lo que supone un duro golpe para el sector.

No sabemos si el legislador es tan optimista que cree que el ciclo de las provisiones ha terminado o si ha calculado incorrectamente el impacto de la eliminación de la provisión fiscal de la cartera, del inmovilizado y de las inversiones inmobiliarias.

- b) Por otra parte, el artículo 13, apartados 2 y 3, después de establecer que no serán deducibles los deterioros del inmovilizado material, inversiones inmobiliarias e inmovilizado intangible, incluido el fondo de comercio, precisa que sí serán deducibles, con el límite de la veinteaava parte de su importe, el precio de adquisición del activo intangible de vida útil indefinida, incluido el correspondiente a fondos de comercio, creando confusión en cuanto a la deducibilidad de este último.

2.b.3. Equiparación entre financiación propia y ajena

1. Al pretender equiparar los efectos de la financiación ajena con la financiación propia, desaparecen las diferencias mercantiles y contables del concepto de fondos propios. El proyecto de la nueva LIS impone que la calificación se haga desde el punto de vista mercantil, con lo cual ninguna modalidad de retribución de los fondos propios constituirá gasto deducible, circunstancia que borrará del mapa figuras tan útiles como los préstamos participativos o los híbridos (o sea, institutos jurídicos que reciben distinta calificación fiscal en el país pagador y en el país de la entidad que cobra).
2. En segundo lugar, nos tememos que va a generar muchos supuestos de doble imposición: con el nuevo régimen, la retribución de un préstamo participativo podrá tributar en la entidad perceptora, pero podrá ser gasto no deducible en la entidad pagadora.
3. Por otra parte, se van a perder muchas entradas de dinero de no residentes que habían adoptado el interesante formato fiscal de los préstamos participativos.
4. En fin, si no fuese suficiente lo antedicho, la novedad que está detrás de la negativa a deducir cualquier tipo de retribución de los fondos propios, concretamente los préstamos participativos, plantea un serio conflicto con el régimen de las operaciones vinculadas cuando prestamista y prestatario están dentro del perímetro de la vinculación.

2.b.4. Deducibilidad de los gastos por atenciones a clientes o proveedores

La limitación de la deducibilidad fiscal de los gastos por atenciones a clientes o proveedores al 1 % del importe neto de la cifra de negocios va a causar serios problemas en algunos sectores. El legislador debería tener en cuenta, más allá de la decisión política que está detrás del nuevo límite, apreciaciones tales como las hechas recientemente por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña [Sentencia de 23 de enero de 2014 (NFJ055830)] en el sentido de que «Al margen de gastos groseramente desproporcionados (p. ej. el pago a cuenta de la empresa de *affaires* personales de ciertos socios o administradores), las sutiles distinciones como la de gasto suntuario, inadecuado, oportuno, excesivo, etc., es decir, innecesario, implican una intromisión de la Hacienda Pública en la calificación y juicio crítico de la gestión empresarial...».

2.b.5. Deducibilidad de los gastos financieros

Algunos efectos que van a derivarse de los nuevos límites a la deducibilidad del endeudamiento financiero, o sea, del *leveraged buy out* (los gastos financieros derivados de deudas destinadas a la adquisición de fondos propios de cualquier tipo de entidad –residente o no residente, vinculada o no vinculada..., y sin régimen transitorio– se deducirán con el límite adicional del 30% del beneficio operativo de la adquirente, sin incluir en este el de cualquier entidad que se fusione con ella en los cuatro años posteriores a dicha adquisición) serán indeseables. Pensemos en el caso de un apalancamiento para comprar un inmueble con el fin de arrendarlo, sobre la base de que con los ingresos derivados del alquiler el adquirente se proponía costear los gastos financieros generados por la compra. Al intensificarse la crisis en el sector inmobiliario, la caída del valor del inmueble exige provisionar contablemente la pérdida, pero la provisión no es fiscalmente deducible. Dicha provisión puede conducir a que los accionistas tengan que aportar sumas periódicas para evitar la causa de disolución de la entidad o el concurso de acreedores. Pero resulta que con la nueva limitación de los gastos financieros podrá ocurrir que la cuota del IS sea positiva. En otras palabras, que los accionistas tengan que hacer aportaciones dobles: unas para evitar la desaparición de la entidad y otras para el pago del IS.

2.b.6. Comprobación de las bases imponibles negativas

El proyecto de la LIS añade un nuevo apartado relativo al derecho de la Administración a comprobar o investigar las bases imponibles negativas pendientes de compensación. A tal efecto, se establece un plazo especial de prescripción de 10 años, plazo que debe contarse desde la finalización del plazo de presentación de la declaración del impuesto en la que se generó el derecho a la compensación. Es más, transcurrido el plazo (por ejemplo, 18 años antes del ejercicio que esté siendo objeto de comprobación), el contribuyente tiene que acreditar su existencia y cuantía, pero para ello se limitan los medios de prueba. Para justificar la existencia y cuantía de las bases imponibles negativas correspondientes a ejercicios anteriores al décimo, se exige exhibir «la liquidación o autoliquidación y la contabilidad, con acreditación de su depósito durante el citado plazo en el Registro Mercantil».

Si la combinación entre la llamada declaración tributaria especial del año 2011 y la obligación de declarar bienes y derechos ubicados en el extranjero supuso la primera grave «enfermedad» del instituto de la prescripción tributaria, estas nuevas exigencias para justificar bases imponibles negativas (y también, mucho nos tememos, cualquier apunte que traiga causa de ejercicios históricos, como la compra de un bien que se siga amortizando en el ejercicio inspeccionado) escriben su certificado de defunción.

Para que el legislador cayese en la cuenta del dislate que encierra esta novedad, bastaría que en cualquier momento de la tramitación parlamentaria echase un vistazo a la STS de 4 de julio de 2014 (NFJ054784).

Es más, de acuerdo con la disposición adicional décima del proyecto, las descritas exigencias para la prueba de las bases imponibles negativas «resultarán de aplicación en los procedi-

mientos de comprobación e investigación que finalicen con posterioridad a la entrada en vigor de la ley», lo cual encierra una retroactividad procedimental que no solo carece de soporte normativo, sino también de precedentes en la experiencia legislativa tributaria española. Nótese, por ejemplo, que a partir de 2015 un Inspector podrá exigir que se pruebe (y no de otro modo, esto es, sin poder hacerlo echando mano de otras pruebas) aportando la autoliquidación presentada en su día –cuando, además, obra copia en poder de la AEAT, con lo cual teóricamente declina el deber del contribuyente de aportarla de nuevo–, y los libros y registros depositados en el Registro Mercantil, compras de bienes contabilizadas o de pérdidas generadas en los años 90, cuando los primeros se sigan amortizando o las segundas se sigan compensando.

2.b.7. Nuevo perímetro del concepto de «grupo»

Con afortunadísimo criterio, de la versión de la LIS del anteproyecto a la del proyecto desapareció la referencia al «poder de decisión», expresión que estaba llamada en el primero a sustituir al «control» como eje del concepto de grupo de empresas. De haberse impuesto el elemento «poder –o unidad– de decisión» –equivalente al concepto de «dirección única», tal como fue históricamente interpretado por la jurisprudencia–, se nos hubiera condenado a vivir la atroz inseguridad jurídica que desde los años 2004 a 2008 sufrió el concepto –con las consecuencias de tan diverso orden fiscal que del mismo derivan– de grupo de empresas.

Pero el fantasma que parecía haber desaparecido al recuperar el proyecto el concepto de «control» en la delimitación del perímetro del «grupo», vuelve a aparecer por la vía de considerar parte vinculada a quien ejerza la administración «de hecho», dando entrada en el «grupo», por la puerta de atrás, a las llamadas entidades de propósito especial.

Como decíamos en los números 84 y 85 de la *Revista O Economista*, tras las SSTs de 7 y de 16 de diciembre de 2010 (NFJ041436 y NFJ041439, respectivamente), así como del artículo 2 de las Normas de Formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas, tanto a efectos contables como fiscales, no solo existirá grupo de empresas cuando nos encontremos en cualquiera de los supuestos contemplados en el artículo 42 del Código de Comercio, sino que también podrá haberlo cuando una empresa o grupo participe «en los riesgos y en los beneficios de otra u otras entidades» o bien cuando tenga «capacidad para participar en las decisiones de explotación y financieras» de estas.

Pues bien, ¿en qué casos existe control y, por tanto, grupo de empresas por el mero hecho de que una(s) entidad(es) participe(n) en los riesgos y beneficios o en las decisiones de explotación y financieras de otra u otras, aun cuando no posea la mayoría de los derechos de voto o no tenga la facultad de nombrar o destituir a miembros del órgano de administración (art. 42 del Código de Comercio)? Pues en los supuestos de entidades de propósito especial.

¿Qué se entiende, pues, por entidades de propósito especial? Aunque no contempladas en el Código de Comercio (sí en las Normas Internacionales de Contabilidad), son entidades de propósito especial las «empresas instrumentales», hayan tomado forma de sociedades mercanti-

les o no, creadas para alcanzar un objetivo concreto y definido de antemano, de modo que actúan, en esencia, como una extensión de las actividades de un grupo empresarial.

Son muchos los ejemplos que se pueden poner al respecto. La actual tendencia de la industria y el comercio hacia la externalización y la subcontratación (no hace falta pensar en Inditex o en Mercadona sino en tantos grupos medianos) de su producción, de la transformación y/o de la distribución de sus productos conduce casi siempre a intervenir en sus decisiones de explotación y financieras, creando también en los cientos (miles) de entidades subcontratistas una decidida dependencia de los riesgos y beneficios del grupo para el que trabajan, frecuentemente con carácter exclusivo. En todas estas redes empresariales de subcontratación o externalización del suministro y/o de la producción o la transformación, es inevitable la conexión entre riesgos y beneficios, así como también la intervención en las decisiones de explotación financieras, generando peligrosamente, de acuerdo con el nuevo concepto de control que nos tiene reservado el proyecto de la nueva LIS (el que deriva de la administración de hecho), grupos de empresas, y ello aun cuando no posean unas sobre otras la mayoría de los derechos de voto y no tengan la facultad de nombrar o destituir a miembros del órgano de administración.

2.b.8. Régimen de las operaciones vinculadas

1. Muy poco tiempo duró (desde que se publicó el anteproyecto de la LIS hasta que se publicó el proyecto) la dicha de ver eliminado el ajuste secundario. Nos consta que la mano negra que ahora lo reintroduce, después de que el anteproyecto hubiese prescindido del mismo, es distinta de la mano negra que lo creó en el año 2006, pero lo cierto es que la recalificación de los excesos sobre el valor de mercado en las relaciones económicas que se formalicen entre socio y sociedad vuelve a estar sobre la mesa.

Es más, ni siquiera está claro que reaparezca el ajuste secundario en el proyecto como presunción *iuris tantum*, o sea, como una presunción que admita prueba en contrario, sino como una presunción *iuris et de iure* o una *factio iuris*, apartándose del criterio que el TS ha defendido en su reciente Sentencia de 27 de mayo de 2014 (NFJ054824).

2. En otro orden de cosas, contrariamente a la tendencia recientemente adoptada por ciertos TSJ y por el TS, el proyecto introduce la estanqueidad de las valoraciones resultantes de las operaciones vinculadas («El valor de mercado a efectos de este impuesto, del IRPF o del IRNR no producirá efectos respecto a otros impuestos, salvo disposición expresa en contrario»). El legislador parece ir contracorriente porque para justificar precisamente el criterio contrario (concretamente a fin de justificar el carácter vinculante para la AEAT del valor de mercado determinado por una Administración autonómica en relación con los mismos activos) invocaron tanto el TSJ de Galicia [Sentencia de 27 de febrero de 2013 (NFJ050595)] como el TS [STS de 9 de diciembre de 2013 (NFJ053096)] el llamado principio de delegación de funciones.

2.b.9. Tratamiento de dividendos y plusvalías

El tratamiento fiscal de dividendos y plusvalías, tanto internos como de fuente extranjera, se unifica, estando a partir de 2015 exentos. Como es sabido, hasta ahora solo estaban exentos los de fuente extranjera, arbitrándose en el interior la correspondiente deducción para evitar la doble imposición. Al no haber ahora tributación en la transmitente, ya no tienen sentido las previsiones relativas a evitar la doble imposición en los repartos de dividendos futuros o, por ejemplo, el fondo de comercio en las operaciones de fusión, etc.

Nótese que la apuntada novedad incorpora otra: ya no se exigirá para disfrutar del régimen de exención en dividendos y plusvalías la realización de actividades económicas en el extranjero, sino que se exige únicamente acreditar una tributación mínima del 10%, entendiéndose cumplido este requisito en el supuesto de países con los que se haya suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional (CDI).

Ahora bien, el nuevo régimen de exención va a producir indeseables disfunciones:

- a) Se van a producir tales efectos indeseables sobre las compañías extranjeras que sí tienen que tributar en España por la venta de participaciones sociales por imperativo del correspondiente CDI.
- b) Con el régimen de exención, en segundo término, quedan en peor situación los casos de titularidad de la participación inferior al 5% (y con un valor de adquisición inferior a 20 millones de euros), ya que el régimen de deducción permitía eliminar parcialmente la doble imposición. En cambio, quedan totalmente excluidos del régimen de exención los dividendos y plusvalías cuando la titularidad sea inferior al 5% (y con un valor de adquisición inferior a 20 millones de euros) en la participada.
- c) En tercer lugar, se produce una disfunción que no existía cuando la doble imposición se evitaba aplicando el régimen de deducción en el caso de las personas físicas. Cuando el vendedor era una persona física podía recuperar, aunque parcialmente, el impuesto pagado en el extranjero, recuperación que desaparece con el régimen de exención.

2.b.10. Reserva de capitalización

El proyecto de la LIS crea la interesante figura de la reserva de capitalización, la cual se traduce en la no tributación de cierto porcentaje del beneficio que se destine a la constitución de una reserva indisponible, sin que al menos de momento el proyecto haya establecido ninguna exigencia relativa a la inversión de la reserva en ningún tipo de activos.

Ahora bien, tengamos presente que la nueva figura de la reserva de capitalización se crea a costa de eliminar la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios, incluso de la recientemente creada deducción por inversión de beneficios.

2.b.11. Reserva de nivelación

También crea el proyecto de la LIS para las PYME la interesante reserva de nivelación. La desaparición del tipo de gravamen reducido para las entidades de reducida dimensión se ha querido compensar con la creación de la llamada reserva de nivelación de las bases imponibles negativas, la cual supone una reducción de la misma hasta un 10% de su importe.

Esta medida resulta más incentivadora que el comúnmente denominado «*carry back*» de las pérdidas, ya que permite minorar la tributación de un determinado periodo impositivo respecto de las bases imponibles negativas que se vayan a generar en los cinco años siguientes, anticipando, así, en el tiempo la aplicación de las futuras bases imponibles negativas. De no generarse bases imponibles negativas en ese periodo, se produce un diferimiento durante cinco años de la tributación de la reserva constituida.

Esta medida pretende favorecer la competitividad y la estabilidad de la empresa, permitiendo en la práctica reducir su tipo de gravamen hasta el 22,5%, y, adicionada a la reserva de capitalización, incide nuevamente en la equiparación en el tratamiento fiscal de la financiación ajena y propia.

2.b.12. Reducción de los tipos de gravamen

La reducción de los tipos de gravamen en el IS, si bien debe ser acogida con satisfacción, no deja de surtir relevantes «efectos secundarios».

Téngase en cuenta que la reducción de los tipos de gravamen surte efectos muy concretos sobre el valor de los activos por impuestos diferidos y, en consecuencia, sobre la situación patrimonial de las empresas, hasta el punto de situar a muchas de ellas en causa de disolución. Esto es lo que explica la modificación introducida *ex* Real Decreto-Ley 14/2013, al objeto de convertir determinados activos por impuesto diferido en créditos exigibles frente a la AEAT.

En efecto, una reducción del tipo general del IS incide en los activos y pasivos por impuesto diferido que lucen en el balance de las empresas (los cuales pueden proceder de diferencias temporarias deducibles, de bases imponibles pendientes de deducción fiscal y/o de deducciones en la cuota pendientes de aplicar fiscalmente), teniendo tales diferencias de valoración repercusión en su situación patrimonial y, en ciertos supuestos, también efectos fiscales. Como es sabido, la normativa contable establece que en caso de modificación del tipo del IS, los activos y pasivos por impuesto diferido, concretamente los derivados de diferencias temporarias deducibles e imponibles, deben quedar valorados en balance en función del nuevo tipo, y el importe de los ajustes que se produzcan por este motivo debe imputarse a la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio en que se apruebe la modificación del tipo, repercutiendo en el patrimonio neto. En consecuencia, si el tipo de gravamen baja, se producirá una disminución en los activos y pasivos por impuesto diferido, que en el caso de los activos por impuesto diferido darán lugar a un «gasto» de ejercicio por la diferencia entre el importe del activo por impuesto diferido valorado

antes de la reducción del tipo y la cuantía del mismo que resulta de tomar en consideración el nuevo tipo y, en el caso de los pasivos, a un «ingreso» de ejercicio por la diferencia entre los importes del pasivo por impuesto diferido que resultan de valorarlo tanto al tipo anterior como al nuevo tipo. Pues bien, la cuantía de este «gasto» contable coincide con el exceso de tributación, de la misma manera que el importe del «ingreso» contable coincide con el defecto de imposición.

El comportamiento, sin embargo, de la reducción del tipo de gravamen es diferente en relación con las bases imponibles negativas reflejadas en contabilidad como un activo por impuesto diferido y con abono a una cuenta de ingresos por el crédito que representa el derecho a compensar en ejercicios futuros las pérdidas fiscales (BIN). En este caso no existe ningún problema en el ámbito fiscal ya que no se produce un exceso de imposición cuando se reduce el tipo de gravamen, como sucede en el caso anterior (o sea, de las diferencias temporarias), porque en el momento en que se registren las pérdidas fiscales que se compensarán en ejercicios futuros la tributación es nula, y la situación fiscal es la misma tanto si se mantiene el tipo de gravamen como si se reduce.

2.b.13. Corrección de la doble imposición

1. Damos la bienvenida, como no podía ser de otro modo, a la novedad en materia de deducción por doble imposición internacional que permite deducir vía gasto el exceso de impuesto extranjero que no pueda ser deducido en cuota.
2. Por otra parte, del anteproyecto al proyecto se rectifica una modificación introducida por el primero, también esta vez con buen criterio, de modo que, en el futuro como ahora, la existencia de CDI con cláusula de intercambio de información supone que el impuesto soportado en el otro país se considerará idéntico o análogo al español. La propuesta normativa que figuraba en el anteproyecto de la LIS (la existencia de CDI con cláusula de intercambio de información no implicaba que el impuesto soportado en el otro país fuese necesariamente considerado idéntico o análogo al español) no iba más que a tropezar con el tenor de la mayor parte de los CDI firmados por España, así como con los distintos modelos de convenio nacidos a partir de 1977.

2.b.14. Régimen fiscal especial de operaciones de reestructuración empresarial

Particularmente peligrosa nos parece la novedad que permite a la Inspección denegar parcialmente la aplicación del régimen especial de reestructuración empresarial (art. 89 del proyecto de la LIS). En nuestra opinión, la frecuencia con que este régimen fiscal especial (fusiones, escisiones, aportaciones de rama de actividad, canje de valores...) ha sido negado, en muchas ocasiones por la caprichosa miopía de la Inspección hacia los «motivos económicos válidos», es un precedente que introduce una elevada dosis de riesgo si la inaplicación del régimen fiscal especial puede ser acordada parcialmente.