

EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES EN 2011

EDUARDO SANZ GADEA

Licenciado en Derecho y Ciencias Económicas

Extracto:

Si bien ha transcurrido un año sin que en el Impuesto sobre Sociedades se registraran modificaciones de alcance, sí han proliferado las modificaciones puntuales en relación con el citado impuesto.

Con base en ellas, la presente colaboración comenta las principales modificaciones normativas acometidas en el impuesto durante el año 2011, concluyendo la misma con unas enseñanzas referentes a la propuesta de directiva relativa a la base imponible consolidada común europea.

Palabras clave: Impuesto sobre Sociedades, novedades normativas y 2011.

THE CORPORATE TAX IN 2011

EDUARDO SANZ GADEA

Licenciado en Derecho y Ciencias Económicas

Abstract:

ALTHOUGH a year has passed without Corporate Income Tax shall be recorded changes in scope, if have proliferated in the specific amendments in relation to the aforementioned tax.

Based on them, this collaboration discusses the principal regulatory changes undertaken in the tax during the year 2011, ending the same with some teachings concerning the proposal for a directive on the consolidated tax base common European.

Keywords: Impuesto sobre Sociedades, novedades normativas y 2011.

Sumario

1. Introducción.
2. Síntesis de las modificaciones.
3. El fondo de comercio financiero.
4. Compensación de bases imponibles negativas.
5. El pago fraccionado.
6. El impacto de la elevación de la presión fiscal sobre las rentas del capital.
7. Tipo de gravamen reducido en el Impuesto sobre Sociedades.
8. Otros incentivos fiscales.
9. Las enseñanzas discretas de la propuesta de directiva relativa a la base imponible consolidada común europea.

NOTA: Silvia LÓPEZ RIBAS ha tenido la amabilidad de leer el texto, y, como de costumbre, ha formulado valiosas observaciones. Los errores que pudieran existir son responsabilidad del autor.

«Los especuladores pueden no hacer daño cuando solo son burbujas en una corriente firme de espíritu de empresa; pero la situación es seria cuando la empresa se convierte en una burbuja dentro de una vorágine de especulación»

KEYNES, *Teoría general*

1. INTRODUCCIÓN

Transcurrió el pasado año sin que en el Impuesto sobre Sociedades se registraran modificaciones de alcance, por más que, en su despedida, la ministra de Economía y Hacienda aconsejara al nuevo Gobierno la reforma del mismo.

Sí han proliferado las modificaciones puntuales, contenidas en las siguientes disposiciones:

- Real Decreto-Ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero.
- Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.
- Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos.
- Real Decreto-Ley 9/2011, de 19 de agosto, de medidas para la mejora de la calidad y cohesión del sistema nacional de salud, de contribución a la consolidación fiscal, y de elevación del importe máximo de los avales del Estado para 2011.
- Ley 31/2011, de 4 de octubre, por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva.
- Real Decreto 1145/2011, de 29 de julio, por el que se modifica el Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio.

Bien se comprende que esta dispersión no es acorde con el principio de simplicidad, tal y como lo describe el artículo 4.7 de la propia Ley de Economía Sostenible. Tampoco contribuye a la seguridad jurídica la ausencia de mención, en el título de las normas referidas, de que contienen regulación tributaria, desoyéndose así el mandato del artículo 9 de la Ley General Tributaria.

En fin, el Impuesto sobre Sociedades ha merecido escasa atención por parte del Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, con el que ha inaugurado el nuevo Gobierno su actuación normativa, lo cual es natural, pues las reformas deseables no son apropiadas para ese vehículo normativo.

Llegado el día 1 de enero de 2012 sin haber sido aprobados los Presupuestos Generales del Estado, los correspondientes a 2011 quedan automáticamente prorrogados, de acuerdo con lo previsto en el artículo 134.4 de la Constitución. Esta previsión constitucional versa, esencialmente, sobre la materia nuclear de la ley de presupuestos, a saber, la previsión de ingresos y gastos. Las normas que han sido aprobadas en la ley de presupuestos con vigencia indefinida, no están afectadas por la prórroga. Continuarán vigentes. Por el contrario, la prórroga no concede la vigencia a aquellas normas que, por su función, estaban diseñadas para surtir efectos exclusivamente en 2011.

En el Impuesto sobre Sociedades encontramos ejemplos de ambos tipos de normas. Así es norma indefinida la relativa a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero (art. 74, Ley de Presupuestos para 2010, dando nueva redacción al art. 12.5 del TRLIS) o la concerniente a las reducciones de capital con devolución de aportaciones (art. 75, Ley de Presupuestos para 2011, dando nueva redacción al art. 15.4 del TRLIS). Y son normas con vigencia exclusiva en 2011 la relativa a los coeficientes de corrección monetaria (art. 72, Ley de Presupuestos para 2011) y la destinada al porcentaje del pago fraccionado (art. 73, Ley de Presupuestos para 2011).

Seguramente a preceptos de este tipo se refiere el preámbulo del Real Decreto-Ley 20/2011, cuando afirma que *por razones de seguridad jurídica, hay preceptos que difícilmente pueden entenderse prorrogados, como son aquellos en los que una ley de carácter material remite a la Ley de Presupuestos Generales del Estado anual. Estos preceptos cobran particular importancia en materia tributaria, por lo que es preciso regular esta materia de forma expresa y no entenderlos prorrogados de forma tácita.*

A pesar de ello, el Real Decreto-Ley 20/2011 no regula los coeficientes de corrección monetaria.

2. SÍNTESIS DE LAS MODIFICACIONES

2.1. Real Decreto-Ley 2/2011

Esta disposición con rango de ley, concerniente al reforzamiento del sistema financiero, contiene normas relativas a la consolidación fiscal:

- Régimen de consolidación fiscal de los grupos formados por entidades de crédito integrantes de un sistema institucional de protección y de los grupos resultantes del ejercicio indirecto de la actividad financiera de las cajas de ahorros (nueva disp. trans. trigésimo tercera del TRLIS) (disp. final 1.2).
- Régimen fiscal en el ejercicio 2010 de las entidades de crédito integrantes de un sistema institucional de protección (nueva disp. trans. trigésimo cuarta del TRLIS) (disp. final 1.3).
- Nueva redacción del artículo 67 del TRLIS, concerniente a la descripción del grupo fiscal (disp. final 1.1).

2.2. Ley 2/2011

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, ha introducido un conjunto de modificaciones en el TRLIS:

- Obligación de información en relación con la variación en la composición del grupo fiscal, a cuyo efecto se añade un nuevo párrafo al artículo 70.6 del TRLIS (art. 44).
- Aumento de porcentajes de deducción y límites en materia de deducción por I+D+i, a cuyo efecto se da nueva redacción del artículo 35.2 c) del TRLIS (art. 65).
- Extensión de las deducciones medioambientales a las acústicas, y recomposición de los porcentajes de deducción a cuyo efecto se da nueva redacción al artículo 39.1 del TRLIS (art. 92).
- Adaptación del artículo 44 del TRLIS, concerniente a las normas comunes de las deducciones, elevando el límite de deducción (art. 65).
- Exclusión de la deducción medioambiental del artículo 39.1 del TRLIS de la aplicación de los coeficientes reductores previstos en la disposición adicional décima del TRLIS, y consiguiente adaptación de la disposición transitoria vigésima primera del TRLIS (art. 92).
- Referencias normativas a la Directiva 90/434/CE, que deben entenderse hechas a la Directiva 2009/133/CE, refundidora, añadiéndose la disposición adicional decimotercera del TRLIS (disp. final trigésima séptima).
- Impulso a la red española de convenios para evitar la doble imposición (art. 71).
- Adaptación del artículo 99 f) del TRLIS, relativo al factor de agotamiento (art. 87).

También ha modificado otras normas concernientes al Impuesto sobre Sociedades:

- Reserva para inversiones en Canarias (disp. trans. octava; disp. final trigésima).
- Régimen fiscal de los Organismos públicos que se transformen en Agencias estatales (disp. final decimoquinta).
- Régimen fiscal de cooperativas (disp. final cuadragésima segunda).

La Ley de Economía Sostenible también ha afectado a otros tributos principales del sistema fiscal, como el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) y el Impuesto sobre la Renta de los no Residentes (IRNR), que no son objeto del presente comentario, pero que conviene evocarlas para señalar que, en cierto modo, y por lo que concierne al ámbito fiscal, la citada ley ha jugado el papel de las denominadas leyes de acompañamiento a la Ley de Presupuestos del Estado, aun cuando, finalmente, la anticipación de las elecciones no haya permitido su presentación.

2.3. Real Decreto-Ley 9/2011

Muchas esperanzas, alimentadas por algunos versículos de la prensa económica, se pusieron en que esta disposición con fuerza de ley arreglase una de las cuestiones más necesitadas de ello en el Impuesto sobre Sociedades, a saber, la subcapitalización o, más ampliamente, la deducción de intereses asociados a la adquisición de carteras de valores. La frustración ha sido tan grande como la esperanza, puesto que la norma se ha limitado a modificar algunos aspectos del TRLIS con el objetivo de promover una mayor recaudación para hoy a costa de la de mañana:

- Modificación del porcentaje del pago a cuenta (art. 9.primerο.uno).
- Limitación a la compensación de bases imponibles negativas (art. 9.primerο.dos).
- Fondo de comercio financiero (art. 9.primerο.tres).
- Ampliación del plazo para la compensación de bases imponibles negativas (art. 9.segundo). Se añade una nueva disposición transitoria, la trigésimo quinta.

2.4. Ley 31/2011

Esta ley, concerniente al régimen de las instituciones de inversión colectiva, contiene las siguientes normas relacionadas con el Impuesto sobre Sociedades:

- Obligaciones fiscales relativas a la comercialización de las instituciones de inversión colectiva comunitarias (disp. final segunda).
- Declaración de acontecimientos de especial interés público en Barcelona (disp. final cuarta).
- Declaración de acontecimientos de excepcional interés público de Vitoria-Gasteiz (disp. final quinta).
- Nueva redacción del artículo 12.5 del TRLIS, relativo al fondo de comercio financiero (disp. final sexta).

2.5. Real Decreto-Ley 20/2011

Esta disposición con rango de ley contiene, básicamente, las normas que hubiera debido incorporar la Ley de Presupuestos Generales del Estado:

- Pago fraccionado (art. 7).
- Actividades prioritarias de Mecenazgo (disp. adic. tercera).

- Deducción por gastos e inversiones en nuevas tecnologías de la comunicación y de la información (disps. finales segunda, tercero, uno y tres).
- Porcentaje de retención o ingreso a cuenta (disp. final tercera, primero).
- Tipo de gravamen reducido por mantenimiento o creación de empleo (disp. final tercera, segundo).

De todas las modificaciones aludidas, solamente tienen cierta trascendencia general las concernientes a la compensación de bases imponibles negativas, al fondo de comercio financiero y al pago a cuenta. Con todo, las modificaciones no han afectado a los aspectos básicos de tales materias, por más que el fondo de comercio financiero está llamado a desaparecer. Alguna modificación o innovación, aunque de elevada contextura técnica, se proyecta sobre un conjunto predeterminado de entidades, concretamente la concerniente al régimen de consolidación fiscal de los grupos cuya sociedad dominante sea la entidad central de un sistema institucional de protección ¹.

3. EL FONDO DE COMERCIO FINANCIERO

3.1. Las Decisiones de la Comisión en materia de ayudas de Estado

En el DOCE de 21 de diciembre de 2007, se publicó la decisión de la Comisión de iniciar un procedimiento de investigación de la existencia de una ayuda de Estado en relación con lo previsto en el artículo 12.5 del TRLIS. Este procedimiento ha finalizado con dos declaraciones de la existencia de ayuda de Estado, la primera concerniente a las participaciones sobre entidades residentes en Estados miembros de la Unión Europea [Decisión C(2009) 8107 final], y la segunda relativa a las participaciones sobre entidades residentes en Estados terceros [Decisión C(2010) 9566 final].

Para dar satisfacción a la primera, el artículo 74 de la Ley de Presupuestos para 2011 dio nueva redacción al artículo 12.5 del TRLIS, limitándose a incorporar un párrafo en cuya virtud la deducción establecida en el mismo no sería aplicable respecto de las adquisiciones de participaciones sobre entidades residentes en Estados miembros de la Unión Europea realizadas a partir de 21 de diciembre de 2007.

Para dar satisfacción a la segunda, la disposición final sexta de la Ley 31/2011, de 4 de octubre, ha vuelto a dar nueva redacción al artículo 12.5 del TRLIS. La modificación ha consistido en sustituir el párrafo añadido por el artículo 74 de la Ley de Presupuestos para 2011 por otro en el que también se contempla la situación de las empresas participadas residentes en Estados terceros.

De esta manera, el incentivo fiscal queda como sigue:

¹ CALVO VÉRGEZ, J.: «El régimen de consolidación fiscal de los grupos de sociedades en el IS y su proyección sobre los SIP en el Real Decreto-Ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero», *QF*, enero 2012.

- Participaciones adquiridas antes de 21 de diciembre de 2007. Continuarán aplicando el incentivo fiscal en los términos previstos en el párrafo primero del artículo 12.5, de manera tal que se respetan las expectativas de disfrute del incentivo fiscal, generadas antes de la apertura del expediente por infracción de las normas sobre ayudas de Estado.
- Participaciones adquiridas, a partir de la fecha indicada, representativas de los fondos propios de entidades residentes en algún Estado miembro de la Unión Europea. No confieren derecho a la partida fiscalmente deducible.
- Participaciones adquiridas entre el 21 de diciembre de 2007 y el 21 de mayo de 2011 (fecha de publicación de la segunda Decisión), que confieran la mayoría de la participación en los fondos propios de entidades residentes en algún Estado no miembro de la Unión Europea, otorgan derecho a la deducción *cuando se demuestre la existencia de obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas, en los términos establecidos en los apartados 4 y 5 del artículo 1 de la Decisión de la Comisión de 12 de enero de 2011.*
- Participaciones adquiridas, a partir de 21 de mayo de 2011, representativas de los fondos propios de entidades residentes en un Estado no miembro de la Unión Europea. No confieren derecho a la partida fiscalmente deducible.

El legislador español, tanto en la primera modificación como en la segunda, ha optado por ajustarse estrictamente al contenido de las dos Decisiones de la Comisión. Había otras opciones, pero la elegida parece la más prudente en el sentido de que establece una adecuada composición de los intereses en juego.

Lo más relevante de la nueva redacción es que las adquisiciones de participaciones sobre entidades residentes en Estados terceros, realizadas antes de 21 de mayo de 2011, podrán tener acceso a la deducción del artículo 12.5 a condición de que se demuestre la existencia de obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas.

¿Qué es una combinación transfronteriza de empresas? ¿De qué forma debe demostrarse la existencia de obstáculos jurídicos explícitos? La norma se lava las manos a favor de la Decisión de la Comisión, pues, en efecto, convoca a los *términos establecidos en los apartados 4 y 5 del artículo 1* de dicha Decisión.

Ahora bien, en ninguno de esos dos apartados se dice lo que es una combinación transfronteriza de empresas, ni se describe la forma en cómo debe instrumentarse la prueba, ni, en fin, se añade o dice algo distinto de lo ya establecido en la norma remitente. En suma las dos normas, remitente y remitida, dicen lo mismo, y de ahí que la remisión provoque una cierta tautología.

Desde luego, parece claro que, de acuerdo con las normas que rigen la carga de la prueba, corresponde al obligado tributario la prueba de los obstáculos jurídicos explícitos, y para ello deberá aportar la legislación extranjera supuestamente restrictiva y demostrar el efecto restrictivo. Y a la inspección tributaria, en una primera fase, le corresponderá valorar esos elementos probatorios.

La Decisión de la Comisión ofrece algunos elementos para encauzar esa labor de aportación de prueba y su valoración. Así, se pronuncia respecto de un nutrido conjunto de países en relación con los cuales no aprecia la existencia de obstáculos (párrafos 115 y 116), argumentando en base a la legislación mercantil y fiscal de los mismos, y también respecto de dos países, China e India, en los que sí encuentra obstáculos mercantiles a las operaciones de fusión. Por tanto, parece claro que existirán obstáculos explícitos en el caso de normas que excluyan de las operaciones de fusión o asimiladas a las entidades extranjeras. Otras causas tales como las cargas administrativas, o la constatación de la inexistencia de operaciones de fusión, no serán determinantes de la existencia de obstáculos, como tampoco lo será la prohibición a los extranjeros de poseer determinados activos (párrafo 114). Así pues, cuando la entidad española hubiera podido imponer una fusión por tener una participación mayoritaria, pero la legislación mercantil del país de la entidad participada se lo impide, existirá un obstáculo explícito. También podría sostenerse la existencia de ese obstáculo jurídico cuando las normas fiscales son disuasorias respecto de la operación de fusión.

A lo largo de los razonamientos de la Decisión concernientes a los obstáculos jurídicos explícitos, se aprecia que la Comisión contempla la adquisición de una participación mayoritaria y la posterior realización de un acto u operación jurídica que califica como combinación transfronteriza de empresas. Por tanto, la combinación transfronteriza de empresas es algo distinto de la pura adquisición de una participación mayoritaria. No puede, consecuentemente, identificarse con una combinación de negocios en el sentido del Plan General de Contabilidad, ya que, en efecto, en la norma contable evocada, la adquisición del control sobre un negocio es lo que determina la combinación de negocios y el control se adquiere con la adquisición de la participación mayoritaria.

Así pues, los obstáculos jurídicos no van referidos a la pura adquisición de la participación, sino a un acto u operación posterior en relación con el cual tal adquisición opera a modo de antecedente lógico. Como se ha indicado, ese acto u operación será, señaladamente, la fusión, y también cualquier acto u operación asimilada del que derive la puesta de manifiesto de un fondo de comercio.

Cuando esa combinación sufre un obstáculo jurídico explícito se abre paso la posibilidad de aplicar la deducción del artículo 12.5 del TRLIS, pero solo en relación con las adquisiciones realizadas antes de 21 de mayo de 2011.

Es importante notar que la participación adquirida ha de conferir la mayoría sobre los fondos propios. En consecuencia, no basta una participación del 5 por 100, como así bastó en relación con las adquisiciones anteriores a 21 de diciembre de 2007. Para las adquiridas entre dicha fecha y 21 de mayo de 2011 se requiere más del 50 por 100, sobre los fondos propios. Una interpretación amplia sí llevaría a computar una participación no mayoritaria pero que, en unión de la preexistente, determina la mayoría.

3.2. Historia de una norma conflictiva

El artículo 12.5 fue establecido por la Ley 24/2001. Desde entones, ha sufrido tres modificaciones. La primera, para sustituir la remisión al Real Decreto 1815/1991 por la actual remisión al artículo 46 del Código de Comercio, y las otras dos para incorporar las Decisiones de la Comisión.

Ya en su primera redacción, el artículo 12.5 encerraba una interrogación fundamental que no pasó desapercibida a la doctrina, a saber, si era o no aplicable la deducción prevista en el mismo en relación con las adquisiciones intragrupo.

La deducción del artículo 12.5 parecía tener el sentido de estimular la toma de participaciones significativas sobre entidades extranjeras, contribuyendo así al proceso de internacionalización de la empresa española, por más que en el preámbulo de la Ley 24/2001 nada se dijera de ello, de manera que cuando esta participación ya se había adquirido por la entidad matriz del grupo o una filial del mismo, el estímulo estaba sobrante.

Sin embargo, la literatura legal no albergaba suficientes indicios para dar aliento a esa interpretación, siendo así, para mayor desconuelo, que en la redacción original de la Ley 43/1995, el legislador se cuidó de apelar al grupo mercantil como elemento restrictivo de la amortización con efectos fiscales del fondo de comercio explícito (arts. 11.4 y 103.3).

La Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 1 de junio de 2010 (NFJ040862), tras examinar detenidamente el acto de liquidación que niega la deducción por entender que es imposible, en términos contables, la aparición de un fondo de comercio en el contexto de una transmisión interna de la participación, entiende, de una parte, que la remisión al artículo 46 del Código de Comercio (antes al RD 1815/1991) no ha *pretendido acoger todos los principios de consolidación*, sino *únicamente aquellos que le sirve para calcular la diferencia que la norma tributaria pretendía cuantificar...*, y de otra, que *el legislador fiscal no ha establecido en relación con la deducción que nos ocupa ninguna limitación que impida aplicarla cuando se adquieran participaciones de entidades no residentes a otras entidades del mismo grupo*.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de octubre de 2011 (NFJ044731) se ha hecho eco de la resolución del TEAC, y ha concluido que *como se desprende de la lectura de este precepto, la norma no excluye el hecho de las sociedades intervinientes pertenezcan o no al mismo grupo*.

Tal vez el caso más cuestionable es aquel en el que una filial residente en España, integrada en un grupo multinacional, adquiere mediante una operación interna la participación sobre una entidad no residente en territorio español. He aquí que, con cargo al Tesoro español, se estimula la expansión internacional de un grupo multinacional con sede extranjera. Se comprende, se comparte o no, el estímulo a la expansión internacional de los grupos multinacionales con sede en España, pero no se comprende que ese estímulo se conceda a los grupos multinacionales extranjeros con cargo al Tesoro español. Pues bien, este es el caso de la resolución del TEAC antes comentada.

El relato anterior encierra algunas enseñanzas. Así, muestra la sensibilidad de la inspección tributaria en el análisis del fundamento del incentivo fiscal, y el respeto escrupuloso del TEAC y de la Audiencia Nacional al texto de la norma, que algunos tacharán de formalismo y otros alabarán como sumisión al imperio de la ley en cuanto componente esencial del Estado de Derecho², y, en fin, y por encima de todo, la conveniencia de ejercer una vigilancia constante sobre las disfunciones provocadas por la deficiente redacción de algunas normas tributarias en orden a proceder a su más pronta modificación.

² LAPORTA. F.J.: *El Imperio de la Ley. Una Visión Actual*, capítulo VIII...

También ha sido motivo de conflicto el balance –individual o consolidado, si lo hubiere– que ha de tomarse para calcular el importe del denominado fondo de comercio financiero. La cuestión se plantea con crudeza cuando la participación sobre la entidad operativa se adquiere a través de una entidad *holding* que controla a la entidad operativa. Bajo tal hipótesis, tomar el balance individual puede implicar, lisa y llanamente, frustrar la aparición del fondo de comercio, y, por tanto, la deducción prevista en el artículo 12.5, por más que dicho fondo de comercio efectivamente exista. Pues bien, la Consulta 1490/2002 (NFC016729) de la DGT, y la Resolución del TEAC de 2 de junio de 2011 (NFJ043483), han optado por el balance individual. Así esta resolución entiende que *lo que se pague de más por sus acciones no se deberá a que exista un fondo de comercio en la misma, sino que ello obedecerá precisamente al mayor valor que, en su caso, tendrán las acciones de la sociedad operativa de la que ella es propietaria*. De esta suerte, según que la participación sobre la entidad operativa sea directa o indirecta, se disfrutará, o no, de la mencionada deducción, según la doctrina administrativa.

Ciertamente, el artículo 12.5 no identifica el balance que ha de tomarse, y una interpretación literal puede conducir al balance individual, por cuanto dicho precepto se refiere al *patrimonio neto de la entidad participada*, pero a la vista de las consecuencias adversas a la lógica económica que de ello se deriva, y de la remisión que, a efectos del cálculo del fondo de comercio, hace dicho precepto a las normas contables de consolidación, concretamente al *método de integración global establecido en el artículo 46 del Código de Comercio y demás normas de desarrollo*, también puede postularse que ha de tomarse en consideración el balance consolidado, máxime cuando, en relación con el artículo 12.3 del TRLIS, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de junio de 2011 (NFJ043464) ha afirmado que *los fondos propios consolidados constituyen la mejor técnica para determinar la dotación a la provisión de cartera deducible, máxime teniendo en cuenta que tal y como admite la propia administración, la redacción actual ampara igualmente tomar en cuenta los fondos individuales como los consolidados*.

Y también el relato precedente encierra algunas enseñanzas. Así, la decisiva influencia de la consulta de la DGT en el encauzamiento de la acción de la inspección tributaria, de acuerdo con la más inmediata interpretación del artículo 89.1 de la Ley General Tributaria, la fina percepción de la Audiencia Nacional respecto de la superioridad del balance consolidado respecto del individual (por más que no constituyera el núcleo del litigio), y, en fin, la dificultad de ubicar en la misma estela lógica la negación de la deducción respecto de la adquisiciones intra grupo y el rechazo del balance consolidado para determinar el importe del fondo de comercio.

Tampoco es baladí la dificultad que encierra la determinación del denominado fondo de comercio financiero. Es verdad que la entidad que adquiere la participación debe calcularlo, a los efectos de formular sus cuentas consolidadas, cuando la participación adquirida determina el control, pero como quiera que la deducción también se aplica para porcentajes de participación que no otorgan el control, la apoyatura contable no siempre se presenta. Y cuando lo hace ha de ser sometida a verificación. Ahora bien, determinar la correcta distribución de la diferencia entre el precio de adquisición y el valor patrimonial de la entidad participada entre los distintos activos y pasivos de la sociedad participada no es tarea fácil.

En fin, la inserción en la realidad social de una norma tan compleja como la prevista en el artículo 12.5 del TRLIS, requiere una comprensión profunda de la política fiscal de incentivo a la

internacionalización de la empresa española, y un espíritu de mesura en su aprovechamiento práctico, cualidades que solo pueden florecer en entornos adecuados.

3.3. Limitación a la deducción en 2011, 2012 y 2013

El artículo 9.primerο.tres del Real Decreto-Ley 9/2011 restringe la partida deducible del artículo 12.5 a la centésima parte del importe del fondo de comercio, en relación con los periodos impositivos iniciados en 2011, 2012 y 2013. Por tanto el porcentaje de deducción pasa del 5 al 1 por 100.

El nuevo porcentaje se aplicará a la totalidad de las deducciones pendientes, cualquiera que fuere el periodo impositivo en el que se originaron.

La minoración del porcentaje no tiene otra justificación que la puramente recaudatoria, con ser esta muy importante. La merma que para el Tesoro ha debido suponer esta partida habrá sido considerable, pues de otro modo no se entendería la medida restrictiva en el contexto de la extraordinaria urgencia y necesidad que reclama la aprobación de un decreto-ley.

A partir de 2014 el porcentaje de deducción retornará al 5 por 100, y las deducciones sucesivas completarán el importe total del fondo de comercio financiero, de manera tal que los 12 puntos porcentuales eliminados por la restricción se recuperarán en tres ejercicios adicionales, a razón de un 5 por 100 en los dos primeros y un 2 por 100 en el tercero.

4. COMPENSACIÓN DE BASES IMPONIBLES NEGATIVAS

4.1. Limitación a la compensación en 2011, 2012 y 2013

El artículo 9.primerο.dos del Real Decreto-Ley 9/2011 establece una limitación a la compensación de bases imponibles negativas.

Afecta únicamente a los sujetos pasivos cuyo volumen de operaciones en relación con el IVA haya superado la cantidad de 6.010.121,04 euros durante los 12 meses anteriores a la fecha en que se inicien los periodos impositivos en los años 2011, 2012 y 2013, y tendrá efectos, exclusivamente, durante dichos periodos impositivos. En esos periodos impositivos, la base imponible previa a la compensación no podrá ser compensada con la totalidad de las bases imponibles negativas pendientes de compensación, pues se aplicará el siguiente límite a dicha compensación:

- El 75 por 100 de la base imponible previa cuando el importe de la cifra de negocios sea al menos 20 millones de euros pero inferior a 60 millones de euros.
- El 50 por 100 de la base imponible previa cuando el importe de la cifra de negocios sea al menos de 60 millones de euros.

En ambos casos la cifra de negocios es la correspondiente a los 12 meses anteriores a la fecha en que se inicien los periodos impositivos dentro de los años mencionados. Por tanto, tratándose de periodos impositivos coincidentes con el año natural, la cifra de negocios será la correspondiente a los años 2010, 2011 y 2012, en relación, respectivamente, con los periodos impositivos correspondientes a los años 2011, 2012 y 2013. Puede acontecer, por tanto, que la limitación no afecte a todos los periodos impositivos, o que lo haga a porcentajes diferentes.

El porcentaje depende de la cifra de negocios, que comprende *los importes de la venta de los productos y de la prestación de servicios u otros ingresos correspondientes a las actividades ordinarias de la empresa, deducidas las bonificaciones y demás reducciones sobre las ventas así como el Impuesto sobre el Valor Añadido, y otros impuestos directamente relacionados con la mencionada cifra de negocios, que deban ser objeto de repercusión.*

El Plan General de Contabilidad desarrolla la previsión legislativa identificando las cuentas cuyo saldo debe integrarse bajo la partida *Importe neto de la cifra de negocios*. Se deduce de la misma que, entre otros conceptos, no forman parte de la cifra de negocios los ingresos financieros y los resultados extraordinarios, los cuales, por el contrario, sí forman parte de la base imponible. Así una empresa que obtenga su resultado por causa de la obtención plusvalías o del rendimiento de activos financieros podrá compensar plenamente las bases impositivas negativas, en tanto que otra que los derive de la venta de productos o de la prestación de servicios estará afectada por la limitación.

Extraño efecto, sin duda, que desmiente la tantas veces convocada como traicionada neutralidad del tributo. Pero, más allá del mismo, convendría preguntarse por qué se ha escogido aumentar la recaudación a cargo de las sociedades que han venido sufriendo pérdidas y obtienen beneficios en todos o alguno de los periodos impositivos concernidos.

¿Es acaso la capacidad económica de una sociedad que ha sufrido pérdidas por 100 y posteriormente obtiene beneficios por 140 superior a la que obtiene beneficios de 20 y 20? No lo parece. ¿Tal vez ha revivido el viejo perjuicio de que la compensación de pérdidas es un privilegio fiscal? ¿Quizás se estima que la compensación de pérdidas, tal y como se regula actualmente, provoca un doble cómputo, en sede de la sociedad y del socio, y que ello autoriza una suerte de especial dureza en estos momentos de crisis?

El argumento de la doble compensación o doble aprovechamiento se basa en que cuando la sociedad sufre pérdidas el socio puede reflejarlas mediante la transmisión de la participación. Aparentemente hay doble aprovechamiento de las pérdidas, a saber, en la sociedad (compensación) y también en el socio (minusvalía). He aquí el doble aprovechamiento.

Ahora bien, tanto la sociedad como el socio han sufrido una mengua de su capacidad económica por causa de la pérdida, de manera que es correcto que la misma surta ese aparente doble efecto. Por otra parte, cuando la sociedad obtiene beneficios y los compensa con las pérdidas, el nuevo socio, persona jurídica, no tendrá derecho a la deducción para evitar la doble imposición de dividendos [art. 30.4 b) del TRLIS] ni, en su caso, a la deducción para evitar la doble imposición de plusvalías (art. 30.5 del TRLIS), y si se trata de una persona física la doble imposición de dividendos y plusvalías provoca el mismo efecto.

El sistema es coherente. El socio primitivo pierde y computa la minusvalía; la sociedad pierde y gana sucesivamente, pero no tributa debido a la compensación; el nuevo socio obtiene un dividendo procedente de un beneficio que no ha tributado y, por ende, no tiene derecho a la deducción para evitar la doble imposición de dividendos. Ciertamente, algunos contribuyentes han buscado sociedades inactivas con pérdidas acumuladas para realizar negocios a través de ellas sin satisfacer impuestos, pero el artículo 25.2 ha salido al paso de esta mala práctica, mediante una composición de intereses que ha tratado de buscar un equilibrio entre la frustración de las malas prácticas y la tributación de la sociedad de acuerdo con su capacidad económica, manifestada como saldo de beneficios y pérdidas. Ese equilibrio pivota sobre la concurrencia de dos circunstancias: la toma de una participación mayoritaria por nuevos accionistas y la no realización de explotaciones económicas durante los seis meses precedentes. La segunda tal vez puede ser sorteada mediante una hábil planificación. La respuesta alternativa sería negar la compensación cuando concurriera tan solo la primera circunstancia, esto es, la toma de una participación mayoritaria.

Ahora bien, desde la perspectiva del Impuesto sobre Sociedades esta alternativa supondría tanto como desconocer que el elemento subjetivo de ese tributo son las sociedades, no los socios, y, por otra parte, privaría de un activo a las sociedades por causa de la variación del accionariado, lo que perjudicaría injustificadamente a los socios minoritarios, acreedores y empleados.

De acuerdo con lo expuesto, el régimen de la compensación de pérdidas no da motivos para que la mayor recaudación deseada por el Impuesto sobre Sociedades descansa en una limitación a la compensación.

Cuestión distinta es que las pérdidas que una sociedad, residente en territorio español, integrada en un grupo multinacional con sede en el extranjero, derivadas de su participación en otra sociedad extranjera del grupo, no debieran computarse a ningún efecto, por cuanto ello implica la frustración de la tributación de las rentas de aquella sociedad en virtud de operaciones ajenas por completo a la soberanía fiscal española. Esas pérdidas únicamente debieran ser computables en sede de la entidad dominante del grupo multinacional. Pero esto, evidentemente, es materia distinta de la concerniente a la compensación de bases imponibles negativas.

4.2. Alargamiento del plazo de compensación de pérdidas

El artículo 9.segundo.uno da nueva redacción al artículo 25.1 al objeto de alargar el plazo de compensación a 18 años, desde los 15 actuales.

El nuevo plazo rige para los periodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2012.

El apartado dos ha añadido una disposición transitoria, a cuyo tenor el nuevo plazo será de aplicación *a las bases imponibles negativas que estuviesen pendientes de compensar al inicio del primer periodo impositivo que hubiera comenzado a partir de 1 de enero de 2012.*

Por tanto, las bases imponibles negativas que podrán compensarse en el plazo de 18 años serán las susceptibles de compensación al inicio de 2012, esto es, aquellas que no habían rebasado el pla-

zo de 15 años. Las que lo habían rebasado no estaban pendientes de compensación, y el plazo nuevo no las rehabilita.

4.3. La compensación en los grupos fiscales

Las sociedades más importantes tributan en el régimen de los grupos fiscales. Las normas limitativas de la compensación de bases imponibles negativas, antes comentadas, también son aplicables a los grupos fiscales, en cuanto sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades.

En el régimen de los grupos fiscales se producen tres compensaciones de pérdidas: la relativa a la formación de la base imponible consolidada, inherente a la naturaleza del régimen de consolidación; la concerniente a la base imponible consolidada negativa; la correspondiente a las bases imponibles negativas pendientes de compensación en el momento de la incorporación de una sociedad al grupo fiscal. La primera compensación queda al margen de la compensación de bases imponibles negativas en sentido propio.

La segunda compensación presenta una dificultad, a saber, la identificación de la cifra de negocios. En efecto, puesto que el grupo fiscal no coincide con el grupo mercantil, los documentos contables no proporcionan la cifra de negocios. Ahora bien, puesto que el artículo 79.1 obliga a la sociedad dominante a formular, a efectos fiscales, una cuenta de pérdidas y ganancias *aplicando el método de integración global a todas las sociedades que integran el grupo fiscal*, en dicha cuenta se hallará la partida determinante de la cifra de negocios. Esa es la que habrá de ser tomada en consideración a efectos de determinar el porcentaje limitativo de la compensación de bases imponibles negativas. Por tanto, debe descartarse tomar la suma de las cifras de negocios de las cuentas individuales de las sociedades que integran el grupo fiscal.

La tercera compensación presenta el problema de dilucidar si debe someterse a dos límites, esto es, el concerniente a la sociedad portadora de las bases imponibles negativas y el relativo al grupo fiscal, o solamente a uno de ellos, sea el de la sociedad portadora de las bases imponibles negativas o el del grupo fiscal.

El artículo 74.2 del TRLIS concede al grupo fiscal el derecho de compensación respecto de estas bases imponibles negativas, bien que con el límite de la base imponible individual de la sociedad, de manera tal que la limitación prevista en el Real Decreto-Ley 20/2011 ha de referirse, para todo tipo de compensación, al grupo fiscal. Nótese que la sociedad portadora de las bases imponibles negativas no es titular del derecho a la compensación, por más que su base imponible sirva para definir un límite respecto de la compensación que practicará el grupo fiscal.

5. EL PAGO FRACCIONADO

El artículo 45 del TRLIS remite a la Ley de Presupuestos Generales del Estado la fijación del porcentaje para determinar el importe de las dos modalidades del pago fraccionado, a saber, aquella

cuya base de cálculo es la cuota íntegra (apartado 2) y aquella cuya base de cálculo es la parte de base imponible (apartado 3).

La situación de prórroga presupuestaria justifica que el artículo 7 del Real Decreto-Ley 20/2011 haya acometido la determinación de ese porcentaje, el cual queda fijado, respecto de los periodos impositivos que se inicien en 2012, en el 18 por 100 para la modalidad de base de cálculo en función de cuota íntegra (art. 45.2 del TRLIS), y en los cinco séptimos del tipo de gravamen para la modalidad de la parte de base imponible (art. 45.3 del TRLIS).

La previsión normativa establecida en dicho precepto es exactamente igual a la contenida en la Ley de Presupuestos para 2011, incluso por lo que se refiere a la aplicación obligatoria de la segunda modalidad para los sujetos pasivos con volumen de operaciones superior a 6.010.121,04 euros, mas como quiera que el Real Decreto-Ley 9/2011 había previsto unos porcentajes específicos mayores para determinados sujetos pasivos, en relación con los periodos impositivos que se inicien dentro de 2011, 2012 o 2013, el artículo 7 del Real Decreto-Ley 20/2011 remite a aquella disposición.

En consecuencia, el pago fraccionado en 2011 ha estado regulado por el artículo 73 de la Ley de Presupuestos para 2011, y por el artículo 9.uno del Real Decreto-Ley 9/2011, y el pago fraccionado para 2012 estará regulado por el artículo 7 del Real Decreto-Ley 20/2011 y por el artículo 9.uno del Real Decreto-Ley 9/2011. En los dos años, exceptuado el primer pago fraccionado de 2011 que se consumó antes de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 9/2011, la regulación es idéntica, ya que, como se ha visto, el artículo 7 del Real Decreto-Ley 20/2011 reproduce con carácter general la Ley de Presupuestos para 2011, y se remite al Real Decreto-Ley 9/2011, respecto de la modalidad de base de cálculo de la parte de base imponible.

Así pues, el pago fraccionado para 2012 queda organizado de la siguiente manera:

- Modalidad de la base de cálculo de cuota íntegra: 18 por 100.
- Modalidad de la parte de base imponible: 5/7, 8/10, 9/10, del tipo de gravamen, redondeado por defecto, según que la cifra de negocios hubiere sido en los 12 meses precedentes al inicio del periodo impositivo al que se refiere el pago a cuenta (2011, en relación con 2012, para periodos correspondientes al año natural), de menos 20, entre 20 y menos de 60, y más, millones de euros, estando obligados a esta modalidad, los sujetos pasivos cuyo volumen de operaciones a efectos del IVA haya superado la cantidad de 6.010.121,04 durante los 12 meses precedentes, en la forma expuesta.

En cuanto deuda tributaria que es, el pago fraccionado está sujeto al principio de capacidad económica. La regulación del pago fraccionado para 2011, 2012 y 2013, prevista en el Real Decreto-Ley 20/2011 presupone una relación positiva entre la capacidad económica y la cifra de negocios, lo cual no es así. La capacidad económica que grava el Impuesto sobre Sociedades es la renta, y una misma renta puede derivar de distintas cifras de negocios.

La teoría no aconsejaba este tipo de discriminación, pero la perentoriedad recaudatoria, ligada al compromiso de déficit presupuestario europeo, se ha impuesto. Como tampoco aconsejaba la limitación de la compensación de bases imponibles negativas, y la misma se ha impuesto. Nótese, adicionalmente, que esta limitación también afecta a la parte de base imponible que sirve de base de cálculo del pago fraccionado, y así podrá suceder que se obligue a tributar en concepto de pago fraccionado al 27 por 100 ($9/10 \times 30\%$) a una entidad que, por haber sufrido pérdidas en ejercicios precedentes, haya minorado sus fondos propios en relación con los inicialmente aportados por los socios. La incidencia de estas disfunciones se atenúa cuando se considera que la situación se regularizará mediante la pertinente devolución (art. 46 del TRLIS).

6. EL IMPACTO DE LA ELEVACIÓN DE LA PRESIÓN FISCAL SOBRE LAS RENTAS DEL CAPITAL

La disposición final segunda.primerero del Real Decreto-Ley 20/2011 ha añadido una disposición adicional, la trigésima quinta, a la Ley 35/2006, cuyo objeto es aumentar la cuota íntegra estatal prevista en el artículo 62 de la misma, con efecto de los periodos impositivos de 2012 y 2013. Respecto de la base liquidable del ahorro (rentas del capital y plusvalías), el aumento es el resultado de aplicar a la base liquidable del ahorro una escala progresiva.

Consecuentemente, el tipo de retención e ingreso a cuenta pasará a ser el 21 por 100 durante los periodos impositivos de 2011 y 2012, de acuerdo con lo establecido en el apartado 4 de la nueva disposición adicional trigésima quinta.

Aun cuando el tipo general de gravamen del Impuesto sobre Sociedades no ha sido modificado, la disposición final tercera.primerero del Real Decreto-Ley 20/2011 ha añadido una nueva disposición adicional, la decimocuarta, al TRLIS, en cuya virtud *desde el 1 de enero de 2012 y hasta el 31 de diciembre de 2013, ambos inclusive, el porcentaje de retención o ingreso a cuenta del 19 por 100 a que se refiere la letra a) del apartado 6 del artículo 140 de esta ley, se eleva al 21 por 100.*

El nuevo tipo de retención relativo al Impuesto sobre Sociedades se aplicará en relación con las rentas sujetas a retención, básicamente rentas del capital, exigibles en 2012 y 2013, aun cuando se hayan devengado anteriormente, ya que la obligación de retener nace en el momento de la exigibilidad. Todos los demás elementos de la obligación de retener permanecen incólumes.

El motivo de esta elevación es homogeneizar el tipo de retención.

Del mismo modo, y por el mismo motivo, la disposición final cuarta del Real Decreto-Ley 20/2011 ha elevado el tipo de gravamen del IRNR, relativo a intereses, dividendos y ganancias patrimoniales [art. 25.1 f) del TRLIRNR] y el relativo a la transferencia de rentas por establecimientos permanentes (art. 19.2 del TRLIRNR) desde el 19 al 21 por 100, y el general [art. 25.1 a) del

TRLIRNR] desde el 24 al 24,75 por 100, en ambos casos desde el 1 de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2013.

Véase, por tanto, que la elevación de la presión fiscal sobre las rentas del capital en el IRPF ha provocado una elevación del tipo de retención en el Impuesto sobre Sociedades y en el IRNR.

Más allá de esa correcta armonía, la elevación de la presión sobre las rentas del capital en el IRPF vuelve a poner sobre la mesa la existencia de un conjunto de distorsiones, bien conocidas por los diseñadores de la política fiscal, cuya superación se viene resistiendo, derivándose de ello perjuicios para la equidad y la congruencia del sistema tributario.

En primer lugar, la elevación de la presión fiscal sobre las rentas del capital ha disminuido el diferencial de carga fiscal entre intereses y dividendos. En este sentido, tal elevación ha reducido el valor cuantitativo de la doble imposición económica de dividendos, creada por la Ley 35/2006. Con todo, dicho diferencial se sitúa por encima de los 20 puntos porcentuales. Hasta qué punto la doble imposición de dividendos provoca una estructura financiera volcada hacia el endeudamiento es cuestión opinable, pero lo que no se advierte es la razón por la cual los dividendos han de soportar una carga fiscal mayor que los intereses.

Sin embargo, la importante presión fiscal que recae sobre los dividendos no la sufren quienes confían sus ahorros a las instituciones de inversión colectiva, ya que podrán remansar los dividendos en las mismas. Ciertamente, las instituciones de inversión colectiva también padecerán el aumento de la retención, pero la misma les será devuelta. Solamente a raíz del reembolso de la participación los dividendos soportarán la elevada presión fiscal. Parece lógico suponer que el reembolso, en términos relativos, será practicado en mayor medida por los pequeños y medianos ahorradores, de manera tal que el privilegio fiscal de la inversión colectiva tenderá a concentrarse, presumiblemente, en las personas de mayor capacidad económica.

En segundo lugar, el régimen fiscal privilegiado de la inversión colectiva se acentúa, por cuanto el valor financiero del diferimiento fiscal que dicho régimen procura aumenta a medida que lo hace la tributación de las rentas del capital derivadas de la inversión individual. Ciertamente, las instituciones de inversión colectiva soportarán la mayor retención, pero, como se ha indicado, les será devuelta. En suma, se eleva la presión fiscal sobre las rentas del capital individuales y al no hacerse lo propio sobre las colectivas, por obra y gracia del mantenimiento de su privilegio fiscal, este último se intensifica.

En tercer lugar, la elevación de la retención acentúa el atractivo de la inversión financiera en activos extranjeros carentes de la misma. Este es un factor de la mayor relevancia financiera. Si, además, estos activos son tenidos a través de instituciones de inversión colectiva, no solamente se habrá sorteado el aumento de la retención, sino también el de la elevación de la presión fiscal sobre las rentas del capital, en los términos expuestos.

En cuarto lugar, ganan peso las normas tipo transparencia fiscal internacional (art. 107 del TRLIS), por cuanto la elevación de la presión sobre las rentas del capital incentiva la colocación del capital en entidades no residentes que tributen en régimen privilegiado. Es cierto, sin embargo, que

el incentivo a procurar esas colocaciones es muy limitado, debido a que las SICAV ofrecen un régimen privilegiado al cubierto de la transparencia fiscal.

Véase, por tanto, cómo el régimen fiscal de la inversión colectiva, y más señaladamente de las SICAV, sirve a modo de refugio de las rentas del capital cuya presión fiscal ha pretendido elevar el Real Decreto-Ley 20/2011.

En fin, la crisis económica, y sus repercusiones en el sistema fiscal, ha vuelto a poner de relieve que el cumplimiento de los mandatos constitucionales de progresividad, justicia e igualdad (art. 31 de la CE) demanda una profunda modificación del régimen fiscal de la inversión colectiva.

La técnica apropiada es la transparencia fiscal, proyectada tanto sobre las instituciones de inversión colectiva domiciliadas en España como en el extranjero. Un régimen dispar no superaría las exigencias del principio de no discriminación.

Por el contrario, la elevación del tipo de gravamen de la institución de inversión colectiva no es aconsejable, por cuanto podría provocar una deslocalización del ahorro hacia instituciones de inversión colectiva constituidas en el extranjero.

A falta de razones de equidad y técnicas, desde posiciones interesadas, ha sido corriente agitar el fantasma de la deslocalización de capitales, e incluso de sus titulares, por motivos fiscales, a fin de postergar la reforma adecuada. Sin embargo, no debería perderse de vista que, además de que la técnica tributaria dispone de los instrumentos apropiados para diluir ese riesgo, en tiempos de crisis, las llamadas a la solidaridad también alcanzan y dan fruto en quienes disfrutan de una situación económica privilegiada, de manera tal que es la época presente la apropiada para llevar la equidad al campo de la fiscalidad de la inversión colectiva.

7. TIPO DE GRAVAMEN REDUCIDO EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

La disposición final tercera.segundo del Real Decreto-Ley 20/2011 ha prorrogado para 2012 el tipo de gravamen reducido aplicable a las empresas de muy reducida dimensión. La regulación es de todo punto idéntica a la que se contenía en la disposición adicional duodécima del TRLIS, a la que da nueva redacción a los exclusivos efectos de extender la aplicación de dicho tipo de gravamen respecto de los periodos impositivos iniciados en 2012.

Los requisitos para la aplicación de este tipo de gravamen no han variado:

- Cifra de negocios inferior a 5 millones de euros, referida, en su caso, al grupo mercantil.
- Plantilla media inferior a 25 empleados.

- No disminución de la plantilla media respecto de la existente en los 12 meses anteriores al inicio del primer periodo impositivo que comience a partir de 1 de enero de 2009.
- Plantilla media no inferior a la unidad.

Respecto de estos sujetos pasivos, el tipo de gravamen es el siguiente:

- Periodos impositivos iniciados en 2009 y 2010: 20 por 100 para la parte de base imponible comprendida entre 0 y 120.202,41 euros; 25 por 100 para el resto de la base imponible.
- Periodos impositivos iniciados en 2011 y 2012: 20 por 100 para la parte de base imponible comprendida entre 0 y 300.000 euros; 25 por 100 para el resto de la base imponible.

En consecuencia, respecto del tipo general aplicable a las empresas de reducida dimensión, el tipo relativo a las de muy reducida dimensión ha quedado disminuido en 5 puntos porcentuales. En efecto, las empresas de reducida dimensión, entendiéndose por tales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 108 del TRLIS, las que tienen una cifra de facturación inferior a 10 millones de euros, están sujetas al siguiente tipo de gravamen: 25 por 100 para la parte de base imponible comprendida entre 0 y 300.000 euros; 30 por 100 para el resto de la base imponible.

El beneficio fiscal será aprovechado, principalmente, por las empresas con alto valor añadido, de manera tal que se proyectará sobre las entidades pertenecientes a determinados sectores, con olvido de las pertenecientes a otros, tal vez más eficientes. En este sentido podría atisbarse un cierto componente dirigista, probablemente involuntario. Con toda seguridad la finalidad perseguida es promocionar la creación de empresas, y aliviar la presión fiscal de las existentes, soportando un coste recaudatorio asequible.

Es irrelevante la actividad que constituya el objeto social de la entidad, así como la fuente u origen de las rentas. Así, rentas derivadas del arrendamiento de inmuebles, de los intereses de activos financieros, de los contratos financieros más diversos, de los dividendos cualquiera que fuere la actividad o domicilio de la entidad que los distribuye o, en fin, de las plusvalías, mobiliarias o inmobiliarias, podrán disfrutar del tipo de gravamen reducido.

Tal vez la extensión del tipo de gravamen reducido a este tipo de rentas estimule la constitución de entidades preceptoras de rentas pasivas, lo que, seguramente, no entre dentro del campo de lo deseado por el legislador. No obstante, no es previsible que los titulares de grandes patrimonios realicen movimientos en ese sentido, en particular cuando son de naturaleza financiera, habida cuenta de que tienen a su disposición la fiscalidad privilegiada de la inversión colectiva.

En cualquier caso, el beneficio fiscal se aplicará, exclusivamente, en 2009, 2010, 2011 y 2012.

Desde la perspectiva de la neutralidad del tributo lo deseable sería la desaparición de este tipo de incentivos fiscales, así como la coordinación del tipo de gravamen del Impuesto sobre Sociedades con la tributación de las rentas del capital en el IRPF.

8. OTROS INCENTIVOS FISCALES

8.1. Deducción por innovación tecnológica (Ley 2/2011)

El porcentaje de deducción pasa del 8 al 12 por 100, respecto de los gastos efectuados en el periodo impositivo por innovación tecnológica, sin que sean de aplicación los coeficientes reductores previstos en la disposición adicional décima del TRLIS.

8.2. Deducción medioambiental (Ley 2/2011)

Se incorporan al ámbito de la deducción las instalaciones medioambientales acústicas. El porcentaje de deducción será el 8 por 100.

Por otra parte, la deducción medioambiental del apartado 1 del artículo 39 del TRLIS se excluye de la disposición adicional décima relativa a los porcentajes reductores. Consecuentemente se excluye dicho apartado 1 del artículo 39 de la disposición transitoria vigésima primera.

8.3. Límite conjunto de deducción (Ley 2/2011)

El límite pasa del 50 al 60 por 100, manteniéndose las condiciones de aplicación del límite incrementado, esto es, cuando el importe de la deducción prevista en los artículos 35 y 36 del TRLIS, que corresponda a gastos e inversiones realizados en el propio periodo impositivo, exceda del 10 por 100 de la cuota íntegra, minorada en las deducciones para evitar la doble imposición interna e internacional y las bonificaciones.

8.4. Libertad de amortización (Real Decreto-Ley 13/2010)

En 2012 continuará siendo de aplicación la libertad de amortización prevista en el Real Decreto-Ley 13/2010, ya que, a tenor de dicha norma, el incentivo fiscal se proyecta respecto de las inversiones puestas a disposición entre el día 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2015.

Una libertad de amortización proyectada sobre tan largo periodo de tiempo, desvinculada de todo compromiso de creación de empleo, y no inserta en el marco del apoyo a las pequeñas y medianas empresas, tiene la vitola de un préstamo sin interés que el Tesoro hace a las empresas con capacidad de generación de beneficios, y, por tanto de deuda tributaria ¿No podrían hallar alivio los lamentos sobre la escasa potencia recaudatoria que el Impuesto sobre Sociedades en la supresión de este incentivo?

9. LAS ENSEÑANZAS DISCRETAS DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA RELATIVA A LA BASE IMPONIBLE CONSOLIDADA COMÚN EUROPEA

El elemento nuclear de la propuesta de directiva³, lo que le confiere originalidad e implica un cambio fundamental en el entendimiento de las relaciones fiscales internacionales, es la consolidación. La consolidación supone la determinación de la renta fiscal del grupo de empresas, que posteriormente será distribuida entre las entidades que lo integran en función de una fórmula de reparto predeterminada, de manera tal que las mismas tributarán en función de la cuota parte de la renta imputable al grupo de empresas. La consolidación es la expresión máxima del reconocimiento de la realidad del grupo de empresas.

El sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades es la persona jurídica, excepto en el régimen optativo de los grupos fiscales. La renta gravable, y las circunstancias relativas a su determinación, pivota sobre la persona jurídica. De ahí que, tal vez exagerando, pueda entreverse en la propuesta de directiva un nuevo paradigma.

De ese nuevo paradigma, si lo es, pueden extraerse algunas enseñanzas útiles para la adecuada configuración de ciertos aspectos de la tributación de las entidades jurídicas en cuanto unidades separadas y aisladas del grupo al que pertenecen. En este sentido, el análisis de la propuesta de directiva no solo será útil para el entendimiento del nuevo paradigma, sino también para la mejora del vigente sistema de tributación. En líneas sucesivas se abordan algunos aspectos.

9.1. La realidad del grupo y su proyección sobre la tributación de la entidad

La realidad de los grupos de sociedades no puede ser ignorada por los vigentes modelos de imposición sobre la renta de las sociedades, no ya solo en el sentido de habilitar estructuras de tributación que pivotan sobre la consolidación, sino también en el de modular la imposición basada en la entidad jurídica.

En el TRLIS se encuentran ejemplos de esa consideración del grupo de empresas mercantil en orden a la regulación de algunos aspectos (art. 11, relativo al fondo de comercio; art. 16, relativo a las operaciones vinculadas; art. 21, relativo a la exención de dividendos y plusvalías de fuente extranjera; art. 89.3, concerniente a las fusiones impropias; art. 108, concerniente a las empresas de reducida dimensión, entre otros).

Hay otros aspectos del Impuesto sobre Sociedades que ameritan una regulación en la que se tome en consideración el grupo de sociedades al que pertenece la entidad jurídica. Ya se ha hecho alusión anteriormente al artículo 12.5 del TRLIS, pero quizás la norma más necesitada de ello es la reguladora de la subcapitalización.

³ Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del Impuesto sobre Sociedades.

La regulación que de la subcapitalización hizo la Ley 18/1991, continuada por la Ley 43/1995, era acorde con el entendimiento que por aquel entonces se tenía de la subcapitalización en el sentido de pasivo financiero vinculado excesivo por relación a los fondos propios, y perfectamente comparable con las por aquel entonces no muy frecuentes regulaciones de la subcapitalización en los países de nuestro entorno. Pero han transcurrido 20 años, y tanto el entendimiento de la subcapitalización como las regulaciones de la misma en los países de nuestro entorno han variado sustancialmente. Sin embargo, y a despecho de las numerosas modificaciones sufridas por la Ley 43/1995 y el TRLIS, el artículo 20, regulador de la subcapitalización, ha permanecido incólume, excepto para restringir su aplicación en relación con la financiación vinculada proporcionada por entidades residentes en Estados miembros de la Unión Europea (Ley 62/2003).

Hoy en día la subcapitalización no es entendida como pasivo financiero vinculado excesivo por relación con los fondos propios, sino como situación financiera anómala derivada de la pertenencia a un grupo de empresas. Se intuye la anomalía mediante una simple comparación entre la estructura financiera de la entidad y aquella del grupo al que pertenece. Este es el sentido de las normas antisubcapitalización adoptadas por varios Estados miembros de la Unión Europea en la última década, ya que las mismas, partiendo de una limitación objetiva de los intereses deducibles, habilitan la prueba de la comparación de la estructura financiera de la entidad concernida con la del grupo de empresas al que pertenece, en orden a superar dicha limitación.

9.2. La aplicación parcial de la fórmula de reparto predeterminada

En el contexto del debate doctrinal entre el principio de libre concurrencia y la fórmula de reparto predeterminada, en cuanto métodos para distribuir la renta entre las jurisdicciones fiscales en las que opera un grupo de empresas, avivado por la presentación de la propuesta de directiva, se ha postulado la superioridad del sistema de fórmula predeterminada para distribuir la renta derivada de los activos y pasivos financieros, por cuanto esos activos y pasivos son poseídos y debidos, respectivamente, por el grupo como un todo, y sugerido que la base de reparto deberían ser los activos, salarios y ventas, controlados, incurridos, o realizadas, respectivamente, en cada jurisdicción fiscal concernida ⁴.

La fórmula de reparto sugerida, en relación con las rentas inherentes a los activos y pasivos financieros, es de todo punto similar a la contenida en la propuesta de directiva. De esta suerte, lo que propone la doctrina partidaria de la fórmula de reparto predeterminada es, cuando menos, aplicarla a cierto tipo de ingresos y gastos que, por su naturaleza, han de ser referidos al grupo de empresas en su conjunto, de manera que su distribución o reparto entre las distintas entidades que lo componen ha de realizarse inexcusablemente tomando como punto de referencia los parámetros inherentes al propio grupo de empresas.

Para la doctrina citada, la tributación de los grupos de empresas multinacionales en relación con los ingresos y gastos financieros ha de ser planteada bajo la consideración de los parámetros

⁴ AVI-YONAH, R.S. y BENSHALOM, I.: «Formulary Apportionment-Myths and Prospects. Promoting Better International Tax Policies by Utilizing the Misunderstood and Under-Theorized Formulary Alternative». *World Tax Journal*, October 2011.

propios del grupo de empresas, lo que implica que los ingresos y gastos a tomar en consideración son los derivados de las operaciones con terceros quedando excluidos los puramente internos, y que los mismos han de imputarse o distribuirse entre las distintas entidades del grupo en función de los activos, gastos e ingresos de carácter consolidado, esto es, los que integran el balance o la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada.

Con la publicación de la propuesta de directiva la tesis doctrinal del reparto de los ingresos y gastos financieros bajo la consideración de los parámetros del grupo de empresas ha ganado, podría decirse, oficialidad.

9.3. La subcapitalización y la fórmula de reparto predeterminada

El artículo 20 del TRLIS pone límites a la deducción de los intereses procedentes de préstamos vinculados transfronterizos, pero no restringe la deducción de los intereses pagados a terceros, aun cuando provengan de una financiación externa excesiva impuesta por la sociedad dominante por motivos fiscales.

La doctrina de la fórmula de reparto predeterminada arroja nueva luz sobre el problema de la subcapitalización. En efecto, el problema ya no es determinar si un préstamo vinculado es excesivo, sino distribuir equitativamente la carga financiera que soporta un grupo de empresas entre las distintas entidades que lo integran.

Bajo esta perspectiva, el límite a la deducción de intereses debería construirse no sobre la relación bilateral de préstamo vinculado, sino sobre la relación multilateral de endeudamiento que las entidades del grupo mantienen con terceros. En suma, el límite vendría determinado por el resultado de repartir los intereses pagados a terceros entre las distintas entidades del grupo de empresas en función de una fórmula de reparto predeterminada.

Esa fórmula puede ser la contenida en la propuesta de directiva, u otra más sencilla basada exclusivamente en los activos consolidados.

9.3.1. La fórmula de reparto predeterminada y el principio de territorialidad

Tanto el sistema de fórmula de reparto como el basado en el principio de libre concurrencia, no son sino técnicas al servicio de la distribución de la renta que obtienen las entidades de un grupo mercantil de manera congruente con el principio de territorialidad.

En materia de tributación sobre los beneficios, reclama este principio que las entidades tributen a la jurisdicción fiscal en la que residen, y que lo hagan sobre la renta imputable a las actividades de toda índole que realicen.

Ahora bien, por regla general, los impuestos sobre los beneficios admiten la deducción de los intereses derivados de los préstamos tomados para financiar las inversiones o, en general, las actividades económicas y financieras, de manera tal que según cuál sea la forma en como la entidad se financie –recursos propios o pasivos financieros– su tributación será distinta. La deducción de los intereses forma parte del consenso internacional sostenido en el Modelo convenio de la OCDE. En efecto, la competencia para gravar en el Estado donde reside el perceptor de los mismos (art. 11 del Modelo de convenio) tiene como contrapartida la deducción en el Estado donde reside el pagador, pues en otro caso habría doble imposición.

No obstante, cuando la renta del activo financiado con el préstamo está exenta, surgen dudas respecto de la procedencia de la deducción de los intereses. Este es el caso de los préstamos que financian participaciones cuyos dividendos y/o plusvalías están exentos. La propuesta de directiva exime los *beneficios distribuidos percibidos*⁵ y considera no deducibles *los costes que soporte una sociedad con vistas a la obtención de renta que esté exenta*⁶, de manera tal que, de acuerdo con esos mandatos, pudiera parecer que los intereses derivados de los préstamos imputables a la financiación de una participación exenta no son deducibles. Sin embargo, el texto propuesto añade que *dichos costes se estimarán en un porcentaje fijo del 5 por 100 de la renta en cuestión*⁷, lo que ha llevado a la doctrina a concluir que ello implica que la exención de los dividendos no será plena sino del 95 por 100⁸. Por tanto esos intereses sí son deducibles, excepto en el importe del aludido 5 por 100.

La solución que a esta controvertida cuestión ha dado la propuesta de directiva parece correcta. Su opuesta, esto es, la no deducción de los intereses, no lo sería. Esos intereses deben ser deducibles, pero, como el resto de los intereses, sujetos a la distribución operada por la fórmula de reparto. Cuestión distinta es que, tratándose de una participación mantenida a través de una entidad tipo *holding*, o, en general subsidiaria, una fórmula de reparto basada en los activos consolidados apenas permita la deducción de esos intereses.

⁵ Artículo 11 c).

⁶ Artículo 14 g).

⁷ Véase nota anterior.

⁸ LOYENS & LOEFF. *Common Consolidated Tax Base*, pág. 22.