

EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES EN 2012 (III). LA COMPENSACIÓN DE PÉRDIDAS. LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS COTIZADAS DE INVERSIÓN EN EL MERCADO INMOBILIARIO. LA LIMITACIÓN DE GASTOS FINANCIEROS INTRAGRUPUO

Eduardo Sanz Gadea

Licenciado en Derecho y Ciencias Económicas

EXTRACTO

La presente colaboración continúa el comentario de las normas publicadas en 2012 en relación con el Impuesto sobre Sociedades, y se centra en tres materias, a saber, la compensación de bases imponibles negativas, la tributación de las sociedades anónimas cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario y la limitación a la deducción de gastos financieros en los grupos fiscales. Aun cuando dispares por su naturaleza, están unidas por su relación con la proyección internacional del Impuesto sobre Sociedades, a poco que se entiendan, como así es útil, en su más amplio sentido y significación en el contexto de la tributación de las entidades jurídicas.

En un contexto de agotamiento recaudatorio del Impuesto sobre Sociedades, esencialmente debido a la crisis económica, pero también a ciertos defectos, algunos de los cuales versan, precisamente, sobre la compensación de pérdidas y la deducción de intereses en el seno de los grupos mercantiles multinacionales, puede revestir cierto interés analizar estas materias con una amplitud mayor que aquella que estrictamente se desprende de las normas publicadas en 2012, máxime teniendo en cuenta que sobre las mismas se han pronunciado organizaciones internacionales tan relevantes como la OCDE y la Unión Europea, singularmente a través del Tribunal de Justicia.

Palabras claves: Impuesto sobre Sociedades, bases imponibles negativas, SOCIMI y gastos financieros.

CORPORATE INCOME TAX AS OF 2012 (III). NET OPERATING LOSSES CARRY FORWARD. REAL ESTATE INVESTMENT TRUST (REIT) TAX REGIME. LIMITATION OF INTERCOMPANY FINANCIAL EXPENSE TAX DEDUCTIBILITY

Eduardo Sanz Gadea

ABSTRACT

The instant collaboration continues with the discussion of the rules published throughout 2012 with respect to the Corporate Income Tax and it is focused on three subjects, i.e., net operating losses carry forward, REIT tax regime and the limitation of financial expenses tax deductibility in consolidated groups. In spite of its disparate nature, these rules are united by its relationship with Corporate Income Tax international projections, especially if they are construed, as they should be, in a broad sense and significance in the context of legal persons taxation.

In a context of Corporate Income Tax collection depletion, essentially due to the economic crisis, but also because of certain weaknesses of the law, such as precisely those concerning net operating losses carry forward and the limitation of financial expenses tax deductibility in multinational company groups; for this purpose, it could be of relevance to analyze these issues with a larger field vision than the strict analysis of the rules published in 2012, since international organizations such as the OECD and the European Union through the European Court of Justice, have already pronounced on them.

Keywords: Corporate Income Tax, net operating losses, REIT and financial expenses.

Sumario

1. La compensación de bases imponibles negativas
 - 1.1. Contenido de la limitación
 - 1.2. El contexto de la compensación de bases imponibles negativas
2. El subsistema de la compensación y comunicación de pérdidas fiscales
 - 2.1. Elementos básicos del subsistema
 - 2.2. La comunicación de las pérdidas sufridas por las filiales
3. La planificación fiscal agresiva a través de la compensación y de la comunicación de pérdidas
4. La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de comunicación y compensación de pérdidas
 - 4.1. Comunicación de pérdidas en la relación matriz-filial
 - 4.2. Pérdidas derivadas de la distribución de beneficios
 - 4.3. Compensación de pérdidas con beneficios futuros
 - 4.4. Compensación de pérdidas a través de la consolidación fiscal
 - 4.5. Subrogación en las pérdidas de la sociedad absorbida
5. Los mimbres para una reforma
6. Las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario
 - 6.1. Modificaciones relativas al régimen sustantivo de la SOCIMI
 - 6.2. Tributación de la SOCIMI
 - 6.3. Tributación de los socios de la SOCIMI
 - 6.4. Obligaciones de información
 - 6.5. Régimen fiscal de entrada-salida. Los motivos económicos válidos
 - 6.6. Pérdida del régimen fiscal
 - 6.7. Otros incentivos fiscales para las rentas inmobiliarias
 - 6.8. Valoración del régimen fiscal de las SOCIMI
7. La limitación a la deducción de intereses en los grupos fiscales
 - 7.1. Criterios generales
 - 7.2. Grupos fiscales en los que participan entidades de crédito y aseguradoras
 - 7.3. Gastos financieros netos pendientes de aplicación y beneficio operativo pendiente de utilización, anteriores a la entrada en el grupo fiscal
 - 7.4. Gastos financieros y partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS

- 7.5. La franquicia
 - 7.6. Arbitraje en la captación de la financiación
 - 7.7. Gastos financieros netos pendientes de aplicación y beneficio neto pendiente de utilización en el momento de la extinción del grupo fiscal o de la separación de una entidad
 - 7.8. Las entidades *holding*
 - 7.9. Subrogación en las operaciones del Capítulo VIII del Título VII
 - 7.10. Consolidar o no consolidar frente al límite
8. La deducción de gastos financieros en el proyecto de la OCDE sobre la erosión de bases imponibles (BEPS)

NOTA: Silvia LÓPEZ RIBAS ha tenido la amabilidad de leer este escrito y ha formulado valiosas sugerencias. Los errores que pudiera contener son de la exclusiva responsabilidad de su autor.

«... La satisfacción vital, la satisfacción política y la confianza interpersonal, altas tasas de discusión política y el apoyo al orden social existente, tienden a aparecer juntas: constituyen un síndrome de actitudes positivas ante el mundo en el que se vive, y este síndrome parece ir unido a la viabilidad de las instituciones democráticas...»

Ronald INGLEHART, *El cambio cultural en las sociedades industriales avanzadas...*

1. LA COMPENSACIÓN DE BASES IMPONIBLES NEGATIVAS

El artículo 26.uno del Real Decreto-Ley 20/2012 establece una limitación cuantitativa a la compensación de bases imponibles negativas que únicamente tendrá efectos «para los periodos impositivos que se inicien dentro de los años 2012 y 2013». Se recordará que ya el artículo 9.primero.dos del Real Decreto-Ley 9/2011 había establecido una limitación relativa a los periodos impositivos de 2011, 2012 y 2013, de manera tal que la nueva limitación no es sino una «vuelta de tuerca» respecto de la misma.

Nótese que la norma que la establece se construye a modo de nueva redacción de la precedente.

1.1. CONTENIDO DE LA LIMITACIÓN

La limitación en nada afecta al régimen de la compensación previsto en el artículo 25 del TRLIS. Se trata de un recorte del importe susceptible de compensación. El recorte solo afecta a los sujetos pasivos cuyo volumen de operaciones «calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 121 de la Ley 37/1992 haya superado la cifra de 6.010.121,04 euros durante los doce meses anteriores», y lo hace de manera desigual:

- Importe neto de la cifra de negocios igual o superior a 20 millones de euros e inferior a 60 millones de euros, en cuyo caso la compensación está limitada «al 50 % de la base imponible previa a dicha compensación».
- Importe neto de la cifra de negocios igual o superior a 60 millones de euros, en cuyo caso la compensación está limitada «al 25 % de la base imponible previa a dicha compensación».

Lo único que ha variado respecto de la limitación prevista en el Real Decreto-Ley 9/2011 son los porcentajes, que pasan del 75 al 50 % y del 50 al 25 %.

De esta manera, las entidades afectadas tendrán, respecto de los periodos impositivos de 2012 y 2013, base imponible positiva.

Rebotan ahora, con mayor vigor, las dudas sobre la pertinencia de agravar la carga fiscal de las entidades que han sufrido pérdidas en periodos impositivos precedentes. Véase que una

entidad que haya sufrido pérdidas por 100 en 2012 y beneficios de 180 en 2013 deberá tributar sobre una base imponible de 135 en 2013, en tanto que otra que haya obtenido una pérdida de 25 en 2012 y un beneficio de 105 en 2013, podrá compensar totalmente la pérdida y tributar sobre una base imponible de 80 en 2013, siendo así que el aumento de patrimonio neto por causa de las operaciones realizadas por ambas empresas es idéntico.

La limitación puede suponer un diferimiento en el disfrute de la compensación de bases imponibles negativas, pero también una pérdida del mismo, total o parcial, puesto que el plazo de compensación no ha sido modificado, de manera tal que el aprovechamiento de las pérdidas requiere la generación de mayores beneficios.

1.2. EL CONTEXTO DE LA COMPENSACIÓN DE BASES IMPONIBLES NEGATIVAS

Las carencias de equidad que se atisban en la medida restrictiva descrita solo pueden ser explicadas por la imperiosa necesidad recaudatoria. ¿Podría haberse obtenido un efecto recaudatorio apreciable mediante una reforma del régimen de la compensación de bases imponibles negativas?

En este escrito se sugiere que la compensación de bases imponibles negativas sirve al principio de capacidad económica y que, por tanto, su limitación afecta a dicho principio, sea de manera absoluta si no puede hacerse efectiva la compensación en uno o varios periodos impositivos posteriores, o de manera temporal en caso contrario, y se postula que una suspensión temporal de la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS hubiera deparado un perjuicio menor para el principio de capacidad económica, y, en fin, que dicho precepto debería ser reformado para evitar planificaciones fiscales agresivas de los grupos multinacionales, determinantes de importantes pérdidas recaudatorias.

Antes de avanzar en la argumentación pertinente para justificar las afirmaciones precedentes es conveniente recordar la distinción entre la compensación de bases imponibles negativas en sede de la entidad que ha sufrido las pérdidas y la comunicación de las pérdidas sufridas por una entidad a aquella o aquellas de las que depende, en particular, cuando media la relación matriz-filial. Sin embargo, ambos regímenes, en unión a los concernientes a la eliminación de la doble imposición económica de dividendos y plusvalías de cartera, constituyen un subsistema en el Impuesto sobre Sociedades, esto es, un conjunto normativo que, respondiendo a los mismos principios, versa sobre materias conexas.

La compensación de pérdidas en sede de la misma entidad que las padece se ve hoy como una consecuencia natural del principio de capacidad económica. No fue siempre así, pues en los tiempos de imperio rabioso del denominado principio de independencia de ejercicios la compensación se contemplaba a modo de privilegio fiscal, pero la aplicación generalizada de la compensación de bases imponibles negativas en los países de nuestro entorno, incluso con efecto retroactivo, ha extinguido los últimos rescoldos de esa inconsistente postura. Hoy en día el debate se ha situado en el terreno

más modesto, pero no por ello irrelevante, de la posibilidad de comprobar la efectividad de una pérdida fiscal habida en un periodo impositivo ya prescrito a los efectos de examinar su compensación en otro u otros no prescritos, habiéndose el Tribunal Supremo pronunciado ya en sentido positivo¹.

La comunicación de pérdidas de la filial a la matriz está bastante extendida en los países de nuestro entorno, esencialmente ligada al régimen de consolidación fiscal, pero sobre la misma pesan algunas interrogantes, señaladamente en el caso de filiales extranjeras, tanto por razones de técnica tributaria como de temores asociados a las prácticas de planificación fiscal agresiva. La mayor parte de las sentencias del Tribunal de Justicia concernientes a esta materia contienen un debate que pivota sobre esas razones de técnica tributaria y esos temores, los cuales también han aflorado en un relativamente reciente documento de la OCDE.

2. EL SUBSISTEMA DE LA COMPENSACIÓN Y COMUNICACIÓN DE PÉRDIDAS FISCALES

La compensación y la comunicación de pérdidas configuran, como se ha indicado, un subsistema en el Impuesto sobre Sociedades. Las líneas maestras del mismo no han sido afectadas por las numerosas modificaciones que en 2012 ha sufrido dicho impuesto.

2.1. ELEMENTOS BÁSICOS DEL SUBSISTEMA

El mencionado subsistema está compuesto por los siguientes elementos:

- Las pérdidas sufridas por la sociedad son compensables con los beneficios futuros (art. 25.1 del TRLIS). No obstante, la inactividad acompañada de un cambio sustancial en la titularidad del capital motiva una restricción a la compensación (art. 25.2 del TRLIS).
- Las pérdidas sufridas por el socio por causa de la transmisión de la participación son computables para determinar la base imponible (art. 10.3 del TRLIS).
- Las pérdidas sufridas por las sociedades filiales se imputan a la sociedad matriz a través de la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS. Esta partida, calculada por diferencia entre los fondos propios iniciales y finales, es, básicamente, representativa de dichas pérdidas. No obstante, las reservas distribuidas incorporadas al precio de adquisición de la participación también motivan la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS, pero no dan derecho a la deducción para evitar la doble imposición de dividendos, a menos que la plusvalía obtenida por quien transmitió la participación haya tributado [art. 30.4 e) del TRLIS].

¹ TS, 20 de septiembre de 2012 [rec. 6330/2010 (NFJ048478)] y 22 de noviembre de 2012.

- La recuperación de valor, medida por la diferencia positiva entre la de los fondos propios finales e iniciales, se integra en la base imponible, incluso cuando la participación se halle en poder de una entidad distinta a la que practicó el ajuste negativo, cuando ambas estuvieren vinculadas (arts. 12.3 y 19.6 del TRLIS).
- Los beneficios distribuidos después de una reducción de capital para compensar pérdidas no dan derecho a la deducción para evitar la doble imposición de dividendos, excepto si los mismos se integraron plenamente en la base imponible sin que, por tanto, hubieran sido objeto de una compensación de bases imponibles negativas, a menos que la no compensación se deba a la aplicación de la restricción prevista en el artículo 25.2 del TRLIS, ni ha lugar la deducción para evitar la doble imposición de plusvalías respecto de los beneficios no integrados en la base imponible por causa de la mencionada compensación [arts. 30.4 b) y 20.5 del TRLIS].
- Tratándose de participaciones sobre entidades no residentes cuyas rentas puedan disfrutar del régimen de exención del artículo 21 del TRLIS, la exención del dividendo inhibe el cómputo del deterioro de la participación, incluida la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS, y la pérdida habida en la transmisión, así como el previo cómputo del deterioro, incluida la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS, inhibe la aplicación de la exención de las plusvalías de cartera.
- Tratándose de participaciones sobre entidades no residentes cuyas rentas puedan disfrutar del régimen de deducción del artículo 32 del TRLIS, los dividendos repartidos con cargo a beneficios implícitos en el precio de adquisición de la participación dan derecho a la deducción, pero la consiguiente pérdida de valor de la participación no se integra en la base imponible, salvo que se pruebe la tributación de la plusvalía obtenida por el transmitente de la participación.
- En los supuestos de fusión la sociedad absorbente puede subrogarse en las bases imponibles negativas susceptibles de compensación de la sociedad absorbida, pero con restricciones para evitar el doble cómputo de pérdidas (art. 90 del TRLIS).
- En los supuestos de consolidación el grupo fiscal puede compensar las bases imponibles negativas pendientes de compensación con el límite de la base imponible individual (art. 74.2 del TRLIS).

Los críticos de este subsistema argumentan que determina doble aprovechamiento de pérdidas, porque las pérdidas sufridas por la sociedad motivan, a su vez, el deterioro de la participación del socio, el cual puede computarla de manera definitiva mediante la transmisión de la participación. Nótese que el doble aprovechamiento solo se produce si se transmite la participación a un tercero, pues si se mantiene dicha participación la recuperación de valor elimina la posibilidad de doble aprovechamiento.

Los críticos arguyen, consecuentemente, que una vez transmitida la participación a un tercero, la sociedad que ha sufrido las pérdidas no debería tener derecho a su compensación.

Esa crítica sería válida si la capacidad económica se predicara exclusivamente respecto de los socios, pero si se predica también respecto de la sociedad no lo es. Ahora bien, el Impuesto sobre Sociedades está basado, precisamente, en la capacidad económica de las personas jurídicas, por más que la misma pueda ser considerada como vicaria de la concerniente a los socios.

El legislador ha resuelto el dilema mediante dos medidas complementarias. Así, ha neutralizado el doble aprovechamiento negando la deducción para eliminar la doble imposición de dividendos y de plusvalías, en la forma anteriormente expuesta. Pero como quiera que mientras el hecho de la distribución del dividendo o el de la transmisión de la participación no se realice subsiste el doble aprovechamiento de pérdidas, para evitar lo que se ha dado en denominar el mercado de las sociedades en pérdidas, ha establecido una restricción a su compensación en los términos también anteriormente expuestos.

En algunos casos el subsistema parece ofrecer algunos desperfectos. Así, cuando la persona o entidad de la que se adquirió la participación no tributó en España por razón de la plusvalía obtenida en la transmisión de la participación y la eventual pérdida de valor derivada de la distribución del dividendo no se manifiesta en el propio periodo impositivo sino en otro posterior, señaladamente a través de la transmisión de la participación. Una interpretación razonable del artículo 30.4 e) del TRLIS llevaría a entender que las deducciones practicadas deben reintegrarse en los términos del artículo 137.3 del TRLIS.

En sentido inverso, el rechazo a la integración de las pérdidas derivadas del deterioro o la transmisión de la participación cuando previamente se hubiere aplicado la exención a un dividendo, hasta el importe del mismo, podría ser censurada por cuanto la exención está justificada por la tributación del beneficio del que procede el dividendo y la pérdida no trae su causa de la distribución del dividendo, pero no debería perderse de vista que dicha tributación la percibió una autoridad fiscal extranjera.

El legislador fiscal ha buscado un equilibrio que, con todas sus imperfecciones, reposa sobre unos criterios congruentes. Sin embargo, no es fácil que satisfaga a todos.

2.2. LA COMUNICACIÓN DE LAS PÉRDIDAS SUFRIDAS POR LAS FILIALES

La imputación de las pérdidas sufridas por las filiales está regulada en el artículo 12.3 del TRLIS. Se trata de un régimen específicamente fiscal, nacido a raíz de la reforma contable establecido por la Ley 16/2007, que permite la minoración de la base imponible de la matriz en función de las pérdidas de carácter fiscal sufridas por la filial, y que opera incluso cuando tales pérdidas no impliquen, a tenor de las normas contables, un deterioro de la participación. Es, probablemente, el caso más agudo de quiebra del antaño denominado principio de inscripción contable, hoy en día recogido en el artículo 19.3 del TRLIS, en cuya virtud la deducción de cualquier partida está supeditada a su imputación contable a la cuenta de pérdidas y ganancias.

La doctrina más conspicua justifica este singular régimen para mantener el statu quo del deterioro de las participaciones significativas tras la reforma contable. Ahora bien, esa justificación es endeble frente a la función sanadora del principio de inscripción contable, y por otra parte se

aparta de uno de los principios rectores de la reforma del Impuesto sobre Sociedades de 1995, a saber, tomar como elemento nuclear de la base imponible el resultado contable.

Esta partida fiscalmente deducible no ha sido objeto de restricción o limitación en 2012, a pesar de que, por su contextura, era, probablemente, el máximo candidato a entrar en la cofradía de las restricciones o limitaciones que por imperiosos motivos recaudatorios de interés general se han abatido sobre el Impuesto sobre Sociedades. En efecto, si las pérdidas sufridas por la propia entidad en periodos impositivos precedentes no se permite que agüen por completo la base imponible de los periodos impositivos iniciados en 2012 y 2013, cuanto más cabía esperar respecto de las pérdidas sufridas por las entidades filiales en esos periodos impositivos en relación con las bases imponibles de la sociedad matriz, máxime cuando la partida fiscalmente deducible que las representa implica un ajuste temporal susceptible de recuperación, de manera tal que en no pocos casos hubiere supuesto recaudar hoy sin hipotecar la recaudación futura.

Sea como fuere y por las causas que fuere, el legislador ha decidido no incluir la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS en el elenco de las restricciones y limitaciones que traen su causa de la crisis económica, a pesar de que en un contexto de recesión económica su importancia cuantitativa será relevante.

Durante 2012 la doctrina administrativa ha venido perfilando el régimen de la partida fiscalmente deducible, de manera tal que en torno a la misma se ha creado un sólido cuerpo de criterios:

- El régimen de la partida fiscalmente deducible no es alternativo respecto del general [V1600/2012 (NFC045187)].
- Los gastos a tomar en consideración son los fiscalmente no deducibles, tanto absolutos como temporales. Esto obliga a realizar los ajustes pertinentes de signo contrario en los periodos en los que el gasto deviene fiscalmente deducible o en los que se produce una reversión contable de gastos que no fueron fiscalmente deducibles. En suma, todo ello apunta a la determinación de una suerte de fondos propios fiscales [V0623/2009 (NFC032145); V1600/2012 (NFC045187)].
- El deterioro contable no es fiscalmente deducible, solo lo es la partida fiscalmente deducible, por aplicación del principio de especialidad. Lo mismo cabe señalar de la reversión contable en relación con la recuperación de valor fiscal [V0882/2009 (NFC032576); V0369/2010 (NFC037521); V2514/2011 (NFC042754)].
- La partida fiscalmente deducible también es aplicable respecto de las entidades no residentes en territorio español, incluso en el importe de la partida fiscalmente deducible que teóricamente pueda determinar una participada no residente en territorio español. Con ello se resuelve la literalidad del nuevo párrafo incorporado por la Ley 11/2009 al artículo 12.3 del TRLIS [V0369/2010 (NFC037521)].
- Para calcular los fondos propios debe tomarse en consideración el balance individual y no el consolidado. Se apoya la contestación, tal vez a contra corazón, en sendas Resoluciones del TEAC de 15 de marzo de 2007 (NFJ029267) y 3 de abril de 2008

(NFJ029259). Ahora bien estas resoluciones se referían a hechos anteriores a la nueva redacción del artículo 12.3 del TRLIS establecida por la Ley 4/2008, de manera tal que la Dirección General de Tributos ha perdido una ocasión para rectificar su criterio en un sentido más idóneo. No obstante, la consulta recuerda que la modificación introducida por la Ley 11/2009 relativa al cómputo de la partida fiscalmente deducible habida en la participada tiene efecto en relación con los periodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2008 [V0687/2010 (NFC037890); V1600/2012 (NFC045187)]. Nótese que dicha modificación viene a ser un suceso del balance consolidado.

- El balance a tomar en consideración para determinar los fondos propios es el formulado o aprobado por el órgano competente de la sociedad participada antes de que finalice el plazo voluntario de la declaración. Excepcionalmente puede tomarse el del ejercicio anterior si el balance del ejercicio no hubiere sido formulado en ese plazo. Por otra parte, tratándose de entidades participadas que formulen sus cuentas en moneda distinta al euro, han de convertirse los estados financieros a dicha moneda, de manera tal que es posible que exista partida fiscalmente deducible por el efecto del tipo de cambio [V0088/2011 (NFC040163)]. La consulta no aborda la cuestión de las tasas de inflación, en particular si la reexpresión implica la afloración de fondos propios.
- No es aplicable lo que establece el artículo 19.3 del TRLIS sobre el gasto extemporáneo [V0087/2011 (NFC040162); V0088/2011 (NFC040163); V2261/2012 (NFC045869)]. Por tanto, la partida fiscalmente deducible no podrá ser aplicada en un periodo impositivo posterior al pertinente, de manera tal que su eventual aprovechamiento debería canalizarse a través de una rectificación de la declaración.
- Es concebible que la disminución de fondos propios de una entidad situada a dos o más eslabones de la cadena, y aun estando los eslabones constituidos por participadas no residentes, tenga efectos en la entidad dominante. Por tanto, a estos efectos, ha de calcularse, en sede de las entidades participadas no residentes en territorio español, la partida fiscalmente deducible que hubieran podido practicar caso de ser residentes en territorio español.
- La partida fiscalmente deducible ha de eliminarse en el régimen de los grupos fiscales.
- El ingreso derivado de la contabilización del Impuesto sobre Sociedades no debe ser ajustado en el sentido de minorar los fondos propios, aun cuando no tenga la consideración de ingreso fiscal [V1600/2012 (NFC045187)].
- Para calcular la renta derivada de la transmisión de la participación debe minorarse el valor de adquisición en la partida que se dedujo o que hubiera debido deducirse por aplicación de lo previsto en el artículo 12.3 del TRLIS [V2100/2012 (NFC045709)].
- Los fondos propios negativos no determinan la partida fiscalmente deducible pues la misma no puede superar el importe de la inversión, pero deberá admitirse la deducibilidad del importe que corresponda en aquel ejercicio posterior en que se realicen aportaciones a los fondos propios de las entidades participadas, siempre que el importe de estos no hayan aumentado [V1790/2012 (NFC045412)].

- Para calcular el segundo límite no se tomará en consideración la corrección por gastos fiscalmente no deducibles [V1600/2012 (NFC045187)].
- Deberá tomarse en consideración, a todos los efectos fiscales, la partida fiscalmente deducible que hubiera debido determinarse en sede de la entidad participada, con independencia de que esa partida hubiera o no sido efectivamente deducida. Por tanto, también deberá tomarse en consideración aun cuando hubiera sido objeto de eliminación como consecuencia de la consolidación fiscal [V1600/2012 (NFC045187)].

El régimen de la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS determina que la pérdida sufrida por cualquier entidad de un grupo mercantil, sea o no residente en territorio español, transite por toda la cadena de participación minorando las bases imposables de las entidades que participan en dicha entidad, sea de manera directa o indirecta, hasta el eslabón en que los beneficios sean suficientes para neutralizarla, pudiendo así llegar hasta la misma matriz. En rigor esto también acaece con el deterioro contable, pero media una diferencia sustancial, a saber, que el deterioro contable luce en cuentas y merma el patrimonio neto con todas las consecuencias mercantiles adversas que de ello se derivan, lo que constituye un freno a prácticas irregulares con finalidad fiscal que no fue apreciado por el legislador de la Ley 4/2008.

En apariencia el tránsito de la partida fiscalmente deducible por todas y cada una de las entidades que integran la cadena de participación implica una multiplicación artificial de la pérdida sufrida por una de las entidades de la cadena. Bien se comprende que ello no es así sino que el efecto real de ese tránsito es el propio de la agregación de resultados. Por tanto, como quiera que la partida fiscalmente deducible transita en sentido opuesto a la dirección de la cadena de participación, aun cuando la suma algebraica de las bases imposables de todas las entidades que la conforman será la misma cualquiera que sea el eslabón de la cadena en el que se produzca la pérdida, el impacto recaudatorio de aquella será tanto mayor cuanto más alejada de la matriz esté la entidad en la que se produce la pérdida.

3. LA PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA A TRAVÉS DE LA COMPENSACIÓN Y DE LA COMUNICACIÓN DE PÉRDIDAS

El informe *Utilización de Prácticas Agresivas de Planificación Fiscal en Relación a Pérdidas Empresariales* (OCDE 2011) examina la regulación de la compensación de pérdidas en un grupo de países y efectúa un conjunto de recomendaciones en orden a su mejora. El informe se divide en seis capítulos. En el Capítulo IV se da cuenta de las planificaciones fiscales agresivas en materia de compensación de pérdidas fiscales, distinguiendo hasta siete tipos. Un análisis de los mismos, siquiera sea somero, reviste interés en orden a valorar mejor las normas que configuran el subsistema, anteriormente expuesto, de la compensación y comunicación de pérdidas en el TRLIS².

² Para un examen en profundidad puede consultarse el artículo de Albert AMORÓS VIÑALS titulado «La Planificación Fiscal Agresiva», RCyT. CEF. núm. 362, mayo 2013.

- Planificación sobre transferencia de pérdidas. Las operaciones identificadas consisten, básicamente, en la transferencia de beneficios/pérdidas mediante instrumentos derivados, concertados con posiciones opuestas por las entidades que integran el grupo de empresas.

Si el precio contractual es de mercado nada hay de objetable, más allá de que se mezcle la actividad productiva con la especulativa. El problema es que los instrumentos derivados no siempre cotizan en un mercado oficial, y que, en tal caso, la determinación del precio responde a unas técnicas de valoración de difícil aplicación y discutible fundamento, de manera tal que los derivados pueden convertirse en instrumentos idóneos para provocar los desplazamientos artificiosos de pérdidas/beneficios, entre sociedades del grupo, o a favor de los socios últimos o inversores finales.

Esta planificación fiscal agresiva es, en rigor, ajena al subsistema de compensación y comunicación de pérdidas fiscales del TRLIS. Se combatiría, en su caso, mediante las normas rectoras de las operaciones vinculadas (art. 16 del TRLIS), aun cuando entre los métodos de valoración legalmente tipificados no se incluya una referencia a los generalmente aceptados en la valoración de instrumentos financieros.

- Planificación sobre transferencia de beneficios. En rigor es la misma situación que la precedente. Una técnica detectada consiste en la aportación de intangibles a la sociedad en pérdidas que son arrendados a las sociedades en beneficios.

En la medida en que esa operación se realice a valor de mercado y la empresa arrendataria obtenga ingresos congruentes de la explotación de los intangibles nada hay de irregular. La irregularidad se presenta cuando no se derivan ingresos congruentes de esos intangibles. Por tanto, la corrección de esta irregularidad también descansa en la técnica de las operaciones vinculadas. Más allá de la precedente consideración, tratándose de intangible generado internamente cabe, en vía de análisis ultra normativo, plantear cuál debe ser la entidad o entidades del grupo en las que deben residenciarse los gastos inherentes a su formación y los ingresos derivados de su utilización. Pues bien, la lógica apunta a que dichos gastos deben ser soportados por las entidades que pueden beneficiarse de los ingresos derivados de los intangibles, pero que en ningún caso aquellos gastos deberían exceder de los realmente incurridos.

En este sentido, la práctica de centralizar los intangibles en una entidad que posteriormente cede su uso mediante precio a otra u otras del grupo fiscal no debiera examinarse bajo la lupa de la valoración sino de la más certera y rigurosa de someter a esos gastos al doble filtro del beneficio derivado del intangible y de los gastos incurridos en su obtención. Enfocar la cuestión de los intangibles como un problema de valoración de operaciones entre empresas vinculadas, tal y como aparentemente podría indicar una aproximación superficial a la doctrina de la OCDE, implica pasar por alto otro problema previo, a saber, el del sentido económico de la centralización de intangibles en determinadas entidades del grupo que posteriormente ceden su uso mediante precio.

Antaño, cuando los cánones satisfechos por la utilización de intangibles se sometían a retención en el Impuesto sobre la Renta de los no Residentes (IRNR), el problema apuntado revestía una importancia menor, pero hogaño España comparte el punto de vista de los países ricos en tecnología e intangibles concerniente a la eliminación de dicha retención, bien a las claras materializado en la reciente modificación del convenio para evitar la doble imposición suscrito con los Estados Unidos, de manera tal que el problema de referencia se agiganta.

- Planificación tendente a rebasar el plazo de compensación de pérdidas. Se utilizan técnicas de creación artificial de beneficios en la entidad afectada, con cargo a pérdidas de otras entidades del grupo.

También este problema, tal vez menor que los precedentes, puede ser superado mediante la valoración por el valor normal de mercado de las operaciones realizadas entre las entidades vinculadas.

- Planificación tendente a burlar las restricciones sobre cambio de propiedad. Se utilizan técnicas diversas según el tenor de la legislación restrictiva que se intenta sortear. Una es disimular la toma de control canalizando la transmisión mediante acciones sin voto en la medida en que las mismas no procuran un cambio de control.

Este problema puede ser combatido mediante la adecuada calificación de la operación.

- Planificación tendente a eludir las restricciones a la compensación de pérdidas preexistentes al cambio de control. La técnica más frecuente consiste en la adquisición de sociedades con pérdidas latentes, esto es, todavía no contabilizadas, de manera tal que no les son aplicables las normas sobre no compensación de pérdidas existentes en el cambio de control.

Estos casos pueden abordarse corrigiendo, a efectos fiscales, los estados contables de la entidad participada, al objeto de desvelar la existencia de esas pérdidas efectivas y permitir la aplicación de las normas restrictivas de la compensación de pérdidas preexistentes al cambio de control.

- Planificación tendente a la creación de pérdidas fiscales que no son económicas. Se basa en una operación que genera ingresos no computables (dividendos o plusvalías exentas, o intereses exentos por convenio) asociada con gastos sí computables (intereses derivados de la financiación de la operación).

Estas operaciones, en cuanto carentes de sustancia económica o de finalidad económica distinta de la consecución de una ventaja fiscal, pueden ser neutralizadas mediante el conflicto en aplicación de la norma tributaria del artículo 15 de la Ley General Tributaria. Varias sentencias de los tribunales españoles las han abordado³.

- Planificación para posibilitar la deducción múltiple de una misma pérdida. La táctica más común es la venta interna de la participación sobre una sociedad que ha

³ AN, 7 de febrero de 2013 [rec. 172/2010 (NFJ050014)] y 21 de febrero de 2013 [rec. 47/2010 (NFJ050173)].

sufrido pérdidas, determinando así una minusvalía, de manera tal que, en ausencia de normas sobre recuperación de valor, se producirá doble compensación cuando las pérdidas se compensen con beneficios futuros. También se produce la doble deducción en el caso de entidades de doble residencia o de consideración distinta en dos jurisdicciones (transparente/no transparente).

Se trata, bien se ve, del problema del doble aprovechamiento, examinado en un apartado anterior.

La mayor parte de las tramas precedentes consisten en el desplazamiento artificioso de resultados entre entidades de un mismo grupo multinacional que tributan ante jurisdicciones fiscales distintas. Estas tramas pretenden frustrar la tributación de los beneficios ante la jurisdicción fiscal que realmente corresponde, violentando así el principio de territorialidad. Las posibilidades de neutralizar estas operaciones fraudulentas mediante las normas generales antiabuso o las normas sobre precios de transferencia están abiertas, pero no son fáciles de aplicar.

Más allá de ese escenario, conviene preguntarse si tiene sentido económico permitir la comunicación de pérdidas sufridas por una filial residente en el extranjero con los beneficios de su matriz residente en territorio español.

Debe rechazarse una contestación negativa basada en el argumento de que si no se gravan los dividendos tampoco debiera admitirse la imputación de las pérdidas vía artículo 12.3 del TRLIS, pues los beneficios no se gravan con la finalidad de evitar la doble imposición económica en tanto que las pérdidas sufridas por la filial deterioran el valor de la participación de la matriz, de acuerdo con los principios contables. Cuestión distinta es que la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 opere incluso sin mediar deterioro contable, lo que puede ser reprochable, ciertamente, pero que es irrelevante para desvirtuar el argumento precedente. En efecto, la asimetría en el tratamiento de pérdidas y beneficios está plenamente justificada en el objetivo de eliminar la doble imposición económica que pesaría sobre los segundos si no se eximieran.

Ahora bien, la imputación de las pérdidas de la filial debe producirse, a efectos fiscales, en sede de la matriz que realmente lo sea, y no en sede de una entidad del grupo que no tenga tal consideración material, por más que sea formalmente tenedora de la participación. ¿Tiene algún sentido imputar a una entidad residente en territorio español las pérdidas sufridas por una entidad residente en otro país cuando la entidad dominante del grupo multinacional no es residente en territorio español? La respuesta, se sugiere, ha de ser forzosamente negativa, por cuanto el efecto de dicha imputación es frustrar la tributación de los beneficios derivados de las actividades económicas realizadas por la entidad residente en territorio español, lo que, en definitiva, iría en contra del principio de territorialidad. Y ha de ser negativa incluso si existiere alguna relación económica entre la entidad participante y la participada, e incluso si la participante dirigiera, gestionara o controlara a la entidad participada pues, en definitiva, la pérdida sufrida por una filial no es, en sentido económico y financiero, imputable a otra filial, sino a la propia matriz. Ciertamente, la contabilidad individual de la entidad tenedora de la participación reflejará, en su caso, la pérdida

sufrida por la entidad participada, pero el documento contable que realmente da cuenta de esa pérdida son las cuentas consolidadas, pues, en rigor, las pérdidas de cualquier filial son imputables a la matriz última o entidad dominante del grupo multinacional, ya que es ella la titular última de la inversión financiera, en tanto que la filial intermedia mantiene una titularidad puramente vicaria.

Desde esta consideración, lo apropiado sería imputar la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS a la matriz última o entidad dominante del grupo multinacional. En consecuencia, solamente pesaría contra una base imponible gravada por el Impuesto sobre Sociedades cuando la entidad dominante fuera residente en territorio español.

4. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE COMUNICACIÓN Y COMPENSACIÓN DE PÉRDIDAS

La descripción de la doctrina que emana de las sentencias del Tribunal de Justicia permite calibrar la adecuación de nuestra legislación en materia de compensación y comunicación de pérdidas fiscales a la normativa comunitaria y, al tiempo, perfilar los límites a los que debería atenderse una eventual reforma de la misma. ¿Puede ser el régimen de la compensación y la comunicación de pérdidas entre matriz y filial distinto en atención al lugar de la residencia de una y otra? Esta es la interrogante crucial que debe despejarse mediante el examen de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

4.1. COMUNICACIÓN DE PÉRDIDAS EN LA RELACIÓN MATRIZ-FILIAL

La sentencia fundamental es *Marks & Spencer*⁴. El Tribunal hubo de dilucidar si el Tratado⁵ se oponía a una legislación que impedía la compensación por parte de la entidad matriz de las pérdidas sufridas por las filiales extranjeras, siendo así que la permitía tratándose de entidades filiales nacionales (Reino Unido). El Tribunal apreció que esa diferencia de trato provocaba una restricción a la libertad de establecimiento, pero, como se verá, estimó las causas de justificación alegadas.

⁴ *Marks & Spencer* [asunto C-446/03 (NFJ021162)]: «Los artículos 43 y 48 CE no se oponen, en el estado actual del Derecho comunitario, a la normativa de un Estado miembro que excluye con carácter general la posibilidad de que una sociedad matriz residente deduzca de su beneficio imponible las pérdidas sufridas en otro Estado miembro por una filial establecida en el territorio de este, cuando prevé tal posibilidad en el caso de pérdidas sufridas por las filiales residentes. No obstante, es contrario a los artículos 43 CE y 48 CE excluir dicha posibilidad de la sociedad matriz residente cuando, por una parte, la filial no residente ha agotado las posibilidades de que se tengan en cuenta las pérdidas sufridas en su Estado de residencia en el periodo impositivo correspondiente a la solicitud de consolidación y en los ejercicios anteriores y cuando, por otra parte, no existe la posibilidad de que dichas pérdidas puedan ser tenidas en consideración en su Estado de residencia en ejercicios futuros respecto de ella misma o de un tercero, en especial, en caso de cesión de la filial a este».

⁵ Bajo esta expresión se alude a las normas del TUE y del TFUE o Tratados en el sentido del artículo 1.2 del TFUE.

Se alegó, como causa de justificación, mantener el «reparto de la potestad tributaria de los Estados miembros», lo que, a juicio del gobierno británico, implicaba que a las filiales se les debía aplicar una sola legislación en relación con los beneficios y las pérdidas, esto es, la legislación del país en que residían, de donde se derivaba la improcedencia de la compensación de las pérdidas en sede de la matriz. El Tribunal fue sensible a este argumento pues, de lo contrario, los grupos multinacionales, razonó, podrían elegir el lugar de compensación de las pérdidas.

Se alegó el «riesgo de doble cómputo de pérdidas». El Tribunal también fue sensible. Así, la eliminación de dicho riesgo se puede lograr excluyendo la compensación de pérdidas de las filiales extranjeras en sede de la matriz, o, en el mismo sentido, excluyendo a las filiales extranjeras del grupo fiscal.

Se alegó el «riesgo de evasión fiscal», y el Tribunal apreció que, efectivamente, era concebible una planificación tendente a compensar arbitrariamente las pérdidas en aquellas entidades del grupo fiscal cuya tributación era más exigente.

Por todo ello la restricción estaba justificada. Ahora bien, era necesario que no fuera más allá de lo estrictamente necesario y, a tal efecto, debería admitirse la compensación de las pérdidas de la filial extranjera cuando la misma hubiere agotado todas las posibilidades de compensación en el país donde la misma residía.

La sentencia *Rewe*⁶ se refiere al deterioro de la participación sobre una entidad filial, mas como quiera que dicho deterioro está relacionado con las pérdidas sufridas por la filial resulta pertinente su consideración.

El Tribunal debió dilucidar si el Tratado se oponía a una legislación que admitía la deducción del deterioro de la participación sobre filiales nacionales en tanto que solo la admitía de manera limitada tratándose de filiales extranjeras. El Tribunal apreció que esa diferencia de trato implicaba una restricción a la libertad de establecimiento, pero, a diferencia de *Marks & Spencer*, rechazó las causas de justificación alegadas.

Se alegó el «reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros», sobre la base de que, tratándose de filiales nacionales, se gravaba el beneficio y se computaba el deterioro, en tanto que tratándose de filiales extranjeras no se gravaba el beneficio (se gravaba en el país de residencia de la filial) y de aquí que tampoco se computase el deterioro. El Tribunal rechazó la alegación pero sin ofrecer una argumentación precisa.

⁶ *Rewe* [asunto C-347/04 (NFJ025222)]: «En circunstancias como las del asunto principal, en las que una sociedad matriz tiene en una filial no residente una participación que le concede una influencia real en las decisiones de dicha filial extranjera y le permite determinar sus actividades, los artículos 52 del Tratado CE (actualmente artículo 43 CE, tras su modificación) y 58 del Tratado CE (actualmente artículo 48 CE) se oponen a una norma de un Estado miembro que restringe, para la sociedad matriz residente en dicho Estado, la posibilidad de deducir las pérdidas sufridas por la referida sociedad en concepto de amortizaciones realizadas sobre el valor de sus participaciones en filiales establecidas en otros Estados miembros».

Se alegó la «necesidad de evitar el doble cómputo de pérdidas». El Tribunal rechazó la alegación pues, de una parte negó que existiera identidad entre el deterioro de la participación y las pérdidas de la filial, y de otra advirtió que las filiales nacionales podían compensar las pérdidas con los beneficios futuros y, sin embargo, ello no impedía el cómputo del deterioro en sede de la matriz. El Tribunal no profundizó en si los beneficios posteriores obtenidos por la filial con cargo a los cuales se efectuaba la compensación determinaban la reversión del deterioro en sede de la matriz, como así parece que habría de ser en términos de lógica contable.

Se alegó la «lucha contra el fraude o la evasión fiscal», en el sentido de que la norma restrictiva del cómputo del deterioro estaba basada en la experiencia de la constitución en el extranjero de filiales típicamente generadoras de pérdidas de dudosa consistencia. En este sentido, las autoridades fiscales alemanas exhortaron al Tribunal para que matizase su doctrina relativa a las normas antiabuso de manera tal que se consideraran justificadas no solo las destinadas específicamente a frustrar montajes puramente artificiales sino también otras más generales y abstractas basadas en casos tipo. El Tribunal no accedió a tal matización.

Se alegó la «necesidad de facilitar la eficacia de los controles fiscales». El Tribunal la rechazó ya que el cómputo del deterioro de la participación sobre la filial extranjera podía someterse a los requisitos y comprobaciones que deseara establecer la autoridad fiscal alemana.

Se alegó la «necesidad de preservar la coherencia del sistema fiscal», sobre la base de que, de acuerdo con el convenio bilateral aplicable (germano-holandés), los dividendos de las filiales estaban exentos, de manera tal que lo coherente sería no computar el deterioro de la participación. El Tribunal rechazó esta alegación porque no apreció un vínculo directo entre la exención del dividendo y el no cómputo del deterioro, pero, además, advirtió que los dividendos de las filiales alemanas también estaban exentos y el deterioro de la participación sobre las mismas se computaba.

Se alegó el «principio de territorialidad». El Tribunal observó que ese principio implicaba que la matriz (alemana) había de tributar en función de la renta mundial y que la filial extranjera había de hacerlo por las rentas que, eventualmente, pudiera tener de un establecimiento permanente en Alemania, y concluyó que el cómputo del deterioro a efectos fiscales no violentaba tal esquema de tributación.

La sentencia apreció que la libertad de establecimiento se oponía al régimen fiscal enjuiciado.

Las dos sentencias comentadas versan sobre la comunicación de pérdidas en las relaciones matriz-filial, y tienen en común que aprecian la existencia de una restricción a la libertad de establecimiento, pero discrepan radicalmente en la apreciación de las causas de justificación. Esto se debe a que el Tribunal ha partido de considerar que el deterioro contable no estaba relacionado con las pérdidas pues, en otro caso, posiblemente no se hubiera producido esa discrepancia. Ahora bien, la realidad es que las pérdidas son un hecho relevante en la determinación del deterioro de la participación.

Más allá de dicha discrepancia lo que interesa es debatir sobre los argumentos del Tribunal concernientes a las causas de justificación y, singularmente, sobre la que aparece más relevante, a saber, la relativa al «reparto de la potestad tributaria de los Estados miembros». ¿Infringe la compensación de las pérdidas sufridas por la filial en sede de la matriz ese reparto? ¿Debe pos-

tularse en nombre de ese reparto que los beneficios y las pérdidas de la filial han de estar exclusivamente sujetas a la legislación fiscal del país en donde reside la filial?

La potestad tributaria se reparte mediante un convenio bilateral. Si tomamos como referencia el modelo de convenio de la OCDE nada se dice en el mismo respecto de la incidencia de las pérdidas de las filiales en la matriz. Este aspecto se deja, por consiguiente, a la legislación interna de las partes contratantes. El reparto versa sobre los beneficios: no se gravan por el país de la matriz mientras no se distribuyan, el país de la filial puede practicar retención sobre el dividendo, y, en fin, el país de la matriz debe imputarla en forma ordinaria.

No es extraño que sobre las pérdidas nada se establezca, por cuanto los convenios versan, esencialmente, sobre la eliminación de la doble imposición jurídica, y la concurrencia de pérdidas no genera un supuesto de hecho determinante de doble imposición. ¿Puede inferirse del reparto de la potestad tributaria en materia de beneficios un criterio latente o implícito respecto de las pérdidas? Así, puesto que los beneficios solo se gravan por el país de la filial mientras no se distribuyan (art. 7 del modelo de convenio de la OCDE) podría aducirse que las pérdidas también deben quedar enclaustradas en sede de la filial. Este argumento es bastante débil. Más cierto es que los convenios bilaterales para evitar la doble imposición no se ocupan de este supuesto de hecho por cuanto no es determinante de doble imposición. Por el contrario en *Rewe* el Tribunal rechazó esta causa de justificación, sin duda porque no atisbó que tras un deterioro se halla, en no pocas ocasiones, una pérdida.

Con todo, ha de destacarse que el Tribunal no ha tomado, al menos explícitamente, como referencia para configurar los elementos determinantes del reparto de la potestad tributaria los principios de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, limitándose a insertar en tal causa de justificación a todas aquellas normas que tengan por objeto frustrar comportamientos que puedan impedir que las autoridades fiscales recauden los impuestos correspondientes a actividades realizadas en su territorio.

No hace falta mucha argumentación para constatar que el artículo 12.3 del TRLIS es respetuoso con la libertad de establecimiento pues trata por igual a las filiales nacionales que a las extranjeras. Mayor interés reviste indicar que la doctrina contenida en *Marks & Spencer* daría amparo a una aplicación de la partida fiscalmente deducible limitada al ámbito de las filiales domésticas y al de aquellas no residentes que hubieran agotado las posibilidades de compensación de acuerdo con el ordenamiento interno. Por el contrario la sentencia *Rewe* rechazaría ese amparo. No obstante, habida cuenta de que la partida fiscalmente deducible se construye sobre las pérdidas de la entidad participada y que es independiente del deterioro de la participación, parece que la partida fiscalmente deducible debería contemplarse en relación con la sentencia *Marks & Spencer*.

No se sigue de ello que sea técnicamente correcto limitar la partida fiscalmente deducible al ámbito interno, por el contrario, se opina que no lo es ya que ello iría en demérito del principio de neutralidad, pero en un contexto de medidas restrictivas y contrarias en buena medida a ese principio, como puede ser la propia restricción a la compensación de bases imponibles negativas anteriormente comentada, alivia constatar que la norma comunitaria no hubiera impedido una suspensión de la partida fiscalmente deducible con origen foráneo.

4.2. PÉRDIDAS DERIVADAS DE LA DISTRIBUCIÓN DE BENEFICIOS

En *Glaxo*⁷ el Tribunal se enfrentó a un aspecto peculiar del subsistema de compensación y comunicación de pérdidas, a saber, las provocadas por una distribución de beneficios. El Tribunal hubo de dilucidar si el Tratado se oponía a una legislación que permitía la minoración de la base imponible por causa del deterioro de la participación provocada por la distribución del dividendo cuando la participación se había adquirido a un contribuyente residente pero no cuando se había adquirido a un contribuyente no residente. Puesto que la legislación se refería a todo tipo de participaciones y no solo a las de control, la cuestión se examinó a la luz de la libertad de movimiento de capitales.

El Tribunal comparó la situación interna (adquisición de la participación a un residente) y la situación comunitaria (adquisición de la participación a un no residente) y constató que la tributación de esta última era menos ventajosa pudiéndose derivar de ello una disuasión respecto de la adquisición de la participación a no residentes, y, por ende, una restricción a la libertad de movimiento de capitales.

El Tribunal admitió, de acuerdo con su doctrina relativa a la libertad de movimiento de capitales, que la situación del residente y del no residente no era, en principio, equivalente, pero puntualizó que, en el caso examinado, se contemplaba la situación del residente adquirente de la participación frente al deterioro, cuyo importe era independiente del lugar de residencia del transmitente de la participación.

Se alegó la «necesidad de mantener la coherencia del sistema tributario», y se sustentó en que el transmitente residente de la participación tributaba sobre plusvalía en tanto que el transmitente no residente no lo hacía. El Tribunal replicó que no veía la ventaja que para el adquirente de la participación a un extranjero compensaba la desventaja del no cómputo del deterioro, de manera tal que no se cumplía la doctrina del vínculo directo.

Se alegó la «necesidad de preservar el reparto equilibrado de los ingresos fiscales». El Tribunal fue sensible a este argumento, por cuanto la deducción del deterioro derivado de la distribución del dividendo habría de aumentar el precio de la transmisión, lo que equivaldría, en términos económicos, a la concesión de un crédito fiscal al transmitente de la participación, cuyo efecto práctico sería neutralizar la tributación de los beneficios de la entidad residente que distri-

⁷ *Glaxo* [asunto C-182/08 (NFJ035061)]: «El artículo 73 B del Tratado CE (actualmente artículo 56 CE) debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro, en virtud de la cual la depreciación de participaciones sociales como consecuencia de una distribución de dividendos no afecta a la base imponible de un contribuyente residente, cuando este adquiere participaciones en una sociedad de capital residente, de un tenedor de participaciones no residente, mientras que, cuando adquiere participaciones de un tenedor residente, tal depreciación disminuye la base imponible del adquirente.

Esta conclusión es aplicable en los casos en que dicha normativa no va más allá de lo necesario para salvaguardar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, así como para evitar los montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica y creados con el único fin de beneficiarse indebidamente de una ventaja fiscal. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si la normativa de que se trata en el litigio principal se limita a lo necesario para alcanzar esos objetivos».

buye el dividendo. De esta manera, afirma el Tribunal, los ingresos que en condiciones normales serían imposables en el Estado miembro del domicilio de la entidad que distribuye el dividendo se desplazarían hacia el Estado miembro competente para gravar la plusvalía realizada por el no residente, vulnerando así el reparto equilibrado de la potestad tributaria.

Se alegó la «lucha contra el fraude o la evasión fiscal», y el Tribunal entendió que la norma restrictiva podía ser válida para frustrar prácticas cuya única finalidad es posibilitar que el tenedor no residente se beneficie económicamente de un crédito fiscal que jurídicamente no le corresponde.

Sin embargo, en punto a la adecuación y proporcionalidad de la medida restrictiva, el Tribunal observó que no se podía presumir que, en todo caso, el precio de venta contendría el crédito fiscal y que las operaciones se realizarían con la exclusiva finalidad de hacerlo efectivo, y también que la medida no se aplicaba exclusivamente respecto de los montajes puramente artificiales sino con carácter general. A pesar de ello el Tribunal dejó la puerta abierta a la aplicación de la medida si los tribunales alemanes verificaban que era posible reducir su campo a tales montajes artificiales.

El fallo está compuesto por dos declaraciones. En la primera se afirma que la libertad de movimiento de capitales no se opone a la medida, pero en la segunda se observa que la primera está supeditada a que dicha medida no vaya más allá de lo necesario para salvaguardar el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, así como para frustrar los montajes puramente artificiales carentes de realidad económica y cuya finalidad sea beneficiarse indebidamente de una ventaja fiscal.

La sentencia *Glaxo* aborda un problema bien conocido, a saber, el tratamiento de la pérdida de valor de la participación derivada de una distribución de dividendos.

La distribución de un dividendo motiva una pérdida de valor de la participación cuando el beneficio del que procede estaba idealmente comprendido en el precio de adquisición de la misma, ya sea porque el reparto se ha producido con cargo a reservas existentes en el momento de la adquisición de la participación o porque se ha producido con cargo a los beneficios futuros descontados en dicho precio.

A través de un razonamiento complejo pero sugerente, la sentencia parece constatar que la confluencia de la eliminación de la doble imposición económica con la pérdida de valor de la participación depara un déficit de imposición que es compensado con la tributación de la plusvalía derivada de la transmisión de la participación, y de ahí que sea correcto supeditar el cómputo fiscal de la pérdida de valor a aquellos casos en los que la participación ha sido adquirida de un residente.

El modelo de convenio de la OCDE nada establece expresamente sobre el particular, pero puesto que concede la competencia para gravar los beneficios de las sociedades al país en el que residen (art. 7) parece correcto entender que repudia toda norma que tenga por efecto práctico cegar esa fuente de ingresos fiscales, lo que así sucedería, en términos económicos, si el transmitente de la participación fuera un no residente, pues la plusvalía correspondiente tributaría en otro país. En este sentido, un conjunto de preceptos del TRLIS regula de manera dispar esta materia, pero con

efectos prácticos convergentes. Así, el artículo 30.4 e) del TRLIS rechaza la deducción para evitar la doble imposición económica de dividendos de fuente interna cuando la participación se adquirió a un no residente, el artículo 32.5 del TRLIS rechaza la integración en la base imponible de la pérdida de valor de la participación cuando la participación se adquirió a un no residente, el artículo 89.3 del TRLIS priva de eficacia fiscal a la diferencia de fusión cuando la participación se adquirió de un no residente, excepto si el mismo ha tributado sobre la plusvalía en algún Estado miembro de la Unión Europea.

Todos estos preceptos responden al mismo fundamento que anima la sentencia *Glaxo* si bien el artículo 89.3 del TRLIS claudica gratuitamente ante la tributación de la plusvalía en algún Estado miembro de la Unión Europea.

El artículo 21.4 del TRLIS rechaza la pérdida de valor hasta el importe de los dividendos previamente exentos, sin distinción alguna por razón de la residencia de la persona o entidad de quien se adquirió la participación, y, literalmente, sin que tal rechazo esté condicionado a que los dividendos hayan causado la pérdida de valor.

Aunque este último precepto rechaza la pérdida de valor derivada de la transmisión de la participación, es lo cierto que descansa en un fundamento distinto al que anima la sentencia *Glaxo* y los preceptos anteriormente citados. En efecto, el referido rechazo se configura de manera absoluta, cualquiera que sea la residencia de la persona o entidad de quien se adquirió la participación, y plena, cualquiera que sea la causa de la pérdida de valor, esto es, derive o no tal pérdida de valor de la distribución del dividendo. Es el rechazo pleno el que determina la irrelevancia de la residencia de la persona o entidad de la que se adquirió la participación.

Aun cuando el artículo 21.4 del TRLIS, como se ha indicado, descansa en un fundamento distinto de *Glaxo* no se sigue de ello que perturbe la libertad de establecimiento. Por el contrario, al no establecer un tratamiento dispar según cuál sea la residencia de la persona o entidad de quien se adquirió la participación, es perfectamente respetuoso con la misma.

No puede decirse lo mismo de su adecuación a la Directiva matriz-filial, por cuanto en la misma se faculta a los Estados miembros para rechazar la deducción de «las minusvalías derivadas de la distribución de los dividendos», pero no, por tanto, cualquier tipo de minusvalía o pérdida de valor subsiguiente a la distribución de un dividendo exento, como podría ser la derivada de pérdidas contables sufridas por la entidad participada en un ejercicio posterior a la distribución de los dividendos. No obstante, esa fricción tal vez pueda ser paliada por la perfecta adecuación del artículo 32 del TRLIS al texto de la citada Directiva.

Por otra parte, rechazar esa pérdida, esto es, rechazar la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS o, todavía más, la pérdida derivada de la transmisión de la participación por causa de la concurrencia previa de un dividendo exento, implica perturbar la propia finalidad del artículo 21 del TRLIS consistente en la eliminación de la doble imposición económica. La exención del dividendo no implica privilegio fiscal alguno, simplemente es una técnica para eliminar la doble imposición económica. Por ello el no cómputo de una pérdida de valor que tiene su ori-

gen en una pérdida de la sociedad participada no puede ser visto como la compensación o neutralización de un privilegio.

Así, podría postularse una interpretación del artículo 21.4 del TRLIS que no desmereciera su espíritu y finalidad, consistente en constreñir el no cómputo de la pérdida de valor al supuesto en la que la misma viniera determinada por la distribución del dividendo. Es dudoso que esa interpretación pueda abrirse camino, pues el literal de la norma rechaza la pérdida de valor *en cualquier caso*, y la doctrina administrativa así lo ha recalcado en la Consulta V0323/2005 (NFC020502).

4.3. COMPENSACIÓN DE PÉRDIDAS CON BENEFICIOS FUTUROS

En *AMID*⁸ el Tribunal examina un caso de compensación de pérdidas con beneficios de ejercicios futuros. El Tribunal hubo de dilucidar si el Tratado se oponía a un régimen de compensación de pérdidas en cuya virtud tal compensación no era posible si esas pérdidas procedían de ejercicios en los que la entidad obtuvo beneficios mediante establecimientos permanentes situados en el extranjero, estando estos beneficios exentos, sea por legislación interna o por convenio.

El Tribunal constató que si las sucursales se hallaban en Bélgica, las pérdidas de la casa central se compensarían automáticamente con los beneficios de aquellas, y entendió que la situación de sucursal local y sucursal extranjera comunitaria eran comparables, y como quiera que se hacía de peor trato a la segunda, advirtió que existía una restricción para que las casas centrales belgas se establecieran en otros Estados miembros mediante establecimiento permanente. El peor trato era claro, por cuanto la tenencia de un establecimiento permanente obstruía la compensación de las pérdidas de la casa central. Nótese, por otra parte, que la exención de los beneficios del establecimiento permanente no implica ventaja fiscal alguna, sino que se trata de un sistema para evitar la doble imposición.

No se alegaron causas de justificación, más allá de afirmar que las empresas con sucursales nacionales no eran comparables con las empresas con sucursales comunitarias, y el fallo consistió en una declaración incondicional de apreciación de la existencia de restricción a la libertad de establecimiento.

Nuestra legislación pasaría el filtro de la sentencia *AMID* por cuanto la exención de las rentas obtenidas por la casa central mediante establecimiento permanente es irrelevante respecto de la determinación de la base imponible susceptible de compensación.

⁸ *AMID* [asunto C-141/99 (NFJ009745)]: «El artículo 52 del Tratado CE (actualmente artículo 43 CE, tras su modificación) se opone a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual una sociedad, constituida con arreglo al Derecho de dicho Estado miembro, en el que tiene su domicilio social, solo puede deducir de los beneficios imposables de un año, a efectos del Impuesto sobre Sociedades, las pérdidas sufridas el año anterior a condición de que dichas pérdidas no se hayan podido compensar con los beneficios obtenidos, en ese mismo año anterior, por uno de sus establecimientos permanentes situado en otro Estado miembro, en la medida en que las pérdidas compensadas de ese modo no pueden deducirse de los ingresos imposables en ninguno de los Estados miembros afectados, mientras que, si los establecimientos de dicha sociedad se encontrasen exclusivamente en el Estado miembro donde tiene su domicilio social, serían deducibles».

4.4. COMPENSACIÓN DE PÉRDIDAS A TRAVÉS DE LA CONSOLIDACIÓN FISCAL

La sentencia fundamental en este campo es *X Holding BV*⁹, pues aborda la cuestión del perímetro de la consolidación fiscal de los grupos con presencia en más de un Estado miembro de la Unión Europea. Así, el Tribunal hubo de dilucidar si el Tratado se oponía a una legislación que permitía la tributación consolidada pero que impedía la inclusión en el grupo fiscal de las empresas residentes en el extranjero. El Tribunal examinó la cuestión a la luz de la libertad de establecimiento puesto que subyacía la participación en empresas filiales.

El Tribunal comparó la situación interna (matriz y filial nacionales) con la situación comunitaria (matriz nacional y filial extranjera), y constató que la primera disfrutaba de una ventaja fiscal, consistente en la compensación de pérdidas y en la neutralidad fiscal de las operaciones internas, en tanto que la segunda carecía de tal ventaja. Sostuvo la comparabilidad de ambas situaciones a pesar de que las filiales no residentes no estaban sujetas a la legislación nacional (holandesa), ya que la comparabilidad debía construirse en relación con el objetivo de la normativa nacional controvertida, en el presente caso la configuración de un grupo fiscal.

Pues bien, dicha ventaja podía disuadir la creación de filiales en el ejercicio de la libertad de establecimiento y, consecuentemente, la perturbaba o restringía.

Se alegó el mantenimiento «del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros». El Tribunal observó que el régimen de consolidación permitía la compensación de pérdidas de la filial con los beneficios de la matriz o de otra sociedad del grupo, y sobre la base de *Marks & Spencer* entendió que ello perjudicaba el reparto de la potestad tributaria por cuanto implicaba que la matriz podría escoger el régimen y el lugar de compensación de tales pérdidas. La argumentación es congruente con *Marks & Spencer*, pues la consolidación implica la compensación de pérdidas de la filial extranjera.

La Comisión, a la que sin duda no se le podía escapar que una sentencia contraria a la exclusión de las filiales extranjeras del grupo fiscal favorecería indirectamente su proyecto de base imponible común consolidada, alegó que lo procedente era tratar a las filiales extranjeras «del mismo modo que los establecimientos permanentes sitos en el extranjero... mediante un mecanismo de transferencia provisional de pérdidas vinculado a un régimen de recuperación en ejercicios posteriores». El Tribunal no acogió este argumento porque, de cara al reparto de la potestad tributaria, las filiales y los establecimientos permanentes no se encuentran en la misma situación, como así se desprende del modelo de convenio de la OCDE, en el que la filial queda al margen de la competencia del Estado de origen contrariamente de lo que acontece respecto del establecimiento permanente.

⁹ *X Holding BV* [asunto C-337/08 (NFJ037112)]: «Los artículos 43 CE y 48 CE no se oponen a la normativa de un Estado miembro que permite a una sociedad matriz constituir una unidad fiscal con su filial residente, pero no permite la constitución de dicha unidad fiscal con una filial no residente si los beneficios de esta última no están sometidos a la legislación fiscal de dicho Estado miembro».

El Tribunal fue consciente de que con su razonamiento habilitaba un tratamiento fiscal distinto en términos materiales en el Estado de origen para filiales y establecimientos permanentes, siendo así que una y otro son dos formas jurídicas a través de las cuales se ejercita la libertad de establecimiento en orden al ejercicio de la misma actividad económica, pero en su decisión pesó más la diferente situación que filiales y establecimientos permanentes ocupan en el modelo de convenio de la OCDE.

No se sigue de lo anterior que la situación inversa, esto es, la inclusión de filiales extranjeras en el grupo fiscal, eventualmente recibiría el reproche de la jurisprudencia comunitaria. Por el contrario, sería plenamente congruente con el ordenamiento comunitario con tal de que no provocase doble imposición ya que la misma violentaría el espíritu de la Directiva 90/435/CEE.

La sentencia entendió plenamente justificada la exclusión del perímetro de la consolidación fiscal de las filiales residentes en el extranjero.

En la sentencia *X e Y*¹⁰ el Tribunal examinó un aspecto de un régimen fiscal cercano al de la consolidación fiscal, esto es, el régimen de las transferencias de patrimonio de la matriz a favor de las filiales que han sufrido pérdidas. Así, el Tribunal debió dilucidar si el Tratado se oponía a un régimen fiscal que admitía como gasto la transferencia realizada por una matriz (Suecia) a su filial cuando la misma estaba controlada directamente o por medio de otra entidad intermedia, incluso residente en otro Estado miembro, pero no cuando el control se realizaba por medio de dos o más entidades residentes en Estados miembros diferentes.

En la sentencia se ventiló también la legitimación del tribunal alemán que presentó la cuestión prejudicial y la idoneidad de la decisión administrativa recurrida, ya que no se trataba de un acto de liquidación sino de información sobre un régimen fiscal.

El Tribunal constató que la diferencia de trato provenía del lugar del domicilio de las filiales intermedias, y de ahí derivó la existencia de una restricción a la libertad de establecimiento, sin una reflexión adicional relativa a que esa diferencia de trato podría desanimar el ejercicio de la libertad de establecimiento, tal vez porque el Gobierno sueco no opuso argumentos en contra.

¹⁰ *X e Y* [asunto C-200/98 (NFJ051178)]: «Cuando un Estado miembro concede determinadas ventajas fiscales a las transferencias financieras internas de un grupo efectuadas entre dos sociedades anónimas establecidas en este Estado miembro, la segunda de las cuales pertenece en su totalidad a la primera, bien directamente o bien a dicha sociedad conjuntamente con:

- una o varias filiales asimismo establecidas en dicho Estado miembro y pertenecientes en su totalidad a esta, o
- una o varias filiales que le pertenecen en su totalidad y que tienen su domicilio en otro Estado miembro con el que el primer Estado miembro ha celebrado un Convenio para evitar la doble imposición que incluye una cláusula de no discriminación,

los artículos 52 a 58 del Tratado se oponen a que no disfruten de estas mismas ventajas fiscales las transferencias efectuadas entre dos sociedades anónimas establecidas en dicho Estado miembro, la segunda de las cuales pertenece en su totalidad y de manera conjunta a la primera y a varias filiales que pertenecen en su totalidad a esta y que tienen su domicilio en varios Estados miembros, distintos del primero, con los que este ha celebrado Convenios para evitar la doble imposición que incluyen una cláusula de no discriminación».

No se alegaron causas de justificación y el Tribunal, consecuentemente, no entró en las mismas, fallando que la libertad de establecimiento se oponía al régimen fiscal concernido.

*Papillon*¹¹ versó sobre un aspecto accesorio de la determinación del perímetro de la consolidación fiscal, a saber, la incidencia de la participación indirecta a través de una entidad no residente, y así el Tribunal examinó si el Tratado se oponía a un régimen de consolidación fiscal que rechazaba la inclusión en el grupo fiscal de las filiales domésticas controladas a través de otras filiales residentes en otros Estados miembros (Francia).

El Tribunal, después de constatar que el régimen de consolidación fiscal suponía una ventaja en cuanto permitía la compensación de pérdidas, encontró que la situación comunitaria (control indirecto a través de filial comunitaria) y la situación interna (control indirecto a través de filial nacional) eran comparables y, por ende, estimó que existía una restricción a la libertad de establecimiento.

Se alegó «el reparto equilibrado de la potestad tributaria», pero el Tribunal observó que solo existía un país concernido por los ingresos tributarios. Se alegó «la coherencia del sistema tributario». El Tribunal aceptó esta alegación por cuanto la no pertenencia de la entidad intermedia al grupo fiscal haciéndolo la final provocaba el riesgo del doble cómputo de la pérdida eventualmente sufrida por la filial final, esto es, primero en calidad de perteneciente al grupo y luego en cuanto determinante del deterioro de la participación de la intermedia que, a su vez, podría provocar el deterioro de la participación de la matriz. Este riesgo no acontecía en la situación puramente interna debido a la eliminación propia del proceso de consolidación.

Ahora bien, el Tribunal entendió que la medida iba más allá de lo necesario. En efecto, estimó que para evitar el riesgo de doble cómputo de la pérdida se hubiera podido adoptar una norma menos restrictiva tendente a excluir el riesgo de doble cómputo de pérdidas, proporcionando la Directiva 77/779/CEE los cauces de información precisa, y de esta manera sentenció que la libertad de establecimiento se oponía a la exclusión del grupo fiscal de las filiales nacionales controladas a través de una filial intermedia residente en otro Estado miembro.

La sentencia *ICI*¹² se puede inscribir entre las que hacen referencia a la comunicación de pérdidas en un régimen similar al de la consolidación fiscal. Hubo el Tribunal de dilucidar si el

¹¹ *Papillon* [asunto C-418/07 (NFJ030334)]: «El artículo 52 del Tratado CE (actualmente artículo 43 CE, tras su modificación) debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro en virtud de la cual se concede un régimen de imposición de grupo a una sociedad matriz residente en ese Estado miembro que controla filiales y subfiliales igualmente residentes en dicho Estado, pero se excluye para tal sociedad matriz si sus subfiliales residentes son controladas por medio de una filial residente en otro Estado miembro».

¹² *ICI* [asunto C-264/96 (NFJ006465)]: «El artículo 52 del Tratado CE se opone a una normativa de un Estado miembro que, en lo que respecta a las sociedades que tienen su domicilio social en ese Estado miembro y que forman parte de un consorcio a través del cual son propietarias de una sociedad *holding* y ejercen su derecho de libre establecimiento para crear por medio de esa sociedad *holding* filiales en otros Estados miembros, supedita el derecho a una desgravación fiscal al requisito de que la actividad de la sociedad *holding* consista en ser titular, única o principalmente, de las acciones de filiales que tengan su domicilio social en el Estado miembro de que se trate.

Tratado se oponía a un régimen en cuya virtud las pérdidas sufridas por una entidad asociada residente (UK) a través de una entidad *holding* no eran compensables por causa de que la susodicha *holding* participaba, además de en entidades residentes en UK, residentes en otros Estados, unos comunitarios otros terceros, siendo así que en caso de ser todas las entidades participadas residentes en UK la citada compensación sería posible.

El Tribunal enfocó la cuestión desde la perspectiva de la libertad de establecimiento, y recordando la doble vertiente de la misma, esto es, que afecta tanto al Estado de destino como de origen, observó que el Estado de origen obstaculizaba con esa medida la constitución de entidades filiales en otro Estado miembro y, por tanto, restringía el derecho de establecimiento.

Se alegó la lucha contra el fraude y la evasión fiscal, la necesidad de preservar los ingresos fiscales, y la necesidad de mantener la coherencia del sistema tributario. En relación con la primera causa el Tribunal constató que la norma británica no tenía por objeto frustrar los montajes artificiosos dirigidos a burlar las normas fiscales, puesto que afectaba a la situación objetiva de existencia de filiales en el extranjero, cualquiera que fuese la actividad o función de las mismas en el contexto del grupo de sociedades. Esta doctrina será reiterada por el Tribunal de Justicia en sucesivas sentencias siendo, tal vez, la más decisiva por su alcance la sentencia *Lankhorst*, concerniente a las normas antisubcapitalización.

Respecto de la segunda causa, después de recordar su admisión en *Bachman* y *Comisión/Bélgica*, observó que no se apreciaba relación alguna entre la compensación de pérdidas sufridas por la filial residente en UK y la tributación de las filiales no residentes en otros países. En fin, en cuanto a la necesidad de preservar los ingresos fiscales, el Tribunal recordó que no era una causa de justificación admisible.

El fallo contiene dos declaraciones. La primera establece incondicionalmente la oposición del derecho de establecimiento a la norma británica. La segunda versa sobre el caso en que las filiales de la *holding* fueran todas residentes en países terceros, no hallando restricción, ni implicación del ordenamiento comunitario.

En *Philips Electronics*¹³ el Tribunal hubo de dilucidar si el Tratado se oponía a una legislación que supeditaba la transferencia de las pérdidas sufridas por un establecimiento permanente

2. En circunstancias como las del litigio principal, el artículo 5 del Tratado CE no obliga al Juez nacional a interpretar su legislación en un sentido conforme al Derecho comunitario ni a dejar de aplicar esa legislación en una situación ajena al ámbito de aplicación de este».

¹³ *Philips Electronics* [asunto C-18/11 (NFJ048211)].

«1. El artículo 43 CE debe interpretarse en el sentido de que constituye una restricción de la libertad de establecerse en otro Estado miembro de que goza una sociedad no residente el hecho de que una normativa nacional supedita la posibilidad de transferir a una sociedad residente por medio de la consolidación fiscal las pérdidas generadas por el establecimiento permanente en ese Estado miembro de una sociedad no residente al requisito de que no sea posible utilizar dichas pérdidas a efectos de un tributo extranjero, siendo así que la transferencia de pérdidas generadas en ese Estado miembro por una sociedad residente no se halla sometida a ningún requisito equivalente.

a una sociedad del mismo grupo al que pertenecía la casa central a la condición de que tales pérdidas no pudieran ser compensadas en sede de la casa central o, más generalmente, ser utilizables a efectos de un tributo extranjero, cuando esta condición no se establecía respecto de la transferencia de pérdidas entre sociedades filiales (UK).

Como quiera que la libertad de establecimiento puede ejercitarse mediante filiales o sucursales, y el régimen fiscal relativo a la transferencia de pérdidas era distinto según que se utilizase una u otra forma jurídica, y más gravoso respecto del establecimiento permanente, el Tribunal constató la existencia de una restricción, ya que, a juicio del Tribunal, la situación de un establecimiento permanente y la de una sociedad son iguales, a efectos de la transferencia de pérdidas

El tribunal nacional que solicitó la sentencia prejudicial inquirió si podían operar como causas de justificación bien el objetivo de «evitar la doble compensación de pérdidas» o el de «preservar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros» o una combinación de ambos.

En punto al reparto equilibrado de la potestad tributaria en materia de pérdidas, el Tribunal recordó que era estimable esta causa de justificación cuando la medida restrictiva tenía por finalidad garantizar la simetría entre el derecho a gravar los beneficios y la facultad de deducir pérdidas, y concluyó que la transferencia de pérdidas del establecimiento permanente a otra sociedad del grupo, estando aquel y este ubicados en el mismo territorio, no interfería en la potestad para gravar los beneficios del establecimiento permanente.

En rigor, se opina que la negativa a la transferencia de pérdidas nada tiene que ver con la distribución de la potestad de gravar entre los países concernidos, ya que tal reparto indica que, de acuerdo con los convenios bilaterales, el país del establecimiento grava los beneficios del mismo, y el de la casa central o los exime o concede un crédito de impuesto, de manera tal que la transferencia de pérdidas es una operación ajena a ese equilibrio.

En punto a la doble compensación de pérdidas los razonamientos del Tribunal fueron ambiguos pues se limitó a constatar que la potestad tributaria del país del establecimiento no quedaba mermada por el hecho de que las pérdidas también pudieran ser tomadas en el país de la casa central.

Ciertamente, la doble imputación de pérdidas es, en abstracto, posible. En efecto, el país de la casa central puede admitir que las pérdidas del establecimiento se compensen con los beneficios de la casa central, de manera tal que la transferencia de pérdidas implica una doble compensación. Ahora bien, esta posible doble compensación se supera mediante la técnica adecuada, esto es, la tributación de los beneficios futuros del establecimiento permanente y su recaptura en sede de la casa central.

2. Una restricción de la libertad de establecerse en otro Estado miembro de que goza una sociedad no residente como la controvertida en el asunto principal no puede justificarse por razones imperiosas de interés general resultantes del objetivo de evitar la doble imputación de las pérdidas, de preservar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros o de la combinación de estos dos motivos.
3. En una situación como la controvertida en el litigio principal el juez nacional no debe aplicar las disposiciones de la normativa nacional contrarias al artículo 43 CE».

El fallo no es sino una repetición condensada de los razonamientos relativos a la restricción y ausencia de causas de justificación. Por tanto, una declaración incondicional de que la libertad de establecimiento se opone a la medida fiscal concernida.

El artículo 67 del TRLIS circunscribe el perímetro del grupo fiscal a las entidades residentes en territorio español, estableciendo de esta manera un régimen de comunicación de pérdidas de las filiales a la matriz distinto por razón de la residencia de dichas filiales, pero esa diferencia de trato halla amparo en *X Holding BV*. Por el contrario la exclusión de filiales residentes en territorio español participadas a través de entidades no residentes choca con *Papillon*.

El TRLIS no contempla que las pérdidas sufridas por los establecimientos permanentes ubicados en territorio español puedan ser compensadas por las sociedades filiales residentes en dicho territorio cuya matriz sea la casa central. En efecto, respecto de esas pérdidas no opera la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS, y, por otra parte, los establecimientos permanentes no pueden formar parte de un grupo fiscal a menos que lo hagan en calidad de entidad dominante. Sin embargo, una sucursal de una entidad residente sí forma parte del grupo fiscal en cuanto integrante de una entidad que lo hace. Este régimen fiscal podría entrar en conflicto con *Philips Electronics*, por cuanto las pérdidas habidas por una sucursal nacional dependiente de una entidad residente o por un establecimiento permanente propiamente dicho dependiente de una entidad residente, se compensan con los beneficios de las entidades del grupo fiscal.

Para aprovechar estas pérdidas se utiliza el expediente de aportar el establecimiento permanente a una sociedad filial de la casa central residente en territorio español, o, simplemente, constituyendo a partir de los activos afectos una entidad jurídica, acogiendo la operación al Capítulo VIII del Título VII del TRLIS. Las Consultas V0083/2010 y V2660/2011 (NFC042956) han interpretado que la sociedad beneficiaria de la aportación puede subrogarse en el derecho a la compensación a pesar de que no se produce una sucesión a título universal en sentido estricto, con base en una interpretación finalista de la Directiva 99/434/CEE, y «de conformidad con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea». Ahora bien, la doctrina administrativa también entiende aplicable la restricción del artículo 90.3 del TRLIS, «de manera que, las bases impositivas negativas pendientes no serán compensables en sede de la entidad adquirente cuando la entidad transmitente y la adquirente formen parte de un grupo de sociedades, en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, y dichas bases impositivas negativas hayan sido computadas en sede de la entidad transmitente, o bien cuando las pérdidas del establecimiento permanente hubieran sido computadas con anterioridad, o pudieran serlo en el futuro, por la entidad transmitente en el lugar de su residencia».

La labor creadora de la doctrina administrativa es notable. Así califica de sucesión universal lo que no lo es, y supedita la subrogación en la compensación de bases impositivas negativas a que las pérdidas del establecimiento permanente no hayan sido aprovechadas ni puedan serlo en el futuro por la entidad transmitente, esto es, la casa central.

La extinción del derecho a la compensación de bases impositivas negativas por causa de la aportación del establecimiento permanente a una entidad, ya sea constituida al efecto o preexistente, no sería lógica, y la doctrina administrativa hace un esfuerzo interpretativo por encauzar

tal operación bajo el manto de la sucesión universal apelando a la normativa comunitaria y a la doctrina del Tribunal de Justicia, evitando, al tiempo, el doble cómputo de pérdidas.

4.5. SUBROGACIÓN EN LAS PÉRDIDAS DE LA SOCIEDAD ABSORBIDA

En *A Oy*¹⁴ el Tribunal hubo de dilucidar si el Tratado se oponía a una norma que no permitía la compensación de las pérdidas sufridas por una sociedad filial residente en otro Estado miembro en sede de la sociedad matriz que la ha absorbido, cuando tal compensación sí sería posible en caso de que las dos sociedades fueran residentes en el mismo Estado miembro (Finlandia).

El Tribunal entendió aplicable la libertad de establecimiento por cuanto las operaciones de fusión transfronterizas responden a las necesidades de cooperación y reagrupación de sociedades establecidas en Estados miembros diferentes. El Tribunal comparó la fusión interna con la fusión transfronteriza y como quiera que la primera permitiera la compensación de pérdidas y la segunda no dedujo que ello pudiera hacer menos atractiva la constitución de filiales en otro Estado miembro, y de ahí la restricción a la libertad de establecimiento. En el contexto del examen de la restricción el Tribunal hizo hincapié en que las fusiones internas y las transfronterizas son objetivamente comparables a la luz de la finalidad u objetivo de la normativa fiscal nacional relativa a la compensación de pérdidas en los casos de fusión. En efecto, frente a ese objetivo de compensación ambas operaciones de fusión están en la misma situación.

Se alegó «el reparto de la potestad tributaria», «la necesidad de impedir la doble compensación de pérdidas», y la de «evitar el fraude y la evasión fiscal». El Tribunal recordó que la primera causa de justificación amparaba normas fiscales que tuvieran por objeto evitar comportamientos que pudieran comprometer el derecho de los Estados miembros a ejercer su competencia fiscal en relación con actividades realizadas en su territorio, y admitió que la transferencia de pérdidas pudiera implicar un peligro para el reparto de la potestad tributaria, seguramente porque ello podría perturbar la correcta tributación de las rentas obtenidas por la entidad residente que reclama la compensación vía transferencia. El Tribunal también atisbó el riesgo de doble compensación, así como el riesgo de evasión fiscal mediante planificaciones tendentes a situar las pérdidas en la entidad del grupo que tributa a mayor tipo de gravamen. Puede observarse que la sentencia sigue el camino trazado por *Marks & Spencer*.

¹⁴ *A Oy* [asunto C-123/11 (NFJ049866)]: «Los artículos 49 TFUE y 54 TFUE no se oponen, en las circunstancias del asunto principal, a una normativa nacional que excluye la posibilidad de que una sociedad matriz que se fusiona con una filial establecida en otro Estado miembro, y que ha cesado su actividad, deduzca de sus ingresos imposables las pérdidas sufridas por esa filial en ejercicios anteriores a la fusión, mientras que dicha legislación nacional otorga tal posibilidad cuando la fusión se lleva a cabo con una filial residente. No obstante, tal normativa es incompatible con el Derecho de la Unión si no ofrece a la sociedad matriz la posibilidad de demostrar que su filial no residente ha agotado las posibilidades de tener en cuenta tales pérdidas y que no existen posibilidades de que sean tenidas en cuenta en su Estado de residencia en ejercicios futuros, ya sea por ella misma o bien por un tercero.

2. Las reglas para el cálculo de las pérdidas de la filial no residente para su asunción por la sociedad matriz residente, en una operación como la que es objeto del asunto principal, no deben suponer una desigualdad de trato con las reglas de cálculo aplicables en el supuesto de que esa fusión se hubiera realizado con una filial residente».

Ahora bien, aun cuando concurren las causas de justificación referidas, la norma restrictiva ha de ser proporcionada y no ir más allá de lo necesario, y el Tribunal enfocó la cuestión en función de las posibilidades de compensación que pudiera tener la sociedad absorbida, descargando la prueba de las mismas sobre el tribunal nacional. De modo que, si esas posibilidades fueran nulas sería contrario al derecho de establecimiento que la sociedad absorbente no pudiera compensar las pérdidas padecidas por la sociedad absorbida.

Sentada esta conclusión se planteaba otra secundaria, a saber, la normativa que habría de aplicarse para determinar el importe de las pérdidas susceptibles de compensación. Pues bien, el Tribunal apunta hacia la legislación del Estado miembro de la sociedad absorbente, al objeto de establecer una igualdad con la compensación en los casos de fusión por absorción puramente interna.

El artículo 90.4 del TRLIS rechaza la compensación de pérdidas fiscales nacidas al amparo de una legislación extranjera. Sin embargo, las pérdidas sufridas por una sociedad filial extranjera habrán podido compensarse en sede de su matriz española por la vía del artículo 12.3 del TRLIS, de manera tal que el supuesto de hecho de *A Oy* no se plantearía, excepto si las pérdidas concernidas se hubieren generado antes de la toma de la participación.

5. LOS MIMBRES PARA UNA REFORMA

El periplo por la doctrina administrativa relativa al artículo 12.3 del TRLIS, el documento de la OCDE y las sentencias del Tribunal de Justicia sugiere que el actual régimen de compensación y comunicación de pérdidas procedentes de las filiales ameritaría una reforma de carácter técnico que, por otra parte, sería fructífera desde la perspectiva recaudatoria.

Los mimbres para esta reforma pueden ser los siguientes:

- Imputación de las pérdidas de las filiales extranjeras a la matriz dominante, no a la matriz intermedia. Así, aun cuando las participaciones directas sobre dichas filiales las tuvieran otra u otras entidades del grupo mercantil, las pérdidas serían imputadas a la entidad dominante.

Esta medida no plantearía un conflicto con la libertad de establecimiento por cuanto la misma trata por igual a las pérdidas de las filiales, cualquiera que fuere su residencia y la residencia de la matriz dominante. El Impuesto sobre Sociedades tradicionalmente ha otorgado un trato idéntico al deterioro de la participación sobre una entidad filial, sin efectuar distinciones por razón del lugar de su residencia. La medida que se sugiere no rompe esa tradición pues no niega el cómputo del deterioro o pérdida de valor de la participación sobre la filial por ser esta residente en el extranjero, sino que se limita a matizar cuál es la entidad que debe soportarlo, esto es, la matriz dominante. El efecto práctico de esta medida sería impedir la compensación de las pérdidas de las filiales extranjeras dependientes de grupos multinacionales en sede de las ma-

trices intermedias residentes en territorio español. Corolario de la misma es imputar igualmente a la dominante la pérdida derivada de la transmisión de la participación. Naturalmente, cuando la matriz dominante no es residente en territorio español la medida que se sugiere se limita a desalojar de la base imponible de la matriz intermedia el deterioro contable o, si se quiere, a impedir que en dicha base imponible se integre la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS.

- Recuperar la aplicación del principio de inscripción contable en relación con la comunicación de las pérdidas de las filiales a sus matrices. Bastaría para ello limitar la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS al importe del deterioro contable.

No es pertinente que la base imponible pueda quedar neutralizada, total o parcialmente, por la partida fiscalmente del artículo 12.3 del TRLIS, y, al tiempo, disponer de un resultado contable susceptible de distribución a los socios en el que no ha incidido el deterioro contable. En suma, en ausencia de deterioro contable no debería haber deterioro fiscal, lo que no significa que todo deterioro contable deba ser reconocido fiscalmente. Esta medida tampoco entraría en conflicto con el ordenamiento comunitario por cuanto se aplicaría con independencia de la residencia de la entidad que provoca el deterioro. Por otra parte, supondría retornar al denominado principio de inscripción contable, tradicional en el Impuesto sobre Sociedades, que rechaza, salvo excepción justificada, el cómputo de toda partida negativa que no esté contablemente reflejada.

- Calcular la partida fiscalmente deducible respecto del balance consolidado del que sea dominante la entidad participada, suprimiendo la técnica del tránsito de la partida fiscalmente deducible a través de la cadena de participación.

Se trata de una medida esencialmente técnica que procuraría un cálculo más ajustado de la partida fiscalmente deducible a la realidad económica.

Las modificaciones apuntadas determinarían un efecto recaudatorio positivo, singularmente la primera. Por tanto, podrían contribuir eficazmente a conseguir el objetivo de reducción del déficit público, bajo la cobertura de principios de técnica tributaria que se estiman sólidos y respetando las pautas tradicionales del Impuesto sobre Sociedades.

Ciertamente, mayor impacto recaudatorio tendría la supresión de la compensación de pérdidas sufridas por la filial en sede de la matriz. Sin embargo, carece de sentido económico, ante unas pérdidas reales, una medida tan drástica. En efecto, la inmediata compensación de la pérdida no hace sino reconducir la tributación a la realidad de una inversión financiera deteriorada. Diferir el cómputo de esta pérdida al momento de la transmisión de la participación iría en contra de la realidad económica quebrantando la adecuación del Impuesto sobre Sociedades a la realidad mercantil.

En fin, las reparaciones que necesita la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS, y su notable coste recaudatorio, hubiera ameritado dejarla en el varadero durante 2012 y

2013, haciendo compañía a la medida efectivamente establecida de limitación de la compensación de bases imponibles negativas, cuya consistencia técnica es opinable.

6. LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS COTIZADAS DE INVERSIÓN EN EL MERCADO INMOBILIARIO

La disposición final octava de la Ley 16/2012 ha modificado profundamente el régimen fiscal de las SOCIMI, configurando un modelo distinto, para cuya comprensión es útil recordar el modelo inaugurado por la Ley 11/2009¹⁵. En efecto, de un régimen fundamentado en la tributación de la entidad, se ha pasado a otro basado en la tributación de sus socios.

¹⁵ El texto que sigue transpone los comentarios del autor en relación con el régimen fiscal original de las SOCIMI, publicado en un número anterior de esta Revista, en concreto «Modificaciones normativas 2009. Impuesto sobre Sociedades», en la RCyT. CEF, núm. 325, abril 2010.

«2.2. Las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario

Los artículos 8 al 13, ambos inclusive, de la Ley 11/2009, están dedicados al régimen fiscal especial de las SOCIMI. Dice el Preámbulo de la Ley 11/2009, con notorio olvido del aforismo *lex iubeat non laudat*, que la regulación de tales entidades se enmarca en *la búsqueda de mejoras constantes en el bienestar de los ciudadanos*, a cuyo efecto se regula una entidad cuya vocación es la inversión en inmuebles para el arrendamiento a la que se dota de un régimen fiscal del que se predica tener *efectos económicos similares a los existentes en el tradicional régimen de REITS (Real Estate Investment Trust) en otros países basados en una ausencia de tributación en la sociedad y la tributación efectiva en sede del socio*. Ya veremos que esto no es plenamente así, pues la SOCIMI sí está sujeta a tributación por más que lo haga a un tipo de gravamen reducido, pero no simbólico, disfrute de ciertos incentivos fiscales, y el devengo del Impuesto sobre Sociedades se haya llevado al momento de la distribución del beneficio.

También se olvida la Ley 11/2009 de la técnica legislativa seguida en el Impuesto sobre Sociedades a partir de la Ley 43/1995, consistente en albergar los regímenes fiscales especiales en un título específico, actualmente el VII del TRIS. Así, el régimen fiscal especial de las SOCIMI se presenta a modo de apéndice de su régimen sustantivo, y, por tanto, extramuros del referido título. Aquella técnica legislativa descansaba en la idea de la más idónea sistematización que podía deparar la integración en un solo texto legislativo de toda la normativa concerniente al Impuesto sobre Sociedades.

Y, finalmente, también ha sido olvidado el mandato del artículo 9 de la LGT concerniente a la mención de la referencia fiscal en el título de la nueva norma.

Tres olvidos que denotan la preferencia de lo particular sobre lo general, con todas las implicaciones de técnica legislativa que de ahí se derivan.

La Ley 11/2009 establece normas respecto de la tributación de la SOCIMI y de sus socios. Se trata de un régimen fiscal especial que pivota sobre la obligación de distribución del beneficio prevista en el artículo 6 de la Ley 11/2009.

Las SOCIMI tienen como fuente de renta principal la derivada de *la adquisición y promoción de bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento*, junto a la cual pueden presentarse otras de carácter recurrente como los frutos inherentes a la tenencia de ciertas acciones y participaciones o esporádico como pueden ser las plusvalías derivadas de la transmisión de sus activos, esto es, inmuebles y acciones o participaciones. Pues bien, estas entidades están obligadas a distribuir el 90% del resultado de la actividad arrendaticia, el 50% de las plusvalías, y el 100% de los rendimientos de las inversiones financieras. De ahí que la norma contemple la tributación de la SOCIMI y de sus socios. Y lo hace de una manera minuciosa y cargada de detalles que revelan una elevada técnica tributaria.

Tal es el caso del artículo 12 relativo al régimen de *la entrada-salida de este régimen especial*, cuya precisión llega hasta presumir la concurrencia de un motivo económico válido, a los efectos de lo previsto en el artículo 96.2 del TRIS, cuando la finalidad de las operaciones de fusión y asimiladas sea *la creación de una o varias sociedades susceptibles de acogerse al régimen fiscal de las SOCIMI*.

Tal vez el legislador haya temido que el régimen fiscal privilegiado de las SOCIMI pudiera hacer recaer sobre las operaciones concernidas la tacha de ejecutarse por mera finalidad fiscal excluyente de la aplicación del régimen del Capítulo VIII del Título VII y con la norma aludida haya querido salir al paso la misma. Si así fuere tan de alabar es la previsión legislativa como de lamentar que se haya considerado necesaria.

2.2.1. Tributación de la SOCIMI

La clave del régimen fiscal de la SOCIMI se halla en dos factores: la obligación de distribución y el establecimiento de un tipo especial reducido de gravamen que recaerá sobre la mayor parte de la renta, pero no sobre la totalidad. De ahí nacen las normas específicas en relación con la determinación de la base imponible (art. 9.2 Ley 11/2009), el tipo de gravamen (art. 9.3 Ley 11/2009), y el devengo (disp. final primera. Dos, que da nueva redacción al art. 27 TRIS).

2.2.1.1. Determinación de la base imponible

El artículo 9.2 de la Ley 11/2009 establece que *la autoliquidación del impuesto se realizará sobre la base imponible del periodo que proporcionalmente se corresponda con el dividendo cuya distribución se haya acordado*. De este precepto, que mezcla la obligación de autoliquidación con la configuración de la base imponible, parece desprenderse que hay dos bases imponibles, a saber, la que se deriva de la realización del hecho imponible y la que efectivamente va a tributar, la cual es la que corresponde al beneficio distribuido de manera tal que el beneficio no distribuido no generaría base imponible sujeta a tributación.

Sin embargo, líneas más abajo se lee que *la autoliquidación será única e incluirá la base imponible que corresponda a los beneficios y reservas distribuidas, a las reservas dispuestas así como las demás rentas a que se refiere este artículo que estén sujetas al tipo general de gravamen*. De este otro precepto, que también mezcla la obligación de autoliquidación con la configuración de la base imponible, se infiere que la base imponible se descompone en tres tramos, a saber, el que corresponde a los beneficios distribuidos, el que corresponde a los beneficios que estén sujetos al tipo general de gravamen, y el que corresponde a los beneficios acumulados que, en caso de distribución, estarían sujetos al tipo especial reducido. Pues bien, solo los dos primeros tramos tributarán efectivamente.

Así pues la base imponible, en cuanto dimensión cuantitativa del hecho imponible, se divide en tres partes:

- La imputable a beneficios distribuidos que estén sujetos al tipo de gravamen especial reducido previsto en la propia Ley 11/2009.
- La imputable a beneficios, distribuidos o acumulados, que estén sujetos al tipo de gravamen general.
- La imputable a beneficios acumulados que, en caso de distribución, tributarían al tipo de gravamen especial reducido previsto en la propia Ley 11/2009. Esta parte de base imponible no tributará.

El fraccionamiento de la base imponible responde a la aplicación de dos tipos de gravamen, a saber, el especial reducido que se establece en el 18% y el tipo general del 30%, así como a la no tributación de las rentas acumuladas sujetas a tipo especial reducido en caso de distribución. En suma, dos tipos de gravamen y un diferimiento en el gravamen de ciertas rentas acumuladas.

La exégesis del artículo 9.2 de la Ley 11/2009 ofrece ciertas dificultades, pero la interpretación que se postula parece hallar respaldo en el párrafo que establece que en la parte de base imponible asociada a los beneficios distribuidos *no se incluirá la procedente de rentas sujetas al tipo general de gravamen*.

La parte de la base imponible que responde a la peculiaridad del régimen fiscal de la SOCIMI es la que *se corresponda con el dividendo cuya distribución se haya acordado*. Como quiera que la distribución del beneficio se aprueba por la junta general de accionistas en relación con las cuentas anuales del ejercicio precedente, esta parte de la base imponible no tiene existencia jurídica hasta el momento de dicha aprobación. Ahora bien, la parte de base imponible en cuestión no es el importe del beneficio distribuido, sino la parte de base imponible que se corresponde proporcionalmente con el dividendo. Por tanto, habrá de prorratearse la base imponible entre el dividendo y el beneficio: $\text{base imponible} \times \text{dividendo} / \text{beneficio contable}$. Además si existieren rentas sujetas a tipo general de gravamen habrá que excluir la parte de base imponible correspondiente a las mismas, lo que en puridad solo podría realizarse con exactitud a través de una contabilidad analítica. Finalmente podrá existir una fracción de la base imponible que no tributará por corresponderse con beneficios no distribuidos que tributarán al tipo especial reducido cuando se distribuyan.

Cuando se distribuya un beneficio con cargo a reservas procedentes de un ejercicio en el que fue de aplicación el régimen fiscal especial de las SOCIMI *la autoliquidación se realizará sobre la parte de base imponible del periodo impositivo correspondiente a dicho ejercicio en la proporción existente entre el importe del dividendo cuya distribución se acuerde o de las reservas dispuestas y el beneficio obtenido en dicho ejercicio*. Véase que esta norma configura la siguiente fórmula: $\text{base imponible} \times \text{reservas} / \text{beneficio contable}$.

La aplicación de esta fórmula requiere el concurso de la documentación contable del ejercicio o ejercicios en los que se generó el beneficio que se distribuye. A tal fin el artículo 11 de la Ley 11/2009 establece las correspondientes obligaciones de información.

2.2.1.2. Determinación del tipo de gravamen

El artículo 9.3 establece que *el tipo de gravamen de estas sociedades será del 18%*.

No obstante tributarán al tipo general de gravamen las rentas derivadas de la transmisión de inmuebles que no han cumplido el requisito de permanencia previsto en el artículo 3.3 de la Ley 11/2009, o transmitidos a personas o entidades vinculadas o residentes en países o territorios con los que no exista efectivo intercambio de información, de las operaciones de arrendamiento con personas o entidades vinculadas, y, en fin, de las operaciones que no determinan renta contable. Se trata, bien se ve, de rentas que en la generalidad de los casos tendrán carácter esporádico o marginal, y como quiera que el 90% de las rentas ordinarias y el 50% de las plusvalías obtenidas en los plazos legalmente previstos deben ser distribuidas por imperativo legal, el tipo especial reducido recaerá, básicamente, respecto de aquella parte de la base imponible correspondiente a beneficios derivados de las actividades ordinarias y las plusvalías que podríamos denominar temporalmente regulares.

2.2.1.3. Deduciones de la cuota íntegra

De acuerdo con lo previsto en el artículo 9.4 de la Ley 11/2009, la SOCIMI puede reducir la cuota íntegra en *las deducciones establecidas en los Capítulos II, III y IV del Título VI*, es decir, puede aplicar todas las deducciones y bonificaciones previstas con carácter general en el TRIS.

Esta norma es redundante pues es claro que, salvo que se establezca lo contrario, la SOCIMI, en cuanto sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades, tiene acceso a todas las deducciones previstas en el TRIS.

No lo es, por el contrario, aquella que, contenida en el segundo párrafo del artículo 9.4, establece requisitos específicos para disfrutar de la deducción por reinversión, la cual *exclusivamente* puede recaer sobre las plusvalías derivadas de *las transmisiones de inmuebles y de participaciones afectos a su objeto social principal realizadas una vez transcurridos los plazos de mantenimiento a que se refiere el apartado 3 del artículo 3*.

La base de cálculo de la deducción no es la plusvalía derivada de la transmisión sino la fracción de base sujeta a tributación imputable a la misma, esto es, la parte de aquella plusvalía *que se haya integrado en la base imponible de la sociedad como consecuencia de la distribución de dividendos correspondientes a los beneficios derivados de esas operaciones*. Por tanto si la renta imputable a tal plusvalía no se distribuye no habrá lugar a la deducción por reinversión, lo cual es lógico porque tampoco habrá tributación.

El porcentaje de deducción es el 6%, de manera que el tipo efectivo de gravamen será el 12%.

La norma del segundo párrafo del artículo 9.4, al utilizar el término *exclusivamente*, parece limitar la deducción por reinversión a las plusvalías derivadas de la transmisión de los activos que en el mismo se citan, pero el párrafo tercero lo desmiente puesto que establece que las plusvalías sujetas a tipo general de gravamen podrán acogerse a la deducción por reinversión *en los términos y condiciones establecidos en el artículo 42 del TRIS*.

2.2.1.4. Devengo

El artículo 27 del TRIS ha sido modificado para introducir un nuevo supuesto de devengo respecto de las SOCIMI a cuyo tenor *el impuesto se devengará el día del acuerdo de la junta general de accionistas de distribución de los beneficios del ejercicio correspondiente al periodo impositivo y, en su caso, de las reservas de ejercicios anteriores en los que se aplicó el régimen fiscal especial*.

No obstante, por lo que se refiere a las rentas sujetas al tipo general de gravamen el impuesto continuará devengándose *el último día del periodo impositivo*.

Tomando en consideración que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 de la LGT, el devengo produce el nacimiento de la obligación tributaria principal, habría de concluirse que se está en presencia de dos obligaciones tributarias: la derivada de la obtención de renta, referida a la que tributa al tipo general, y la derivada de la obtención y distribución de renta, referida a la que tributa al tipo especial reducido.

El hecho imponible, sin embargo, no se ha modificado, de manera tal que continuará siendo la obtención de renta por parte de la SOCIMI. Lo que acontece es que la obligación tributaria no nace cuando concluye el periodo impositivo durante el cual la renta se genera, sino cuando formalmente se distribuye. Se trata de un devengo peculiar que no acarrea un periodo impositivo específico. El periodo impositivo continúa coincidiendo con el ejercicio económico de la entidad, esto es, la SOCIMI. Consecuentemente la declaración deberá presentarse dentro de los 25 días siguientes a los seis meses siguientes a la conclusión del periodo impositivo. Así lo prevé el artículo 9.5 de la Ley 11/2009, sin duda para evitar cualquier controversia. Cuestión distinta es que en esta declaración una parte de la base imponible pueda responder a beneficios obtenidos en ejercicios precedentes.

Finalmente, la dualidad de devengo no motiva la necesidad de presentar dos declaraciones. La autoliquidación, dice el artículo 9.2 de la SOCIMI *será única*.

Lo único que varía es el nacimiento de la obligación tributaria, que se relega al momento de la distribución para el caso de beneficios de rentas sujetas al tipo de gravamen especial reducido.

La nueva norma relativa al devengo podrá tener importancia práctica ante un cambio del tipo especial reducido de gravamen, pues el nuevo tipo surtirá efecto en relación con los devengos posteriores a su entrada en vigor y aplicación.

2.2.2. Tributación de los socios

La tributación de los socios se proyecta en relación con los dividendos distribuidos por la SOCIMI y las plusvalías derivadas de la transmisión de la participación.

2.2.2.1. Dividendos

El régimen de los dividendos previsto en el artículo 10.1 de la Ley 11/2009 es diferente según la naturaleza del socio.

A) Sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades

Tratándose de socios que sean sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades se integra en la base imponible *el resultado de multiplicar por 100/82 el ingreso contabilizado correspondiente a los dividendos percibidos*, esto es, el beneficio del que procede el dividendo, pero *de la cuota íntegra podrá deducirse el 18%, o el tipo de gravamen del sujeto pasivo de ser inferior, de la renta integrada en la base imponible* [art. 10.1 a)], de manera tal que, en resumidas cuentas, la tributación efectiva en sede del socio persona jurídica será del 12%, esto es, la diferencia entre el tipo general de gravamen y el tipo de deducción, y la tributación conjunta del 30%.

B) Contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

En sede del socio persona física sujeto pasivo del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas la tributación será nula ya que *el dividendo percibido se considera renta exenta en dicho impuesto* [art. 10.1 b)], de manera tal que la única tributación efectiva será, precisamente, la de la SOCIMI.

C) Contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes

El caso del socio no residente merece alguna matización. El dividendo percibido por este socio *se considera renta exenta*, de manera tal que no tributará por el Impuesto sobre la Renta de los no Residentes. Ahora bien sí podrá hacerlo por la imposición personal del país de su residencia, dependiendo de la forma de tributación de los dividendos de fuente extranjera. Así, excepto si los dividendos están exentos de acuerdo con la legislación del país en el que tenga su residencia, el socio extranjero tributará sobre los mismos y, a partir de ahí, podrá o no recuperar la tributación padecida por la SOCIMI dependiendo del tratamiento que a la misma se le aplique a efectos de su imposición personal. Por tanto, tratándose del socio no residente la tributación efectiva podrá constreñirse a la de la SOCIMI o bien a dicha tributación más la propia de la imposición personal.

La mayor tributación del socio no residente respecto de las personas físicas residentes en territorio español tiene difícil entendimiento desde la perspectiva puramente económica de la atracción de inversiones. Desde esta perspectiva

el régimen fiscal adecuado era el de transparencia fiscal. Así, la SOCIMI debería tributar de manera simbólica o no hacerlo en absoluto y los socios hacerlo a tenor de su imposición personal respecto de los dividendos. Por otra parte la obligación de distribución del beneficio hubiera simplificado notablemente la contextura del régimen de transparencia puesto que podría haberse prescindido de los elementos conflictivos del mismo: determinación de la base imponible imputable y del valor de titularidad. Esta forma de tributación sí sería aquella a la que parece referirse el Preámbulo: *ausencia de tributación en la sociedad y la tributación efectiva en sede del socio*.

Si el análisis precedente es correcto resulta que, desde una perspectiva puramente económica, el régimen fiscal idóneo era el que describe el Preámbulo, y el inapropiado el que contiene el articulado.

Sin embargo desde la perspectiva recaudatoria relativa a la inversión extranjera sí parece congruente que la tributación pivote sobre la SOCIMI. Ahora bien, tal recaudación también se hubiera salvado mediante la tributación por el IRNR, con la ventaja de que dicho tributo al recaer sobre el no residente podría ser recuperado por el mismo contra su imposición personal en concepto de eliminación de la doble imposición jurídica internacional prevista con carácter general en los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.

2.2.2.2. Plusvalías

El régimen de las plusvalías derivadas de la transmisión de la participación, previsto en el artículo 10.2 de la Ley 11/2009, es distinto según la naturaleza del transmitente.

A) Transmitednte sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades

Así, cuando el socio que transmite la participación sea sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades, a los efectos de aplicar la deducción para evitar la doble imposición de plusvalías del artículo 30.5 del TRIS, la parte de plusvalía que se corresponda con beneficios acumulados que, en caso distribución, tributarían al tipo de gravamen del 18%, *la renta a integrar en la base imponible será el resultado de multiplicar el importe de esos beneficios por 100/82, pudiéndose deducir de la cuota integra el 18%, o el tipo de gravamen del sujeto pasivo de ser inferior, del importe que resulte de dicha integración*.

Para aplicar esta norma la plusvalía debe fraccionarse en tres partes:

- La que corresponde a las rentas acumuladas que en caso de distribución tributarían al 18%.
- La que corresponde a las rentas acumuladas distintas de las anteriores.
- La que no corresponde con rentas acumuladas.

El primer tramo se integra en la base imponible multiplicado por 100/82, lo que implica llevar a la base imponible del socio una magnitud equivalente a la renta obtenida por la SOCIMI cuya distribución tributa al 18%. Como quiera que se practica una deducción del 18% de tal magnitud la tributación efectiva en sede del socio es nula.

El segundo tramo se integra en la base imponible por el importe de las rentas acumuladas que tributan al tipo general de gravamen, generándose una deducción que resulta de aplicar el tipo de gravamen del socio a dicho importe. En consecuencia también la tributación efectiva es nula.

El tercer tramo tributa plenamente y no genera deducción para evitar la doble imposición interna.

Si la interpretación expuesta es correcta la norma en cuestión no incorpora un resultado práctico distinto del resultante de la aplicación del artículo 30.5 del TRIS, ya que toda la parte de plusvalía que corresponde a rentas acumuladas no tributa efectivamente y sí lo hace aquella parte que no corresponde.

Sí es novedosa, por el contrario, la regla que restringe el cómputo de pérdidas pues las mismas, cuando la participación en la SOCIMI hubiere sido adquirida a una persona o entidad vinculada en los términos del artículo 16 del TRIS, solo podrán integrarse en la base imponible en el importe del exceso sobre el importe de la renta obtenida por dicha persona o entidad, derivada de la transmisión de la participación, que hubiera estado exenta. Como se verá seguidamente las plusvalías obtenidas en la transmisión de la participación sobre una SOCIMI por parte de personas físicas o no residentes disfrutaban de un régimen de exención parcial.

B) Transmitednte persona física

La plusvalía derivada de la transmisión de la participación tributa de acuerdo con las normas previstas en el TRIRPF, de manera tal que se integrará en la *base imponible del ahorro*. Sin embargo no se integra en su totalidad sino en el

exceso de la diferencia positiva entre el 10% del valor de adquisición de la participación sobre la SOCIMI multiplicado por el número de años de su tenencia y los dividendos exentos.

Habida cuenta de la obligación de distribución de beneficios la diferencia mencionada debe tender a cero cuando se alcancen rentabilidades de la inversión iguales o superiores al 10%. En la práctica bajo tales rentabilidades la plusvalía sometida a tributación será imputable al mayor valor razonable de los activos de la SOCIMI respecto de su valor contable.

C) Transmitednte no residente

Esta plusvalía disfruta de exención en los términos previstos para las personas físicas.

2.2.3. Síntesis y valoración del régimen fiscal de la SOCIMI

La apariencia del régimen fiscal de la SOCIMI y sus socios es compleja, pero su esencia es sencilla. Sobre el trasfondo sustantivo de una actividad económica de arrendamiento cuyos beneficios habrán de ser obligatoriamente distribuidos en su mayor parte, la SOCIMI tributa al tipo especial reducido coincidente con el tipo de gravamen de la base imponible del ahorro en el IRPF en el momento de publicación de la Ley 11/2009, y sus socios, excluidos los que sean sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, no lo hacen. Esto es, la única tributación que habrá será la de la SOCIMI.

2.2.3.1. El régimen de la SOCIMI en cuanto método para eliminar la doble imposición económica de dividendos

La no tributación del dividendo en sede de los socios, en particular personas físicas, implica, en relación con el régimen general de los dividendos en el IRPF, la eliminación de la doble imposición de dividendos. ¿Ante qué tipo o método de eliminación de la doble imposición, imputación o exención, nos hallamos?

Como quiera que la tributación establecida por la Ley 11/2009 se proyecta, en lo que tiene de singular, sobre el beneficio distribuido, es inevitable parangonar este régimen con la denominada imposición compensatoria que ciertos países de la Unión Europea tuvieron hasta la primera década de los noventa del pasado siglo (*Advance corporation tax*, británico; *Precompte*, francés; *Imposta de conguaglio*, italiana). Sin embargo tal comparación no sería correcta por cuanto los impuestos compensatorios, como su nombre indica, se proyectaban sobre un beneficio distribuido que ya había tributado aunque a un tipo inferior al nominal. La tributación de la SOCIMI no se puede homologar con la imposición compensatoria en cuanto mecanismo del método de imputación para la eliminación de la doble imposición de económica.

La no tributación del dividendo distribuido por la SOCIMI en el IRPF apunta, sin fisuras al método de exención. Ciertamente, el régimen de la SOCIMI no está diseñado exclusiva ni principalmente para eliminar la doble imposición, pero conlleva tal efecto.

2.2.3.2. El régimen de la SOCIMI en cuanto instrumento de atracción de capitales

El legislador nos dice hacia dónde ha dirigido sus miradas al diseñar el régimen de la SOCIMI: al *tradicional régimen de los REITS... basados en una ausencia de tributación en la sociedad y la tributación efectiva en el socio*.

Véase, sin embargo, que la SOCIMI sí tributa por el Impuesto sobre Sociedades, contrariamente a lo que, según el propio Preámbulo de la Ley 11/2009, enseña la legislación comparada respecto de los REITS. Verdad es que lo hace, básicamente, a un tipo de gravamen especial reducido, y que la obligación tributaria nace, básicamente, con la distribución del beneficio, pero esto no puede ser calificado como no tributación, como tampoco puede sostenerse tal calificación por razón de que se hallen *exentas en el 20% las rentas procedentes del arrendamiento de viviendas siempre que más del 50% del activo de la sociedad... esté formado por viviendas*. Esta exención disminuirá el tipo efectivo de gravamen pero no determinará la *ausencia de tributación*.

El efecto práctico de esta desviación del proclamado régimen fiscal de los REITS únicamente se proyecta respecto de los socios no residentes en territorio español.

Los socios, personas físicas, residentes en territorio español soportan, básicamente, una tributación efectiva del 18%, esto es, la tributación que recae sobre la SOCIMI. Los socios no residentes en territorio español soportan esa tributación más la que les corresponda de acuerdo con su imposición personal.

El régimen de la SOCIMI crea una desigualdad material entre los socios españoles y extranjeros.

Fijémonos en las personas físicas ya que, como se indica en el Preámbulo, *esta figura está dirigida al pequeño y mediano accionista*. En el régimen general de la imposición directa sobre la renta las personas físicas residentes sufren efectivamente dos tributos, a saber, el que versa sobre la sociedad (Impuesto sobre Sociedades) y el que versa sobre el dividendo en cuanto renta personal (IRPF). Lo mismo acontece en relación con las personas no residentes en territorio español con la diferencia de que la imposición sobre las mismas se produce de acuerdo con las leyes del país o territorio donde residen. Pues bien, el régimen especial de la SOCIMI elimina la imposición personal de los socios residentes en territorio español pero no hace, ni puede hacer, lo propio respecto de los socios no residentes en dicho territorio.

Lo previsible es que los inversores personas físicas residentes en territorio español soporten una tributación efectiva inferior que los inversores no residentes en territorio español. He aquí la desigualdad.

El régimen de la SOCIMI no es atractivo para las personas físicas y jurídicas no residentes en territorio español, excepto si los dividendos percibidos por las mismas están exentos, lo cual depende de su imposición personal. Por el contrario, sí es atractivo para las personas físicas residentes en territorio español.

¿Por qué el legislador no ha apelado fiscalmente al capital extranjero, máxime cuando las acciones de la SOCIMI deben cotizar en un mercado regulado español o de cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo? ¿Por qué la voluntad de amplia expansión en la captación de recursos financieros no se ha visto acompañada de un régimen fiscal de igual espectro?

Véase, para mayor intriga, que el legislador era consciente del régimen que, al parecer, aplican en otros países respecto de este tipo de inversión, fomentaba el cumplimiento de los objetivos perseguidos: *ausencia de tributación en la sociedad y la tributación efectiva en sede del socio*. ¿Por qué se ha preferido lo inverso, esto es, tributación en la sociedad y ausencia de tributación en el socio, cuando respecto del socio no residente tal esquema de tributación era, sencillamente, imposible? La explicación más plausible es que una tributación basada en los socios hubiera supuesto renunciar, total o parcialmente, a la tributación sobre la renta generada por la SOCIMI en la parte imputable a los socios no residentes en territorio español, en los casos en los que medie un convenio bilateral para evitar la doble imposición que establezca un límite de imposición muy bajo respecto de los dividendos o en aquellos otros en los que medie la aplicación de la exención en el IRNR por causa de la Directiva 90/435.

Hubiera sido posible, sin embargo, sortear la aplicación de la Directiva 90/435 construyendo el régimen fiscal de la SOCIMI sobre la base de su exención por el Impuesto sobre Sociedades y la tributación de los socios sobre el dividendo distribuido ya que, en tal caso, dicha entidad hubiera quedado fuera del ámbito de aplicación de aquella. Por otra parte una tributación basada en el IRNR propicia la ventaja de crear un crédito fiscal para el no residente con fundamento jurídico en el convenio bilateral correspondiente si bien, en tal caso, el tipo de gravamen hubiera debido descender hasta el límite previsto en el convenio (15 o 10%, básicamente).

En resumen, a priori el régimen fiscal es atractivo principalmente para los inversores personas físicas residentes en territorio español. También para los inversores extranjeros no sujetos a imposición o que tributen en régimen privilegiado. No así para los restantes inversores.

2.2.3.3. Diferencias de trato generadas por el régimen fiscal de la SOCIMI

El régimen de la SOCIMI origina dos diferencias de trato: una en relación con los dividendos según que estos provengan de la SOCIMI o de una entidad de propósito similar residente en el extranjero, y otra respecto de la carga efectiva que soportan los socios, según que estos sean o no residentes en territorio español.

En el régimen de la SOCIMI los dividendos percibidos por personas físicas están exentos en cuanto repartidos por una entidad acogida a la Ley 11/2009 pero no lo están los dividendos repartidos por una entidad de propósito similar pero no acogida a dicha norma cual será el caso de las entidades no residentes en territorio español cuyo propósito sea idéntico o análogo al de la SOCIMI. Nótese, en este sentido, que uno de los argumentos para justificar la supresión de la eliminación de la doble imposición interna de dividendos en la reforma del IRPF establecida en la Ley 35/2006 fue la igualdad de trato entre los dividendos de fuente interna e intracomunitaria.

La exención de los dividendos, por otra parte, llevará, como regla general, a una tributación más gravosa de los socios no residentes en relación con la soportada por los socios residentes en territorio español. Ahora bien, esta diferencia de trato deriva de la no armonización de los métodos para eliminar la doble imposición de dividendos.

Se explica en el preámbulo de la Ley 16/2012 que el régimen establecido por la Ley 11/2009 había devenido «totalmente inoperativo, y que la principal novedad se sitúa en el régimen fiscal... a través del establecimiento de una tributación a tipo de gravamen del 0%... respecto de las rentas que proceden del desarrollo de su objeto social o finalidad específica».

Y así es, porque, con carácter general, la SOCIMI tributará al tipo de gravamen cero, y los socios tributarán sobre dividendos y plusvalías derivadas de la transmisión de la participación plenamente, sin perjuicio de las especialidades que se comentarán, mientras que en el régimen precedente, por el contrario, la tributación pivotaba sobre la SOCIMI, aunque se trataba de una tributación distinta de la de régimen general.

Y si así es, no dejará de llamar la atención que tanto el legislador de 2009 como el de 2012 pregonen la adecuación del régimen fiscal que establecen al existente en los países de nuestro entorno. Más allá de esta anécdota, cuya significación amerita la reflexión política antes que la de técnica tributaria, lo que sí es cierto es que el nuevo régimen fiscal es sensiblemente más sencillo que el precedente.

Se desprende de lo anterior que así como la diferencia de trato entre socios residentes y no residentes en territorio español responde a un déficit de armonización, la diferencia de trato entre los dividendos repartidos por la SOCIMI y por entidades de propósito análogo no residentes en territorio español se deriva de una quiebra en la filosofía que animó la Ley 35/2006. Ciertamente esta filosofía era debatible en la medida en que abocaba a la doble imposición pero no en lo que se refería a la igualdad de trato entre ambas clases de dividendos. Seguramente ambos objetivos hubieran podido alcanzarse extendiendo el método de imputación estimativa a los dividendos de fuente extranjera. La Ley 35/2006 trajo igualdad de trato y doble imposición, y la Ley 11/2009 ha traído eliminación de la doble imposición y diferencia de trato.

2.2.3.4. Los estímulos fiscales al arrendamiento de inmuebles

Es una constante de nuestro sistema tributario, con ciertas intermitencias, el régimen fiscal privilegiado del arrendamiento. En la denominada Ley Larraz de 1940 se estableció un régimen de exención para las empresas dedicadas al arrendamiento de inmuebles que estuvo en vigor hasta la Ley 61/1978 y prolongó sus efectos en virtud del régimen transitorio.

El Capítulo III del Título VII del TRIS establece el régimen de las entidades dedicadas al arrendamiento de viviendas, basado en una bonificación *del 85% (de) la parte de cuota íntegra que corresponda a las rentas derivadas del arrendamiento de viviendas*.

En el artículo 28 del TRIS se establece el tipo del 1% para ciertas instituciones de inversión colectiva dedicadas al arrendamiento de inmuebles.

Ambos regímenes superan en efecto cuantitativo, en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades, al establecido por la Ley 11/2009 para la SOCIMI, puesto que determinan un tipo efectivo de gravamen inferior. Sin embargo de ello no se deriva un solapamiento palmario o redundancia de incentivos fiscales porque los socios personas físicas de las sociedades dedicadas al arrendamiento de viviendas y los partícipes de las instituciones de inversión colectiva están sujetos al régimen de la tributación de la renta del ahorro por los frutos y plusvalías que obtengan de su inversión, y porque el régimen fiscal especial de la SOCIMI está supeditado a un régimen sustantivo basado en la distribución obligatoria de beneficios.

El régimen de la SOCIMI es un traje a la medida de las entidades cotizadas dedicadas al mercado de arrendamiento de inmuebles. Todo tipo de inmuebles, tales como los destinados a vivienda pero también a oficinas e instalaciones fabriles son aptos en el régimen de la SOCIMI.

La injerencia del legislador fiscal en la asignación de recursos reales y financieros es creciente. El dirigismo fiscal desaloja la pretendida neutralidad del Impuesto sobre Sociedades.»

6.1. MODIFICACIONES RELATIVAS AL RÉGIMEN SUSTANTIVO DE LA SOCIMI

Las modificaciones más relevantes afectan a la financiación ajena, a la cotización de las acciones de la SOCIMI y a la distribución de beneficios.

El artículo 7 de la Ley 11/2009, que establecía un límite para los pasivos financieros del 70% del activo, ha sido derogado, de manera tal que la SOCIMI podrá tener la estructura financiera que desee, respetando la cifra de capital social mínimo de 5 millones de euros (antes, 15).

Las acciones de la SOCIMI debían cotizar, de acuerdo con la redacción original del artículo 4 de la Ley 11/2009, en un mercado regulado español o de cualquier Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, y ahora también podrán hacerlo en un «mercado regulado de cualquier país o territorio con el que exista efectivo intercambio de información tributaria» o en un «sistema multilateral de negociación», que cumpla con los requisitos mencionados. Por tanto, se amplían los mercados o ámbitos de negociación.

Artículo 118 de la Ley 24/1988. Concepto de sistema multilateral de negociación. Añadido por Ley 47/2007, de 19 de diciembre.

Tendrá la consideración de sistema multilateral de negociación todo sistema, operado por una empresa de servicios de inversión, por una sociedad rectora de un mercado secundario oficial, o por la entidad constituida al efecto por una o varias sociedades rectoras, que ha de tener como objeto social exclusivo la gestión del sistema y que ha de estar participada al 100% por una o varias sociedades rectoras, que permita reunir, dentro del sistema y según sus normas no discrecionales, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros para dar lugar a contratos, de conformidad con lo dispuesto en esta ley.

Artículo 119 de la Ley 24/1988. Creación de sistemas multilaterales de negociación. Añadido por Ley 47/2007, de 19 de diciembre.

La creación de sistemas multilaterales de negociación será libre, con sujeción al régimen de verificación previa y supervisión por la Comisión Nacional del Mercado de Valores. En particular, la Comisión Nacional del Mercado de Valores verificará que la empresa de servicios de inversión tiene la correspondiente autorización de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 66 de esta ley y que, consiguientemente, cumple con lo dispuesto en el artículo 67, y que la sociedad rectora del mercado secundario oficial o la entidad constituida al efecto por una o varias sociedades rectoras, que ha de tener como objeto social exclusivo la gestión del sistema y que ha de estar participada al 100% por una o varias sociedades rectoras, reúne los requisitos previstos por los citados artículos 66 y 67.

La apertura a la cotización en nuevos mercados puede facilitar la concentración de la participación en un número más reducido de inversores, pero esto no supone un cambio relevante

respecto del régimen fiscal, habida cuenta de la obligación de distribuir una parte sustancial de los beneficios. Se trata, básicamente, de una medida de carácter financiero.

En fin, la obligación de distribuir beneficios ha variado ligeramente pues desciende desde el 90 al 80%, la relativa al tramo de la parte de beneficio que podríamos denominar general, y se mantiene la concerniente a los otros dos tramos, esto es, particiones en beneficios y plusvalías derivadas de la transmisión de inmuebles o participaciones, que permanecen en el 50 y 100%, respectivamente.

6.2. TRIBUTACIÓN DE LA SOCIMI

Debe distinguirse entre el régimen general y el gravamen especial.

6.2.1. Régimen general

El régimen general se caracteriza por un tipo especial de gravamen, a saber, 0%.

Las bases imponibles negativas no son susceptibles de compensación.

No se aplica ninguna de las deducciones y bonificaciones previstas en el TRLIS.

La SOCIMI no podrá integrarse en un grupo fiscal cuya entidad dominante tribute al tipo general de gravamen, o a cualquiera de los restantes distintos de cero.

No existen especialidades en cuanto a la formación de la base imponible.

Visto en su conjunto, y a salvo de lo que más adelante se dirá del gravamen especial, la SOCIMI disfruta de un régimen cuyos efectos prácticos son equivalentes a la exención.

6.2.2. Gravamen especial

El gravamen especial del 19%, regulado en los apartados 2 y 3 del artículo 9 de la Ley 11/2009, se aplica sobre los dividendos o participaciones en beneficios distribuidos a los socios cuya participación en el capital social de la entidad sea igual o superior al 5%, siempre que tales dividendos estén exentos o tributen a un tipo de gravamen inferior al 10%.

Este gravamen especial recae formalmente sobre la SOCIMI, no sobre sus socios, de manera tal que la norma explica que «tendrá la consideración de cuota del Impuesto sobre Sociedades».

Ahora bien, siendo el hecho imponible del Impuesto sobre Sociedades *la obtención de renta*, el gravamen especial no puede, por su naturaleza, adscribirse al Impuesto sobre Sociedades. Por otra parte, desde la perspectiva del principio de capacidad económica, no parece lógico que la tributación de la SOCIMI dependa de la tributación de sus socios.

Ambas razones incitan a entender que el verdadero contribuyente del gravamen especial es el socio que tributa, respecto de los dividendos percibidos, en régimen de exención o a un tipo de gravamen inferior al 10%.

Es indiferente la residencia de ese contribuyente. Por tanto los dividendos pagados a no residentes podrán generar la aplicación del gravamen especial del 19%.

No se especifica si este tipo de gravamen es el nominal o el efectivo. El apartado 3 del artículo 10 de la Ley 11/2009 se limita a exigir a los socios cuya participación sea igual o superior al 5%, «y que reciban dividendos o participaciones en beneficios que tributen a un tipo de gravamen de, al menos, el 10%», a notificar tal circunstancia a la SOCIMI, pero nada indica respecto de si prevalece la acepción nominal o lo hace la efectiva. Así, un elevado tipo de gravamen puede ser contrarrestado por una deducción en la cuota íntegra. Lo que sí parece claro es que todos los dividendos exentos por razón de la aplicación del denominado método de exención-participación determinan la aplicación del gravamen especial del 19%.

La residencia del socio es irrelevante. Lo decisivo es, para participaciones iguales o superiores al 5%, la tributación que el mismo soporte respecto de los dividendos que perciba. Por tanto, la residencia del socio en un país o territorio calificado como paraíso fiscal no determina, por sí misma, la aplicación del gravamen especial del 19%.

Tratándose de personas físicas residentes en territorio español, los dividendos tributan por las tarifas del ahorro, en todo caso a un tipo superior al 10% puesto que, como se verá más adelante, no se aplica la exención de la letra y del artículo 7 de la Ley 35/2006. Por tanto, el gravamen especial no procederá en relación con los dividendos percibidos por personas físicas residentes en territorio español.

Tratándose de entidades jurídicas residentes en territorio español, los dividendos tributan al tipo general de gravamen del 30%, sin deducción alguna, como más adelante se verá. Por tanto, el gravamen especial no procederá en relación con los dividendos percibidos por entidades residentes en territorio español, excepto si están sujetas a un tipo de gravamen inferior al 10%, cual es el caso de las instituciones de inversión colectiva y de los fondos de pensiones, o de aquellas que disfruten de exención.

El gravamen especial se aplicará, salvando el hipotético caso de las instituciones de inversión colectiva y de los fondos de pensiones y de las entidades exentas, en relación con los dividendos percibidos por entidades no residentes en territorio español que tributen en relación con los dividendos distribuidos por la SOCIMI a un tipo de gravamen inferior al 10%.

Un caso especial lo presentan las entidades conocidas como sociedades de personas pues las mismas frecuentemente están sujetas en el país de su residencia a un régimen similar al de atribución, de manera tal que son los socios los que soportan la tributación por las rentas obtenidas. Nada se prevé sobre el particular. Seguramente podrían multiplicarse los ejemplos de casos que se suscitan como consecuencia de la heterogeneidad de la fiscalidad sobre los dividendos.

A uno de ellos alude expresamente el apartado 3 del artículo 9 de la citada ley, que declara inaplicable el gravamen especial del 19% cuando los dividendos o participaciones en beneficios sean percibidos por entidades no residentes a las que se refiere la letra b) del apartado 1 del artículo 2 de esta ley, respecto de aquellos socios que posean una participación igual o superior al 5% en el capital social de aquellas y tributen por dichos dividendos o participaciones en beneficios, al menos, al tipo de gravamen del 10%.

El artículo 2.1 b) de la Ley 11/2009 se refiere a las entidades no residentes en territorio español que tengan el mismo objeto social que las SOCIMI y que estén sometidas a un régimen similar al establecido para las SOCIMI en cuanto a la política obligatoria, legal o estatutaria, de la distribución de beneficios. Se está refiriendo a las entidades denominadas habitualmente REIT.

Pues bien, el dividendo distribuido a favor de una entidad tipo REIT (*Real State Investment Trust*) no dará lugar al gravamen especial del 19%, a condición de que los socios que ostenten una participación igual o superior al 5% tributen por los dividendos que distribuya dicha entidad a un tipo de gravamen no inferior al 10%.

6.3. TRIBUTACIÓN DE LOS SOCIOS DE LA SOCIMI

La tributación de los socios abarca la retención sobre las rentas distribuidas de la SOCIMI, la tributación de esas rentas en sede de los socios y la tributación de las rentas puestas de manifiesto en la transmisión de la participación.

6.3.1. Retención sobre las rentas distribuidas por la SOCIMI

El apartado 4 del artículo 9 regula la retención sobre los dividendos distribuidos por la SOCIMI.

La regla general es que estos dividendos, sean sus preceptores personas físicas o jurídicas, están sujetos a retención, incluso cuando el perceptor ostente una participación igual o superior al 5% por cuanto los mismos tributan plenamente en sede de su perceptor. El tipo de retención será el general, esto es, el 19%, excepto para los años 2012 y 2013 que será el 21%.

También están sujetos a retención los dividendos distribuidos a los no residentes. No obstante, se establece una excepción a favor de los REIT cuyos socios significativos (participación igual o superior al 5%) tributen por un tipo no inferior al 10%.

Por tanto, habida cuenta de que bajo el cumplimiento de ambas condiciones no se aplica el gravamen especial del 19%, la forma más ventajosa fiscalmente de operar a través de una SOCIMI para los capitalistas no residente es hacerlo a través de un REIT. En este caso la tributación en España sería nula.

Naturalmente, las excepciones a la retención sobre los dividendos previstas en los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición y en la Directiva matriz-filial continuarán siendo aplicables en sus propios términos. Sobre este particular se abundará en el apartado siguiente.

6.3.2. Tributación de las rentas distribuidas a los socios

El artículo 10.1 de la Ley 11/2009 sistematiza el régimen fiscal de los socios según su naturaleza y residencia, bajo el criterio central de que los socios tributarán plenamente, en la medida en que se trate de «dividendos distribuidos con cargo a beneficios o reservas respecto de los que se haya aplicado el régimen fiscal especial».

Así, respecto de los socios personas jurídicas residentes en territorio español se prevé que «no será de aplicación la deducción establecida en el artículo 30 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades», de manera tal que el dividendo tributará plenamente, y respecto de las personas físicas residentes en territorio español se establece que «no será de aplicación la exención establecida en la letra y) del artículo 7 de la Ley 35/2006», y, por lo tanto, igualmente el dividendo tributará plenamente.

También respecto de los no residentes se proclama la plena tributación, en la medida en que se declara que no será de aplicación la exención establecida en la letra j) del apartado 1 del artículo 14 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de los no Residentes (TRLIRNR), la cual, como es sabido, se proyecta sobre los dividendos inferiores a 1.500 euros percibidos por personas físicas residentes en algún Estado miembro de la Unión Europea o en países o territorios con los que exista un efectivo intercambio de información tributaria.

La negación de la exención prevista en el artículo 14.1 j) del TRLIRNR no debería suscitar la impresión de que, en todo caso, los dividendos repartidos por la SOCIMI a sus socios no residentes en territorio español están sujetos a tributación por el IRNR.

Ya se ha comentado en el apartado anterior que, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, los dividendos satisfechos a los REIT no soportan retención por el IRNR. Ciertamente, la no retención no acarrea exención, sino que, inversamente, es la exención la que excluye la retención, de acuerdo con lo previsto en el artículo 31.4 del TRLIRNR, pero como quiera que el cumplimiento de la obligación de retener, aun mediando exención, libera al contribuyente según lo previsto en el artículo 28.3 del TRLIRNR, los dividendos satisfechos a los REIT escapan del IRNR.

También escapan del IRNR los dividendos a los que sea aplicable la exención prevista en el artículo 14.1 h) del TRLIRNR, la cual, como es sabido, trae su causa de la Directiva matriz-filial, reputándose que existe esa relación a partir de un porcentaje de participación del 5%. Nótese que la SOCIMI, aunque pudiera no satisfacer carga tributaria alguna por el Impuesto sobre Sociedades, está sujeta y no exenta a dicho impuesto, y tiene forma jurídica de sociedad anónima, de manera tal que cumple con los requisitos establecidos en dicho precepto.

En fin, también escaparán al IRNR, o tributarán limitadamente, los dividendos que disfruten de las previsiones establecidas en un convenio bilateral para eliminar la doble imposición.

6.3.3. Tributación de las rentas derivadas de la transmisión o reembolso de la participación

Las rentas obtenidas por la transmisión o reembolso de la participación tributan plenamente, sea por el Impuesto sobre Sociedades, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o el IRNR, según la naturaleza o la residencia de su perceptor, de acuerdo con lo previsto en artículo 10.2 de la Ley 11/2009.

Por tanto, tratándose de entidades residentes en territorio español, no será de aplicación la deducción prevista en el artículo 30.5 del TRLIS en relación con la renta obtenida que se corresponda con reservas procedentes de beneficios respecto de los que haya sido de aplicación el régimen fiscal especial de la SOCIMI. Lo normal será que todas las reservas se hayan nutrido de beneficios a los que haya sido aplicable el régimen especial, pero no cabe excluir otro tipo de beneficios pues el objeto social de la SOCIMI permite otras actividades distintas de la principal.

Por otra parte, puesto que el gravamen especial del 19% forma parte del régimen especial no parece que su eventual abono pueda rehabilitar la aplicación de la deducción del artículo 30.5 del TRLIS.

Tratándose de personas físicas, la norma se limita a una remisión al artículo 37.1 a) de la Ley 35/2006, en orden a la determinación de la ganancia patrimonial.

En fin, tratándose de no residentes, no será de aplicación la exención establecida en la letra i) del apartado 1 del artículo 14 del TRLIRNR, de manera que aun cuando la entidad perceptora sea residente en un país con el que España haya suscrito un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información, la renta positiva derivada de la transmisión o el reembolso estará sujeta al IRNR. No obstante, habrá de estarse a lo que el respectivo convenio prevea en relación con la competencia para gravar las plusvalías derivadas de la transmisión de valores, debiendo tomarse en consideración las reglas específicas que bastantes de ellos prevén para el caso de activos mayoritariamente compuestos por inmuebles, así como las precisiones específicas en relación con los REIT.

Es interesante destacar que el citado artículo 10.2 otorga el mismo tratamiento a las rentas derivadas de la transmisión de la participación que a las derivadas de su reembolso.

6.4. OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN

La adecuada aplicación del régimen fiscal de la SOCIMI y de sus socios exige conocer datos que en el régimen general son irrelevantes. Así, es primordial distinguir las reservas acumuladas

precedentes de beneficios que tributaron en régimen general de aquellas otras nutridas con beneficios sujetos al régimen especial, tanto por lo que se refiere a la tributación de los dividendos como de las rentas derivadas de la transmisión de la participación. Y consecuentemente se establece una obligación de información que debe canalizarse «en la memoria de las cuentas anuales». También la pertinente infracción tributaria, basada en los datos omitidos, inexactos o falsos.

Este es el sentido del artículo 11 del TRLIS, cuya lectura, en unión del «régimen fiscal de la entrada-salida» y del conocimiento de los requisitos sustantivos del régimen de la SOCIMI, aconseja vehementemente que la entidad acometa únicamente las actividades que en el artículo 2 de la Ley 11/2009 se describen como integrantes del objeto principal.

6.5. RÉGIMEN FISCAL DE ENTRADA-SALIDA. LOS MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS

El artículo 12 de la Ley 11/2009 regula el tránsito entre los regímenes general y especial. Ajustes a la base imponible, compensación de bases imponibles negativas, rentas derivadas de la transmisión de inmuebles, deducciones en la cuota íntegra pendientes de aplicar, son situaciones o circunstancias que ameritan una regulación específica, bien tejida por los apartados 1 y 2 del referido precepto.

Pero lo que más llama la atención de ese artículo 12 es su apartado 3, a cuyo tenor a los efectos de lo establecido en el apartado 2 del artículo 96 del TRLIS, se presumirá que las operaciones de fusiones, escisiones, aportación de activos y canjes de valores acogidas al régimen especial establecido en el Capítulo VIII del Título VII de dicho texto refundido, se efectúan con un motivo económico válido cuando la finalidad de dichas operaciones sea la creación de una o varias sociedades susceptibles de acogerse al régimen fiscal especial de las SOCIMI regulado en la presente ley, o bien la adaptación, con la misma finalidad, de sociedades previamente existentes.

¿Acaso no es obvio que las operaciones precisas para adaptar una estructura social o de participación a un régimen fiscal, aun cuando sea objetivamente beneficioso para el contribuyente, son de todo punto correctas? Así lo parece, y de ahí lo chocante, en apariencia, de la declaración normativa.

Pero el legislador no da puntada sin hilo, y ha preferido zanjar cualquier disputa, seguramente porque es consciente de que la aplicación del artículo 96.2 del TRLIS puede, debido a lo impreciso de los conceptos *motivos económicos válidos* y *ventajas fiscales*, aunque sea ocasionalmente, desviarse de su recto sentido¹⁶. Basta con tomar en consideración el número de consultas formu-

¹⁶ Acontecería esto cuando la operación de fusión o asimilada se reputara fraudulenta porque se acometiera para obtener un mejor régimen fiscal (Ej.: constituir una participación de dominio que habilite el régimen de los grupos fiscales) o para superar una situación de doble imposición (Ej.: fusión impropia determinante de una diferencia de fusión cuando está probada la tributación del transmitente de la participación), sin infringir ni la letra ni el espíritu de una norma tributaria.

ladas a la Dirección General de Tributos sobre esta materia, y algunas resoluciones y sentencias, si bien episódicas, para comprender la función pacificadora de la norma parcialmente transcrita.

Por tanto, toda operación acogida al Capítulo VIII del Título VII del TRLIS que tenga por objeto acceder al régimen fiscal de la SOCIMI queda al margen de la aplicación del artículo 96.2 del TRLIS.

6.6. PÉRDIDA DEL RÉGIMEN FISCAL

El artículo 13 de la Ley 11/2009 regula las causas de pérdida del régimen fiscal especial. Todas ellas, excepto la que versa sobre las obligaciones de información fiscales, suponen incumplimientos de los requisitos que componen lo que podría denominarse el régimen sustantivo de la SOCIMI.

La pérdida del régimen fiscal especial determina que la SOCIMI, y sus socios, pasen «a tributar por el régimen general del Impuesto sobre Sociedades» con efecto del propio periodo impositivo en el que se presente la causa o causas determinantes de la pérdida del régimen fiscal.

6.7. OTROS INCENTIVOS FISCALES PARA LAS RENTAS INMOBILIARIAS

Además del régimen fiscal de la SOCIMI el TRLIS contiene otros dos incentivos fiscales para estimular la actividad de adquisición de inmuebles para su explotación en régimen de arrendamiento, a saber, el tipo especial del 1 % respecto de determinadas sociedades y fondos de inversión inmobiliaria del artículo 28.5 del TRLIS, letras c) y d), y la bonificación del 85 % del artículo 54 a favor de las entidades dedicadas al arrendamiento de viviendas, cuyos requisitos de inversión se han flexibilizado (disp. final primera.segundo.cuatro de la Ley 16/2012).

6.8. VALORACIÓN DEL RÉGIMEN FISCAL DE LAS SOCIMI

La valoración de un régimen fiscal ventajoso puede hacerse desde diversas perspectivas, tales como la meramente utilitarista, la de su congruencia con las líneas maestras del sistema en el que se inserta o, en fin, con opciones de política fiscal consolidadas.

Desde la perspectiva utilitarista se advierte que el régimen fiscal es idóneo para atraer a los inversores extranjeros que tributen de manera respetable en el país de su residencia, esto es, a un tipo no inferior al 10 %, siempre que los dividendos no estén sujetos al IRNR (perceptor REIT con socios significativos que tributan a tipo no inferior al 10 %, perceptor con derecho al régimen matriz-filial, perceptor amparado por un convenio para evitar la doble imposición). En tal caso, la SOCIMI tributa al 0 %, y los socios no sufrirán retención por el IRNR.

Desde la perspectiva de la congruencia con las líneas maestras del sistema, se advierte que la tributación a tipo cero de la SOCIMI queda compensada, en el ámbito de los sujetos pasivos residen-

tes en territorio español, con la no aplicación de la deducción para evitar la doble imposición de dividendos (socios personas jurídicas) y la no aplicación de la exención parcial (socios personas físicas).

Sin embargo, en el ámbito de los sujetos pasivos no residentes, la combinación de la tributación a tipo cero de la SOCIMI con el disfrute de una exención en el IRNR determinará que las rentas derivadas de la explotación de bienes inmuebles escapen a toda tributación frente a la Hacienda Pública española.

Así pues, el sacrificio recaudatorio se concentra en relación con los inversores residentes en el extranjero. Es claro, por tanto, que el incentivo fiscal va enfocado a atraer inversores no residentes. La tributación respetable de los mismos, concretada en el tipo de gravamen del 10%, la realidad económica de las operaciones que constituyen su objeto social y la obligación de distribución de beneficios alejan a este régimen fiscal de los tipificados como perniciosos por el Código de Conducta.

La delicada situación del sector inmobiliario seguramente amerita una contemplación benévola de esos sacrificios recaudatorios.

7. LA LIMITACIÓN A LA DEDUCCIÓN DE INTERESES EN LOS GRUPOS FISCALES

En un número anterior de esta revista¹⁷ se expusieron las líneas maestras del nuevo artículo 14.1 h) del TRLIS y de la nueva redacción del artículo 20 del mismo texto legal. Ahora se centra la atención en uno de los problemas técnicos más relevantes, a saber, la aplicación del límite en el régimen de los grupos fiscales.

Si el Real Decreto-Ley 12/2012 no hubiera mencionado la forma en como debe aplicarse el límite en caso de existir un grupo fiscal, todos habríamos entendido que debería hacerse en sede de las distintas entidades que se integran en el mismo pues, en definitivas cuentas, estamos ante un supuesto de deducción de un gasto contable, problema que se sustancia en sede de la determinación de la base imponible individual. Pero el real decreto-ley establece que «tratándose de entidades que tributen en el régimen de consolidación fiscal, el límite previsto en este artículo se referirá al grupo fiscal», así como sendas reglas concernientes a los gastos financieros netos pendientes de deducción antes de la incorporación al grupo fiscal o en el momento de su abandono.

La regla principal, y sus dos subordinadas, implican una excepción a las reglas de formación de la base imponible común consolidada, ya que el grupo fiscal solo es tomado como referencia a los efectos de computar las eliminaciones e incorporaciones y, en su caso, la compensación de bases imponibles negativas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 71 del TRLIS.

¹⁷ «Restricción y limitación a la deducción de intereses en el Impuesto sobre Sociedades», Eduardo SANZ GADEA, *RCyT*. CEF, núm. 355 (octubre 2012).

A partir de las menciones contenidas en el apartado 4 del artículo 20 del TRLIS concernientes a la aplicación del límite respecto de los grupos fiscales, surgió un conjunto de dudas que la Resolución de 16 de julio de 2012 se ha encargado de resolver. Así, entre otras: ¿Deben calcularse límites individuales referidos al grupo fiscal o un solo límite referido igualmente al grupo fiscal? ¿El límite referido al grupo fiscal debe tomar en consideración todos los gastos e ingresos financieros o solamente los devengados frente a terceros? ¿El límite referido al grupo fiscal debe tomar en consideración el beneficio operativo derivado de todas las operaciones o solamente de las realizadas frente a terceros? ¿El efecto del límite se proyecta respecto de la determinación de la base imponible consolidada de manera directa o a través de la suma de las bases imponibles individuales? Supuesto que se proyecte a través de las bases imponibles individuales, ¿cómo ha de repartirse el posible exceso entre las sociedades del grupo fiscal? ¿La franquicia se imputa a todas y cada una de las sociedades del grupo fiscal o exclusivamente al grupo fiscal? ¿Los gastos financieros netos pendientes de deducción en el momento de la incorporación se imputan a la sociedad portadora de los mismos o al grupo fiscal? ¿Cómo se distribuyen los gastos financieros netos pendientes de deducción llegado el momento de la extinción del grupo fiscal o del abandono o separación de una o más entidades? ¿El límite no agotado en el momento de la incorporación se imputa a la sociedad portadora del mismo o al grupo fiscal? ¿Cómo se distribuyen los límites no agotados en el momento de la extinción del grupo fiscal o del abandono o separación de una o más entidades? ¿Cómo se calcula el límite tratándose de grupos fiscales en los que existan entidades de crédito o aseguradoras? ¿Son susceptibles de subrogación los gastos financieros netos pendientes de deducción en el contexto de una operación acogida al Capítulo VIII del Título VII? ¿Lo son los límites no agotados? ¿Los gastos financieros netos no deducidos deben ser tomados en consideración a efectos del cálculo de la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3, y de qué manera en caso de pertenencia al grupo fiscal?

7.1. CRITERIOS GENERALES

La resolución deja bien claro que los gastos financieros netos a limitar son los que el grupo fiscal soporta frente a terceros al mismo. Por tanto, los gastos e ingresos financieros internos no deberán tomarse en consideración. En consecuencia, las reglas determinantes del perímetro del grupo fiscal inciden en el importe de los gastos financieros netos a limitar. También deja bien claro que el beneficio operativo es el del grupo fiscal, esto es, el que resulta de las operaciones frente a terceros, pero que no deben formar parte del mismo los dividendos internos sino los procedentes de entidades ajenas al grupo fiscal.

Puesto que el límite se refiere al grupo fiscal, habrá que tomar en consideración el beneficio operativo del mismo, el cual se determinará a partir del resultado de explotación del balance consolidado previsto en el artículo 79 del TRLIS, incluyendo «aquellos dividendos o participaciones en beneficios... que correspondan a entidades que no forman parte del grupo de consolidación fiscal» en cuanto cumplan los requisitos legalmente establecidos para formar parte del beneficio operativo. Del tenor literal de la resolución se desprende que no deben ser tomados en consideración los dividendos internos, mas cuando los mismos no sean susceptibles de eliminación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 72.3 del TRLIS, podría postularse su inclusión en el beneficio operativo.

El resultado de explotación del referido balance ha podido quedar minorado por el deterioro o la amortización de los valores de los activos incluidos en la diferencia de consolidación, entre ellos el fondo de comercio, pero esos deterioros o amortizaciones han de ser desconsiderados a los efectos de computar el beneficio operativo, de acuerdo con lo previsto en el párrafo tercero del apartado 1 del artículo 20.

La resolución indica que el exceso derivado de la comparación entre los gastos financieros netos del grupo y el 30% del beneficio operativo del grupo, o exceso grupal, ha de ser distribuido entre las entidades del grupo fiscal, habida cuenta de que la base imponible consolidada se determina a partir de las bases imponibles individuales y de que los gastos financieros son un componente del resultado contable. La resolución establece como módulo de reparto general los excesos individuales y, para el caso en que el exceso grupal sea superior a la suma de los excesos individuales, se abre un segundo reparto del exceso tomando como clave de reparto los gastos financieros netos de todas las entidades del grupo.

Los excesos individuales se calculan por diferencia entre los gastos financieros netos individuales depurados de los puramente internos y el 30% del beneficio operativo individual depurado de las operaciones puramente internas.

Cuando el exceso global es inferior a la suma de los excesos individuales, aquel se distribuye entre las entidades del grupo fiscal en función de los excesos individuales, determinándose así, en sede de cada entidad del grupo fiscal participante en la distribución, unos gastos financieros que no serán deducibles y quedarán pendientes de deducción.

Cuando el exceso global es superior a la suma de los excesos individuales, se realizan dos distribuciones. En la primera participan solamente las entidades del grupo fiscal con excesos individuales, asignándose a cada entidad una parte del exceso global equivalente al exceso individual, y en la segunda participan todas las entidades del grupo fiscal y el módulo de reparto son los gastos financieros netos individuales, determinándose así gastos financieros no deducibles en todas las entidades del grupo que soporten gastos financieros netos.

La técnica de distribución es compleja, pero conjuga correctamente el mandato de que el límite se refiera al grupo fiscal con la forma en como se determina la base imponible consolidada.

7.2. GRUPOS FISCALES EN LOS QUE PARTICIPAN ENTIDADES DE CRÉDITO Y ASEGURADORAS

El límite no se aplica a las entidades de crédito, y cuando las mismas se integran en un grupo fiscal conjuntamente con otras entidades que no tengan esta consideración, el límite establecido en este artículo se calculará teniendo en cuenta el beneficio operativo y los gastos financieros netos de estas últimas entidades [art. 20 6 a) del TRLIS]. A partir de esta norma se abrían dos posibilidades, a saber, calcular el límite por referencia al subgrupo fiscal integrado por las

entidades no de crédito ni aseguradoras del grupo fiscal, o hacerlo por referencia al grupo fiscal, pero excluyendo las magnitudes procedentes de las entidades de crédito y aseguradoras. La resolución ha seguido la segunda.

La resolución indica que la no consideración de las entidades de crédito (parece olvidar a las aseguradoras) no desvirtúa la existencia de un grupo fiscal «de manera que los gastos financieros netos que se someten a limitación serán aquellos que tengan las entidades de naturaleza no crediticia respecto de aquellas ajenas al grupo fiscal». Este párrafo plantea una cuestión muy relevante, a saber, si los intereses de los préstamos recibidos de las entidades de crédito del grupo fiscal deben o no ser tomados en consideración para determinar los gastos financieros netos que serán sometidos a limitación.

La resolución parece contestar a la citada cuestión cuando afirma que no deberán tomarse en cuenta a los efectos del límite señalado en el artículo 20 del TRLIS los gastos financieros ni los ingresos financieros entre entidades del grupo fiscal que sean objeto de eliminación en el marco de la consolidación fiscal.

El tenor literal del párrafo lleva a excluir de los gastos financieros netos que serán objeto de limitación los devengados frente a las entidades de crédito que forman parte del grupo fiscal, aun cuando estas entidades estén en sí mismas exceptuadas de la limitación. Si esto es así es obvio que las entidades del grupo fiscal tienen un aliciente para tomar financiación de las entidades de crédito integradas en el grupo fiscal, lo que puede suponer, sin más, que las entidades no de crédito de los grupos fiscales en los que existan entidades de crédito escapen a la aplicación de la limitación del artículo 20.

La solución alternativa era excluir a las entidades de crédito y aseguradoras, a todos los efectos, del cálculo del límite, esto es, considerarlas terceros al grupo y, por tanto, los gastos financieros devengados frente a las mismas estarían también sujetos a limitación. Esta solución queda descartada por la resolución.

Ciertamente, el criterio de la resolución no carece de lógica. En efecto, puesto que los gastos financieros devengados frente a las entidades de crédito son ingresos financieros de las mismas, toda limitación a la deducción de aquellos implica un exceso de imposición. Ahora bien este exceso de imposición es consustancial a la limitación, aunque tal vez sea más reprochable en sede del mismo grupo fiscal.

Por tanto, los gastos financieros netos serán los devengados frente a terceros, no teniéndose por tales las entidades financieras del grupo fiscal.

El beneficio operativo, de acuerdo con la resolución, «será el correspondiente a las entidades que no tienen la consideración de entidades de crédito». Ese beneficio operativo ha de estar referido al conjunto de las entidades del grupo fiscal, excluidas las de crédito y aseguradoras, de manera tal que deberán tomarse en cuenta «las eliminaciones e incorporaciones que corresponda realizar por su pertenencia a todo el grupo de consolidación fiscal», por tanto también respecto

de las operaciones realizadas con las citadas entidades. Así, el beneficio operativo imputable a las entidades de crédito y aseguradoras no se toma en consideración, y para calcular el beneficio operativo de las restantes entidades del grupo fiscal han de realizarse las eliminaciones e incorporaciones pertinentes en su plenitud, es decir, también las inherentes a las operaciones realizadas con las entidades de crédito y aseguradoras.

En fin, la franquicia se proyecta respecto «del conjunto de las entidades que queden sometidas a la aplicación de la limitación del propio artículo 20 del TRLIS», lo que, realmente, no podía ser de otra manera, pues la exclusión de las entidades de crédito y aseguradoras a efectos de la limitación no desvirtúa la existencia de un grupo fiscal.

Por tanto, los gastos financieros netos a limitar son los que las entidades no de crédito ni aseguradoras devengan frente a terceros y el beneficio operativo también será el correspondiente a esas entidades depurado de las operaciones internas. A partir de aquí, esto es, una vez determinado el exceso grupal constreñido a las entidades no de crédito ni aseguradoras, se aplican los criterios generales de distribución.

Lo verdaderamente relevante es que el importe de los gastos financieros netos a limitar no comprenda los intereses que las entidades del grupo fiscal devenguen a favor de las entidades de crédito del grupo fiscal, lo que las libera en la práctica de la limitación. Si esta interpretación es correcta se está en presencia de una distorsión notable.

7.3. GASTOS FINANCIEROS NETOS PENDIENTES DE APLICACIÓN Y BENEFICIO OPERATIVO PENDIENTE DE UTILIZACIÓN, ANTERIORES A LA ENTRADA EN EL GRUPO FISCAL

Respecto de tales gastos la norma establece que se deducirán con el límite del 30% del beneficio operativo de la propia entidad.

La resolución indica que la deducción ha de someterse a un doble límite, a saber, el derivado del propio grupo fiscal y el derivado de la entidad concernida, el cual deberá ser calculado tomando en consideración los gastos e ingresos financieros devengados frente a terceros y el beneficio operativo generado en operaciones con terceros, prevaleciendo el menor de los dos límites. Nótese que estos límites operan en sentido inverso al límite a la deducción de gastos financieros netos, esto es, operan cuando el 30% sobre el beneficio operativo es superior a los gastos financieros netos, prevaleciendo la diferencia menor.

Al beneficio operativo pendiente de utilización no se refiere la norma, pero la resolución interpreta que es aplicable, pero exclusivamente por la entidad afectada, de manera tal que la misma, una vez efectuada la distribución del exceso grupal, podrá utilizar ese beneficio operativo para asumir la deducción de los gastos financieros netos, incidiendo por esta vía en la base imponible consolidada.

7.4. GASTOS FINANCIEROS Y PARTIDA FISCALMENTE DEDUCIBLE DEL ARTÍCULO 12.3 DEL TRLIS

La aplicación del límite genera un gasto fiscalmente no deducible que deberá ser tomado en consideración a los efectos de calcular la partida fiscalmente deducible del referido artículo 12.3. Por otra parte, dicha partida fiscalmente deducible es obligatoria, incluso en el régimen de los grupos fiscales.

La resolución, dando por sentado que el gasto no deducible derivado del límite afecta a la partida fiscalmente deducible, indica que el mismo se calculará tomando en consideración que la entidad sobre la cual se efectúa el cálculo de los gastos fiscalmente no deducibles derivados de la aplicación del límite pertenece a un grupo fiscal. En consecuencia, deberán aplicarse los criterios generales anteriormente examinados para aplicar el límite, de donde se sigue que en ausencia de un exceso grupal no habrá limitación a la deducción del gasto, ni, por tanto, incidencia sobre la partida fiscalmente no deducible.

7.5. LA FRANQUICIA

La resolución es meridiana, señalando que el importe máximo de 1 millón de euros a que hace referencia el párrafo cuarto del apartado 1 del artículo 20 del TRLIS debe calcularse a nivel del grupo de consolidación fiscal. Por tanto, una sola franquicia.

Acierta la resolución, por cuanto el apartado 4 del citado artículo 20 según redacción del Real Decreto-Ley 12/2012 obliga a proyectar el cálculo del límite sobre el grupo fiscal.

Dicho esto, es evidente que se produce una notable distorsión por cuanto, ante la misma realidad económica, según que se tribute en régimen de consolidación o individual el aprovechamiento del límite oscila desde 1 millón hasta un máximo de 1 millón multiplicado por el número de entidades que, potencialmente, puedan formar un grupo fiscal. Es cierto que, siendo voluntario el régimen de los grupos fiscales, los grupos empresariales podrán adoptar la decisión más apropiada a sus intereses, pero también lo es que una mejor construcción del límite hubiera podido evitar ese dilema, en aras de la neutralidad.

La buena construcción del límite exigiría referirlo a la unidad económica en lugar de a la jurídica, por cuanto esta es susceptible de fraccionamiento, en tanto que la primera no lo es, cualquiera que fuere el régimen fiscal –individual o de grupo– en el que tributan las entidades que pertenecen a la unidad económica. Un ejemplo de límite bien trazado respecto de la aplicación de un determinado régimen fiscal lo proporciona el artículo 108.3 del TRLIS, concerniente a las empresas de reducida dimensión, ya que, en efecto, se proyecta respecto de una unidad económica, antes que sobre las diversas formas jurídicas a través de las cuales aquella se manifiesta.

Esta configuración de la franquicia evita el aliciente que al fraccionamiento de formas jurídicas procura la configuración proyectada sobre la forma jurídica y, al tiempo, la distorsión adversa al régimen de los grupos fiscales.

En suma, a cada unidad económica su franquicia y nada más que su franquicia, cualquiera que fueren las formas societarias que se integran en la misma, cuyo importe sería distribuido entre dichas formas societarias de acuerdo con un criterio objetivo como puede ser el valor de los activos.

7.6. ARBITRAJE EN LA CAPTACIÓN DE LA FINANCIACIÓN

Se entiende por tal la selección de la entidad más apropiada para tomar financiación frente a terceros por motivos fiscales. Nótese que aunque la selección de la entidad que tomará la financiación frente a terceros no variará el exceso grupal sí lo hará el exceso individual o el límite para utilizar beneficio operativo pendiente, entre otros aspectos. Ahora bien, la financiación será utilizada por la entidad que verdaderamente la precise, de aquí que pueda hablarse de entidad tomadora de la financiación y entidad utilizadora de la financiación. La literalidad de la norma lleva a entender que la financiación frente a terceros concurre en la entidad tomadora de la misma, pero no cabe descartar una lectura más incisiva que señale a la entidad que la utiliza como la deudora frente a terceros. Esta lectura incisiva sería particularmente intensa en los casos en los que una entidad del grupo monopoliza las operaciones de financiación del grupo.

7.7. GASTOS FINANCIEROS NETOS PENDIENTES DE APLICACIÓN Y BENEFICIO NETO PENDIENTE DE UTILIZACIÓN EN EL MOMENTO DE LA EXTINCIÓN DEL GRUPO FISCAL O DE LA SEPARACIÓN DE UNA ENTIDAD

Acerca de estos gastos dice el apartado 4 del artículo 20 de la norma con rango de ley que tendrán el mismo tratamiento que corresponde a las bases imponibles negativas pendientes de compensar, en los términos previstos en el artículo 81 de esta ley, lo que implica que las distintas entidades del grupo fiscal extinguido o la sociedad o sociedades que del mismo se separan asumirán el derecho en la proporción en que hubieren contribuido a su formación.

Como quiera que en cada ejercicio el exceso ha de distribuirse entre las distintas entidades que lo integran en los términos antes señalados, la base de reparto para el caso de extinción o separación deriva de esa distribución.

La resolución no ha entrado en este asunto, tal vez por entender que la remisión al artículo 81 es suficientemente explicativa.

La lógica en la que descansa la asunción del derecho a la aplicación de los gastos financieros netos pendientes de deducción igualmente puede amparar la asunción de beneficios operativos netos pendientes de aprovechamiento. Sin embargo, ni la norma de rango legal ni la resolución amparan la asunción. Tampoco lo hace el artículo 81, habida cuenta de que el concepto que se examina no puede subsumirse en ninguno de los descritos en el mismo.

7.8. LAS ENTIDADES *HOLDING*

La Consulta número 2 del BOICAC 79/2009 (NFC035411) considera que los productos de las inversiones financieras efectuadas por una entidad *holding* forman parte de su cifra de negocios. Pues bien, la resolución apunta que los derivados de la cesión a terceros de capitales propios no por ello pierden la consideración de ingresos financieros. En consecuencia minorarán los gastos financieros a efectos de determinar el importe de los gastos financieros netos, y no formarán parte del beneficio operativo.

Esta precisión es de especial relevancia en el caso de las operaciones de adquisición apalancada de sociedades operativas mediante entidades *holding*, por cuanto los ingresos y gastos financieros de esas entidades determinarán unos gastos financieros netos sujetos al límite, aun cuando contablemente sean considerados conceptos determinantes del resultado de explotación. No obstante, en el beneficio operativo de estas entidades deberá integrarse el beneficio distribuido por la sociedad operativa. Nótese, por tanto, que el límite fiscal estimula la distribución del beneficio, lo que puede ser inconveniente para la correcta gestión de la sociedad participada. La solución está en la tributación en régimen de grupo fiscal del constituido por ambas entidades. También podría estarlo en la fusión por absorción, pero ciertas sentencias de la Audiencia Nacional han sido contrarias a la aplicación del régimen especial del Capítulo VIII del Título VII del TRLIS, y las consultas de la Dirección General de Tributos parecen haber virado en ese sentido.

7.9. SUBROGACIÓN EN LAS OPERACIONES DEL CAPÍTULO VIII DEL TÍTULO VII

La amplitud de la fórmula de subrogación que emplea el artículo 90 del TRLIS, esto es, los derechos y las obligaciones tributarias de la entidad transmitente, permite sostener que tanto el saldo de gastos financieros netos pendiente de deducción como el excedente de beneficio operativo pendiente de aprovechamiento se transmitirán a la entidad adquirente. Por otra parte, no operará la restricción a la compensación de bases imponibles negativas por cuanto ambos conceptos no responden a esa naturaleza.

7.10. CONSOLIDAR O NO CONSOLIDAR FRENTE AL LÍMITE

Siempre que el exceso global sea superior a la suma de los excesos en régimen individual de las entidades que integran el grupo fiscal, la consolidación ofrece una economía de opción, con tal de que no se vea rebasada por el impacto, en sentido contrario, de la referencia de la franquicia al grupo fiscal.

Cuando concurren entidades de crédito la tributación en el régimen de los grupos fiscales es aplastantemente ventajosa dado que, de acuerdo con la resolución, los gastos financieros netos a limitar no incluyen los intereses devengados frente a las entidades de crédito del grupo fiscal. De esta suerte, la financiación a través de las entidades de crédito del grupo fiscal es inmune al límite.

Son entidades de crédito las enumeradas en el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986: el Instituto de Crédito Oficial, los Bancos, las Cajas de Ahorros y la Confederación Española de Cajas de Ahorros, las Cooperativas de Crédito y los Establecimientos Financieros de Crédito.

8. LA DEDUCCIÓN DE GASTOS FINANCIEROS EN EL PROYECTO DE LA OCDE SOBRE LA EROSIÓN DE BASES IMPONIBLES (BEPS)

En febrero de 2013, con ocasión de la reunión del G-20 en Moscú, la OCDE presentó el informe titulado *Addressing Base Erosion and Profit Shifting (19/2/2013)*. Se trata de un estudio de carácter general preparatorio de un programa de acción más concreto a presentar en junio de 2013.

El programa de acción habrá de ser necesariamente muy vasto y en él no podrá faltar el tema relativo a la deducción de los gastos financieros, pues de sobra es sabido que los mismos pueden ser un instrumento demoledor de la erosión de bases imponibles. Varias serán las cuestiones que habrán de resolverse, pero preliminarmente tendrá que dilucidarse si los intereses deben seguir el tratamiento de los dividendos. Esta opción igualatoria, conocida como *Comprehensive Business Income Tax* (CBIT), apenas ha encontrado refrendo positivo, pero la reciente modificación de la legislación francesa sobre la materia demuestra que el debate sigue vivo. En efecto, a partir de 1 de enero de 2012 solamente serán deducibles el 85 % de los gastos financieros netos y a partir de 1 de enero de 2014 el 75 %. Se trata, bien se ve, de una limitación objetiva a la deducción de intereses que llevada al límite desemboca en la opción igualatoria.

Si la cuestión preliminar se resuelve en el sentido de que los intereses deben ser fiscalmente deducibles, aun cuando bajo ciertos criterios limitativos que embriden la erosión de bases imponibles, se deberá determinar si dichos criterios deben afectar exclusivamente a los intereses vinculados o a la totalidad de los intereses. Nótese que las más recientes reformas normativas se están proyectando sobre la totalidad de los intereses, a diferencia de las normas antisubcapitalización de primera generación que versaban exclusivamente sobre los de carácter vinculado.

¿Cómo deben definirse los criterios limitativos? ¿Ratios de apalancamiento, ratios de intereses sobre resultados de explotación, ratios relativos a medias estadísticas sectoriales comparables, distribución de los intereses soportados por el grupo entre las distintas entidades que lo forman?

La contemplación de las más modernas normas antisubcapitalización, entre ellas las establecidas por Alemania, Francia, Holanda, Reino Unido y Nueva Zelanda, permite colegir que se están abriendo paso dos ideas:

- Que los intereses que deben ser admitidos a efectos fiscales son los que tienen una indudable efectividad por ser satisfechos a terceros, poniéndose en entredicho los de carácter puramente interno a un grupo de empresas (*debt cap UK*).

- Que los intereses pagados a terceros por el grupo de empresas como un todo deben ser equitativamente distribuidos entre las entidades que se integran en el mismo (cláusulas de escape de las normas antisubcapitalización alemana, francesa y holandesa).

Estos antecedentes invitan a intuir que la OCDE se inclinará hacia una recomendación construida sobre una regla de reparto de la carga financiera que soporta el grupo de empresas entre todas las entidades que lo integran. Varios son los problemas que deberán resolverse:

- Delimitación de los intereses frente a la remuneración de los socios o accionistas.
- Determinación de la fórmula de reparto. Un criterio apropiado, entre otros, es la relación en la que se hallan los activos del balance individual que se integran en el balance consolidado respecto del total activo del balance consolidado, habida cuenta de que es el activo el determinante de los ingresos. Esa relación se aplicará sobre los intereses pagados a terceros por el grupo de empresas como un todo, obteniéndose el límite de deducción de los gastos financieros netos. Puede apreciarse que las carteras de valores no ameritarían la imputación de gastos financieros netos.
- La información pertinente se extraería de los balances, individual y consolidado, debidamente aprobados. Si ambos son redactados de acuerdo con las mismas normas contables la aplicación del criterio limitativo se verá facilitado, pero la diversidad de normas contables no será un obstáculo, pues las operaciones de homogeneización previas a la consolidación contable lo allanarán.

Una norma del estilo de la esbozada debería ir acompañada de la posibilidad de que el obligado tributario ejercitase una prueba en contrario basada directamente en el principio de libre concurrencia. Ciertamente, esa norma no está alejada del entorno de dicho principio, en cuanto versa sobre intereses satisfechos a terceros, pero la posibilidad de prueba en contrario reforzaría la adecuación a ese principio.

En fin, no se ocultará el notable interés que para España tienen los trabajos que previsiblemente la OCDE acometerá respecto de la deducción de gastos financieros, habida cuenta de la reciente modificación que en esta materia ha introducido el Real Decreto-Ley 12/2012.