

EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. NOVEDADES 2010

EDUARDO SANZ GADEA

Licenciado en Derecho y Ciencias Económicas

Extracto:

LA presente colaboración comenta las incidencias normativas que se han producido durante 2010 en el Impuesto sobre Sociedades. La crisis económica está en el trasfondo de bastantes de las medidas adoptadas. Otras derivan de los necesarios ajustes al ordenamiento comunitario.

El pasado 2010 no ha sido un año tranquilo para la autoridad fiscal. Esto se ha reflejado en ciertas fricciones inscribibles en el ámbito de la técnica legislativa.

En fin, 2010 ha traído la maduración de las circunstancias apropiadas para adoptar algunas medidas convenientes en orden a afirmar la consistencia técnica y recaudatoria del Impuesto sobre Sociedades. Así sucede en relación con la subcapitalización.

Palabras clave: Impuesto sobre Sociedades, novedades normativas y 2010.

CORPORATE INCOME TAX. DEVELOPMENTS 2010

EDUARDO SANZ GADEA

Licenciado en Derecho y Ciencias Económicas

Abstract:

THIS collaboration policy that says the incidents occurred during 2010 in the corporate tax.

The economic crisis is in the background of many of the measures adopted.

Others derive the necessary adjustments to the social order. On 2010 can be considered a quiet year for the tax authority. This has been reflected in some friction within the scope of legislative technique.

Finally, 2010 has brought the maturation of the appropriate circumstances to take any appropriate measures in order to affirm the technical consistency and collection of income tax. That applies to the lower capitalization.

Keywords: corporation tax, regulatory developments and 2010.

Sumario

1. Introducción. El mapa de las modificaciones normativas.
2. El régimen fiscal de la inversión colectiva.
 - 2.1. ¿Fin del diferimiento?
 - 2.2. Tributación de la reducción de capital.
 - 2.3. Tributación de la distribución de la prima de emisión.
 - 2.4. La obligación de retener.
 - 2.5. Entidades afectadas.
3. La Guía de precios de transferencia.
4. El fondo de comercio financiero internacional.
5. El canje de valores y la tributación de salida (*exit taxation*).
 - 5.1. Canje de valores.
 - 5.2. La tributación de salida.
6. Política fiscal contra la crisis.
 - 6.1. Empresas de reducida dimensión.
 - 6.2. Libertad de amortización.
7. Secuelas de la modificación del régimen de las operaciones vinculadas.
 - 7.1. La apelación a la jurisprudencia comunitaria.
 - 7.2. Organización de la obligación de documentación.
 - 7.3. Constitucionalidad del régimen de infracciones y sanciones establecido por la Ley 36/2006.
8. Definición del grupo fiscal.
9. Deducción para evitar la doble imposición de dividendos.
10. Régimen fiscal de los procesos de reestructuración de las entidades de crédito.
11. Subcapitalización.

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

*«... Pero el asunto de Bentham era la Legislación...
y en cada página parecía abrirse una concepción más clara
y más amplia de lo que las opiniones y las instituciones humanas deben ser,
cómo pueden llegar a ser lo que deben y cuán lejos de ello están ahora...»*

John STUART MILL, *Autobiografía*, pág. 42

Tras las modificaciones derivadas de la reforma contable (Ley 16/2007, Ley 4/2008, y Ley 11/2009), cualesquiera que fueren sus eventuales insuficiencias puestas de relieve por algunos autores¹, y las secuencias normativas de carácter reglamentario del nuevo régimen de las operaciones vinculadas (Ley 36/2006), se anhelaba un periodo de calma en el Impuesto sobre Sociedades que la crisis económica se ha encargado de frustrar.

En efecto, el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, ha establecido dos medidas de gran relevancia, a saber, la libertad de amortización incondicional, y la modificación del tipo de gravamen de las empresas de reducida dimensión que responden a la política fiscal diseñada para luchar contra la crisis económica. A esta misma línea responden las medidas contenidas en el Real Decreto-Ley 6/2010.

No han faltado las medidas que son manifestación de una política fiscal de fondo. Véanse las modificaciones introducidas en el régimen fiscal de los partícipes de ciertas instituciones de inversión colectiva, cuyo contenido tal vez no sea de gran calado, pero que, precisamente por ello, en unión de las medidas fiscales tendentes a corregir el déficit presupuestario, descubre zonas sensibles de la política fiscal, cuando no de la política general.

La ausencia de acción normativa en relación con determinadas materias también amerita una reflexión. Véase el caso de la norma antisubcapitalización del artículo 20 del Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades (TRIS), replegada frente a la Unión Europea por imperativo de la Ley 62/2003, y aquejada de una fuerte obsolescencia, claramente mostrada por la resolución del Ecofin de junio de 2010, adoptada bajo presidencia española.

Por otra parte la OCDE finalizó en julio del pasado año la revisión de partes importantes de la Guía de precios de transferencia, con la adición de un nuevo capítulo concerniente a las reestructu-

¹ MALVAREZ PASCUAL, L. «La incidencia del principio contable de prioridad del fondo económico sobre la forma jurídica en el método de determinación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades y su aplicación a los operadores jurídicos» (*Crónica Tributaria* 11/2011).

raciones empresariales, y la nueva redacción de los tres primeros capítulos. La remisión interpretativa que la Ley 36/2006 efectúa a los textos de la OCDE confiere especial relieve a dicha revisión.

Al capítulo de los posibles conflictos del Impuesto sobre Sociedades con el ordenamiento comunitario pertenece la modificación del artículo 12.5 concerniente al régimen fiscal del denominado fondo de comercio financiero. Sin embargo, pese a los expedientes abiertos por la Comisión, no se ha modificado el régimen del canje de valores, ni tampoco el concerniente al traslado del domicilio al extranjero.

No han faltado modificaciones de carácter puramente técnico, como son las contenidas en la Ley 2/2010.

El lector observará que la letra cursiva se emplea para reproducir la normativa aludida.

1. INTRODUCCIÓN. EL MAPA DE LAS MODIFICACIONES NORMATIVAS

En 2010 ocho leyes o disposiciones con fuerza de ley han afectado al Impuesto sobre Sociedades:

- Ley 2/2010, de 1 de marzo. Modifica el artículo 12.2 del TRIS y añade una nueva disposición transitoria, a los efectos de regular el deterioro de determinados activos financieros de los fondos de titulización. Modifica los artículos 67.2 y 4 y 69 del TRIS.
- Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, sobre libertad de amortización con mantenimiento de empleo, y obligación de documentación de operaciones vinculadas.
- Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, por el que se modifican los artículos 16.2, 108 y 114 y las disposiciones adicionales undécima y duodécima del TRIS.
- Ley 34/2010, de 5 de agosto, por la que se modifica el artículo 30.2 del TRIS.
- Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011, por la que se establecen los coeficientes de corrección monetaria, y se regula el pago fraccionado. Modifica los artículos 12.5, 15.4, 30.2 y 108.4 del TRIS. Establece beneficios fiscales para determinados eventos, y la relación de actividades prioritarias de mecenazgo. Prorroga para 2011 la vigencia de la deducción por gastos e inversiones para habitar a los empleados a la utilización de las nuevas tecnologías, del artículo 40 del TRIS.
- Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se modifica el artículo 108.4 del TRIS.
- Ley 40/2010, de 29 de diciembre, por la que se modifica el artículo 15.4 del TRIS.
- Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, relativo a la reestructuración de las Cajas de Ahorro, que contiene determinados aspectos fiscales.

Las modificaciones precedentes han repercutido en el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (RIS), que se ha visto modificado en dos ocasiones:

- Real Decreto 897/2010, de 9 de julio, por el que se modifican los artículos 18.3 y 4 y 20.3.
- Real Decreto 1788/2010, de 30 de diciembre, por el que se modifican o añaden nuevos apartados a los artículos 58, 59, 60 y 62.

El RIS ha soportado otras dos modificaciones, en materia de obligación de retener:

- Real Decreto 1/2010, de 8 de enero.
- Real Decreto 749/2010, de 7 de junio.

La precedente lista de modificaciones normativas suscita varias inquietudes relacionadas con la técnica legislativa. Efectivamente, en el mismo año, la libertad de amortización se regula dos veces, la obligación de documentación de las operaciones vinculadas es objeto de dos normas contenidas en dos disposiciones con fuerza de ley y de otra con rango reglamentario, el artículo 30.2 del TRIS se modifica dos veces, el artículo 108.4 del TRIS se modifica tres veces, el artículo 15.4 del TRIS aparece modificado en dos leyes distintas pero con la misma redacción, y, en fin, algunas leyes o disposiciones con fuerza de ley que contienen regulaciones fiscales omiten la mención prevista en el artículo 9 de la LGT.

También suscita otras inquietudes relacionadas con lo constitucional, aunque felizmente superables por la vía de una interpretación constructiva. Así, la ley de presupuestos aborda la definición de la renta obtenida por los partícipes de las instituciones de inversión colectiva, esto es, una materia conectada con el hecho imponible, la proliferación del decreto-ley, cuatro, a lo largo de 2010, o la aplicación de ciertas modificaciones normativas respecto de periodos impositivos ya iniciados en el momento de su entrada en vigor, o incluso finalizados.

¿Se siente añoranza de la denominada Ley de Acompañamiento, cuya desaparición anunció la ley de presupuestos para 2005, con la sana intención de reservar *a otros proyectos legislativos con coherencia interna y tramitados por los procedimientos legislativos habituales las reformas que sean precisas... para... mejorar la calidad de nuestra legislación, facilitando así su conocimiento por los ciudadanos y potenciando el principio de seguridad jurídica?*

Loables propósitos y crudas realidades, ciertamente, pero en 2005 el panorama económico sonreía y en 2010 la crisis económica ha debido poner mucha presión en los engranajes de la maquinaria de producción normativa.

2. EL RÉGIMEN FISCAL DE LA INVERSIÓN COLECTIVA

El artículo 75 de la ley de presupuestos para 2011 da nueva redacción al artículo 15.4 del TRIS al objeto de calificar como renta gravable las operaciones de reducción de capital con devolución de

aportaciones y las de distribución de la prima de emisión efectuadas por determinadas instituciones de inversión colectiva. La nueva norma había de aplicarse respecto de las operaciones *efectuadas a partir del 23 de septiembre de 2010, con independencia del periodo impositivo en el que se realicen y vigencia indefinida*.

La disposición final décima de la Ley 40/2010, de 29 diciembre, de *almacenamiento geológico de dióxido de carbono*, reproduce la norma recogida en la ley de presupuestos, dándole la misma eficacia temporal, si bien omitiendo la mención a la vigencia indefinida.

¿Por qué repetir siete días después la norma? Nada se dice en el preámbulo de la Ley 40/2010, cuyo título no informa de que contiene materia fiscal, frustrando así los buenos propósitos del artículo 9 de la Ley General Tributaria. ¿Tal vez la ley de presupuestos era inhábil para regular aspectos de la determinación de la renta gravable? ¿Tal vez se temía que la regulación en la ley de presupuestos pudiera sufrir la tacha de retroactividad?

El artículo 134.7 de la Constitución establece que *La ley de presupuestos no puede crear tributos. Podrá modificarlos cuando una ley tributaria sustantiva así lo prevea*. La disposición final tercera del TRIS establece un conjunto de habilitaciones a la ley de presupuestos generales del Estado ninguna de las cuales se refiere a la determinación de la renta o de la base imponible.

La consideración conjunta de ambos preceptos permite deducir que la ley de presupuestos no es hábil para regular la determinación de un aspecto de la base imponible. Ahora bien la interpretación que el Tribunal Constitucional ha dado del artículo 134.7 de la Constitución no es tan tajante, puesto que entiende que la ley de presupuestos puede *adaptar el tributo a la realidad* [STC 27/1981 (NFJ000001)]. Es posible que, bajo este concepto jurídico indeterminado ², cupiera la modificación del artículo 15.4 del TRIS.

La ley de presupuestos, por su propia naturaleza, entra en vigor el día 1 de enero de 2011. Por tanto, de acuerdo con las previsiones de la ley presupuestaria, el nuevo régimen fiscal de las operaciones de reducción de capital y devolución de la prima de emisión en determinadas instituciones de inversión colectiva, hubiera sido aplicable a hechos realizados en un periodo impositivo concluido antes de la fecha de entrada en vigor de la norma que regula sus consecuencias fiscales.

Por el contrario, la Ley 40/2010 entra en vigor el 31 de diciembre, día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, de manera tal que, tratándose de periodos impositivos coincidentes con el año natural, supera el inconveniente antes mencionado, aunque no en relación con periodos impositivos concluidos entre los días 24 y 30 de diciembre de 2010, ambos inclusive.

La Constitución no prohíbe la retroactividad de las normas fiscales, pero de ahí no se sigue la constitucionalidad de toda norma fiscal retroactiva. En efecto, en la STC 126/1987, se matiza que una norma fiscal retroactiva puede ser inconstitucional si vulnera principios generales constitucionales, en particular el de seguridad jurídica. En esta línea el Tribunal Constitucional distingue, seguramente siguiendo a Federico DE CASTRO ³, diversos tipos de retroactividad, advirtiendo que *el*

² ALONSO GONZÁLEZ, L.M.: *Jurisprudencia Constitucional Tributaria*, pág 106.

³ AGUALLO, A.: *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia Financiera y Tributaria*, pág 183.

grado de retroactividad de la norma cuestionada, así como las circunstancias específicas que concurren en cada caso, se convierten en elemento clave en el enjuiciamiento de su presunta inconstitucionalidad, y ya refiriéndose al caso concreto añade que aun cuando los elementos constitutivos del hecho imponible –incluida su dimensión temporal– comenzaron a producirse antes de la entrada en vigor de la ley, el hecho imponible no se había realizado íntegramente en ese momento y los efectos jurídicos no se habían agotado. Por ello cabe afirmar que nos encontramos ante un supuesto de retroactividad de grado medio, o de los que la doctrina alemana califica como de retroactividad impropia.

Así, habría retroactividad de grado medio, constitucionalmente admisible, cuando la nueva norma afectase a hechos ya producidos antes de la fecha de su entrada en vigor, pero integrados en un hecho imponible todavía no devengado en dicha fecha. Y retroactividad de grado máximo, constitucionalmente inadmisibles, cuando la nueva norma afectase a hechos integrados en un hecho imponible ya devengado, aun cuando el periodo para ser declarada la correspondiente obligación tributaria no hubiere expirado.

Bajo las consideraciones precedentes relativas a la idoneidad de la ley de presupuestos para definir supuestos de obtención de renta y a la gradación de la retroactividad, lo prudente era, desde luego, no alojar la modificación del artículo 15.4 del TRIS en la ley de presupuestos generales para 2011.

Ciertamente podrá pensarse que el precio pagado para restaurar la legalidad constitucional no ha sido menor, y en efecto así es, pues la doble aparición de la misma norma en el Boletín Oficial del Estado va en detrimento de la confianza, pero también deben sopesarse las dificultades inherentes a la definición de la política fiscal y a la tramitación legislativa de los proyectos de ley.

2.1. ¿Fin del diferimiento?

En la reseña del Consejo de ministros de 24 de septiembre de 2010 se informaba, entre otros aspectos, que en el proyecto de ley de presupuestos para 2011 se adoptaban *medidas para evitar el diferimiento de tributación de los accionistas de las SICAV*. Este anuncio suscitó un vivo interés.

2.1.1. El esquema fiscal de la inversión colectiva

El régimen de las instituciones de inversión colectiva, entre ellas las SICAV y sus partícipes, alberga un diferimiento en la tributación de las rentas que afluyen a las mismas a causa de que el tipo de gravamen en el Impuesto sobre Sociedades es el 1 por 100 y los socios no tributan sobre esas rentas mientras no se distribuyan o las hagan efectivas mediante el reembolso o transmisión de la participación.

Así, la tenencia directa de activos financieros (letras, bonos, acciones...) determina una tributación entre el 19 y el 21 por 100, para los socios sujetos al IRPF, sobre las rentas que producen, mientras que la tenencia de esos mismos activos financieros a través de una institución de inversión

colectiva determina una tributación del 1 por 100 sobre tales rentas, mientras permanezcan acumuladas en sede de la institución de inversión colectiva.

En ese sencillo esquema tributario (tributación simbólica de la institución de inversión colectiva y no tributación de los socios o partícipes mientras no medie distribución o reembolso) que, con variantes menores, arranca desde la creación de las instituciones de inversión colectiva en 1952, y que superó con éxito el empuje de los postulados de justicia fiscal de la reforma fiscal asociada a la transición política (1977-1978) y de los esfuerzos del primer gobierno socialista por reafirmar la tributación de las rentas del capital (1983-1985), reside el denominado diferimiento en la tributación de las rentas de la inversión colectiva.

¿Solo diferimiento? En la teoría sí. Pero en la práctica, tratándose de titulares de grandes fortunas, el diferimiento puede tender a transformarse en una situación de no tributación indefinida, aprovechable incluso por los herederos de aquellos. Además, a partir de la Ley 4/2008, se ha retirado el bálsamo, no curativo pero sí paliativo, de la imposición patrimonial.

Habrà quien vea en esta tributación un saludable vestigio de la imposición sobre la renta consumida en el sentido de STUART MILL o de la imposición sobre la renta gastada en el sentido de KALDOR⁴, pero no dejará de reconocerse que, en el contexto de un sistema que pivota sobre la imposición de la renta disponible, constituye un privilegio⁵ al que la ley de presupuestos de 2011 no ha puesto fin.

2.1.2. *Los mercados financieros*

El triunfo político del monetarismo en la década de los ochenta del pasado siglo bajo los gobiernos de Reagan y Thatcher puso en circulación la idea de que cualquier medida que interfiriese el libre curso de los mercados financieros y de las entidades que en ellos operaban provocaría ineficiencia y pérdida de bienestar⁶. Bajo esa idea, seguramente acertada en su justo término, creció una suerte de fundamentalismo de mercado, que ha podido ahuyentar las iniciativas para enderezar el privilegio fiscal de la inversión colectiva.

¿Ha de temerse que una tributación efectiva de las rentas del capital obtenidas a través de las instituciones de inversión colectiva en paridad con la tributación derivada de la inversión directa determine una suerte de fuga de capitales? ¿Perjudicaría una tributación efectiva como la insinuada a la colocación de la deuda pública?

Son cuestiones cuya respuesta excede de la capacidad del autor de estas líneas. No obstante caben algunas aproximaciones.

Si fueran las fuerzas del mercado las que impusieran la tributación privilegiada habría de esperarse una fiscalidad de la inversión colectiva en los países de nuestro entorno que respondiera al

⁴ SEVILLA SEGURA, J.V.: *Política y Técnica Tributarias*. Capítulo IV.

⁵ DURÁN-SINDREU, A.: «Las Simcav: ¿Un privilegio al margen del fisco?» (*El País*, 12/06/2006)

⁶ DE LA DEHESA, G: *La primera gran crisis financiera del siglo XXI*, pág. 337.

esquema anteriormente expuesto. No parece que sea este el caso. Así, en algunos países se utiliza un sistema de transparencia, de manera tal que la renta obtenida por la institución de inversión colectiva se imputa a los inversores, y en otros, donde la institución tiene personalidad fiscal, se establecen reglas de distribución obligatoria o ficciones de distribución a efectos fiscales ⁷.

El traslado de la inversión a una institución de inversión colectiva situada en Luxemburgo siempre ha sido una amenaza que ha sobrevolado sobre cualquier reflexión respecto de la modificación de la tributación de la inversión colectiva y sus partícipes. Sin embargo, en un régimen de transparencia fiscal que afectase tanto a las participaciones mantenidas en instituciones de inversión colectiva españolas como extranjeras, esa amenaza tendría escasa consistencia. Precisamente la OCDE hace tiempo que reclamó, en el contexto de la lucha contra la competencia fiscal desleal, la extensión de la denominada transparencia fiscal internacional respecto de las inversiones realizadas en instituciones de inversión colectiva extranjeras ⁸. Para que los inversores pudieran eludir la tributación en régimen de transparencia deberían no solo colocar sus capitales en una institución de inversión colectiva extranjera sino ellos mismos desplazarse al extranjero.

Ahora bien, cortar los lazos con un entorno vital por eludir una tributación en sí misma moderada (21%, tipo más elevado del gravamen del ahorro) no parece que sea una conducta previsible. Por el contrario, lo previsible es la aceptación voluntaria de esas cargas fiscales, máxime en el contexto de una situación de crisis económica y social en la que la solidaridad adquiere tintes de inexcusable deber para las clases pudientes ⁹. Más se da por descontada la insolidaridad fiscal, más se tiñe al impuesto de castigo a eludir, y, por el contrario, más se confía en la solidaridad fiscal, más se colorea el impuesto de contribución al sostenimiento de las cargas públicas de la sociedad en la que se vive. ¿Por qué ha de ser el universo de HOBBS y no el de LOCKE ¹⁰?

La medida que sí provocaría una fuga de capitales sería someter a la institución de inversión colectiva al tipo general de gravamen. En efecto, esa tributación pondría a nuestras instituciones de inversión colectiva en flagrante desventaja con las ubicadas en otros Estados miembros. Se trataría de una suerte de discriminación inversa. Las tres diputaciones forales vascas ¹¹ incurrieron el año pasado en este error y los fenómenos deslocalizadores no se hicieron esperar. Por el contrario la

⁷ Adema RAYMOND. *Ucits and Taxation. Towards Harmonization of the Taxation of Ucits*. Kluwer (2009). Razona el autor que la renta no debería ser reconocida en sede de los inversores en un momento diferente según que la inversión fuere directa o a través de un UCITS, pues de otra manera se permitiría a los inversores diferir la tributación en su imposición personal. Sin embargo el autor es consciente de que el sistema de transparencia no siempre se aplica y añade que en la mayor parte de los Estados miembros se requiere la distribución de la renta para que la misma tribute en sede de los inversores, y añade, y esto es lo relevante al caso, sorprendentemente no todos los UCITS están obligados a distribuir su renta y ganancias de capital. Aproximadamente diez Estados miembros han establecido normas para asegurar la tributación en sede de los inversores. Estos Estados miembros utilizan diferentes métodos. Algunos, simplemente, prohíben la acumulación de la renta, en otras palabras, la renta debe ser distribuida, mientras otros consideran la renta acumulada como distribuida o gravan a los inversores en función del aumento de valor de sus participaciones... Y cita como países en los que concurre esa forma de tributación, entre otros a Austria, Chequia, Alemania, Reino Unido y Holanda (pág. 41).

⁸ OCDE. *Concurrence Fiscale Dommageable. Un problème mondial* (pág. 45).

⁹ *El Debate*, editorial del 17 de abril de 1931.

¹⁰ EBENSTEIN, W.: *Los grandes pensadores políticos*, pág. 471.

¹¹ Norma Foral 3/2009, de Vizcaya, art. 47; Norma Foral 4/2009, de Guipúzcoa, art. 3; Norma Foral 14/2009, de Álava, art. 33. El autor agradece a Elisabeth Errasti Ibarondo la información relativa a la normativa foral.

transparencia fiscal, interna e internacional, no la provocaría ya que la misma haría indiferente la inversión a través de instituciones de inversión colectiva españolas o extranjeras.

Tampoco son las necesidades de colocación de la deuda pública la que justifica el privilegio fiscal, pues las instituciones de inversión colectiva no están constreñidas a invertir en activos financieros públicos, aunque pueden hacerlo.

Si las reflexiones precedentes son consistentes, la pervivencia del diferimiento (práctica no tributación para grandes fortunas) en la tributación de las instituciones de inversión colectiva y de sus partícipes, podría explicarse por la conjunción del temor de que el egoísmo de los grandes inversores determinaría profundos fenómenos deslocalizadores en caso de supresión del privilegio fiscal con la percepción pesimista de que la transparencia fiscal, interna e internacional, pueda procurar el instrumento técnico adecuado para construir una tributación desalentadora de la deslocalización.

Seguramente es esa doble falta de confianza, ese doble pesimismo, cuidadosamente alentado desde las instancias interesadas, lo que impide la construcción de un régimen fiscal de las instituciones de inversión colectiva y de sus partícipes congruente con los principios de capacidad económica y neutralidad.

2.2. Tributación de la reducción de capital

En el marco de ese régimen fiscal privilegiado se había venido desarrollando la práctica de transferir patrimonio a los accionistas reduciendo, a tal efecto, el capital, de manera tal que los mismos podían disponer de unos activos, generalmente líquidos, sin soportar tributación alguna mientras el importe recibido no excediera del valor del valor de adquisición de la participación.

2.2.1. La nueva norma en su contexto

Mediante una reducción de capital el accionista recibe el patrimonio aportado y no una renta, y de ahí que la norma fiscal excluya, con carácter general, la tributación en relación con tales operaciones, de manera tal que la misma solo se produce sobre el importe del *exceso del valor normal de mercado de los elementos recibidos sobre el valor contable de la participación* (art. 15.4 TRIS).

Pues bien, el artículo 75 de la ley de presupuestos para 2011 ha dado nueva redacción al artículo 15.4 del TRIS, añadiendo una regla especial en cuya virtud *el importe total percibido en la reducción del capital con el límite del aumento de valor liquidativo de las acciones desde su adquisición o suscripción hasta el momento de la reducción de capital social, se integrará en la base imponible del socio sin derecho a ninguna deducción en la cuota íntegra*.

La regla general es ortodoxa y la especial heterodoxa por cuanto una reducción de capital no puede deparar renta, excepto si el importe recibido excede del valor contable de la participación, pero

esa heterodoxia se inserta en un régimen heterodoxo y de ahí la explicación y justificación de la regla especial. Valga la repetida apelación a lo heterodoxo para enfatizar el verdadero sentido de la reforma.

En el marco de un régimen fiscal correctamente construido de la tributación de las instituciones de inversión colectiva y de sus partícipes no tendría sentido la nueva norma concerniente a la tributación de la reducción de capital, pero sí lo tiene en relación con el vigente régimen fiscal. En efecto, si la renta obtenida por la institución de inversión colectiva tributara en el momento de su generación, como así debe ser en el contexto de un sistema de imposición sobre la renta disponible, preferiblemente a través de un sistema de imputación o transparencia, la nueva norma no sería concebible. La nueva norma se concibe y comprende precisamente porque la tributación de la institución de inversión colectiva y de sus partícipes se aparta de los principios que rigen la imposición sobre la renta disponible, determinando así un privilegio. La nueva norma no restaura la armonía de la fiscalidad de las instituciones de inversión colectiva y sus partícipes con los principios básicos de la imposición, señaladamente el de capacidad económica, sino que se limita a cercenar una vía de evasión que se alimentaba al calor de la heterodoxia de dicha fiscalidad.

Por ello se ha sugerido que la nueva norma aderezaba una suerte de *equilibrio en las SICAV*, pues se ha conservado un *diferimiento del grueso del gravamen que recae sobre estos rendimientos del ahorro... eliminando esta ventaja añadida que no es otra cosa que el resultado de operaciones de ingeniería financiera*¹². En estas breves y acertadas líneas se sustancia el entendimiento de la nueva norma: mantiene el diferimiento básico y frustra una ventaja adicional. En suma, la nueva norma relativa a la reducción de capital, que considerada en abstracto supone una recalificación incomprensible de una devolución de aportaciones como renta, vista en el contexto del régimen fiscal privilegiado de las instituciones de inversión colectiva y sus partícipes halla perfecto acomodo.

No parece arriesgado pronosticar que el efecto práctico de la nueva norma será desalentar la realización de estas operaciones. En lo sucesivo el flujo financiero a favor del socio se canalizará a través del mecanismo de la distribución del beneficio o de la adquisición de acciones propias.

2.2.2. Determinación de la renta gravable

A tenor de la nueva norma las reducciones de capital ejecutadas por las instituciones de inversión colectiva de capital variable determinan una renta equivalente al *importe total percibido en la reducción del capital con el límite del aumento del valor liquidativo*.

El referido aumento se mide entre la fecha de adquisición o suscripción de las acciones y el momento de la reducción del capital social. Ese momento ha de entenderse que es el de la fecha en que se adopta el acuerdo de reducción del capital.

La norma no precisa la forma en cómo debe aplicarse el límite respecto de las reducciones de capital que se vayan produciendo sucesivamente. Así, caben dos soluciones. La primera consiste

¹² MARTÍN FERNÁNDEZ, J.: «Equilibrio en las Sicav». *Cinco Días* (octubre 2010).

en que el límite se aplica en cada reducción teniendo en cuenta la diferencia entre el valor liquidativo y el precio de adquisición. La segunda consiste en que el límite se aplica en cada reducción pero minorado en el importe de las reducciones precedentes. La primera parece la más correcta, de manera que en tanto el valor liquidativo exceda del valor de adquisición la reducción determina la existencia de una renta.

Cuando la participación se ha adquirido por etapas se necesita una regla que impute la reducción entre las distintas acciones. La norma no la contiene. Mientras no existan pronunciamientos de la doctrina administrativa o jurisprudencial, podría subsanarse la laguna considerando que la reducción afecta a las acciones adquiridas en primer lugar, ya que así lo prevé con carácter general el artículo 33.3 a) de la LIRPF.

El límite garantiza que la tributación derivada de la reducción de capital no exceda de la renta generada en sede de la institución de inversión colectiva. En efecto, rebasar este límite supondría un exceso de imposición pues la renta que realmente obtiene el socio es el aumento del valor liquidativo respecto del precio de adquisición. Esta renta se genera en sede de la institución pero está disponible para el socio en virtud del derecho de reembolso. Es, por tanto, una magnitud inmediatamente disponible.

Véase, entonces, lo bien fundado del límite, y también, por defecto, la mala arquitectura del sistema de tributación de las instituciones de inversión colectiva y de sus partícipes, en su conjunto.

Este límite también se aplica en el IRPF, excepto *cuando la reducción de capital proceda de beneficios no distribuidos*, pues en este caso el límite se identifica con el importe de la propia reducción, de manera tal que si se trata de una reducción de capital previamente aumentado con cargo a beneficios no distribuidos, la renta imponible se identifica con el importe percibido, incluso si el valor liquidativo no hubiera aumentado o lo hubiera hecho en menor cuantía, lo que implica una tributación sobre el capital pero no sobre la renta.

De esta manera, si la interpretación desplegada es correcta, el régimen de las instituciones de inversión colectiva y de sus partícipes que sean personas físicas se enriquece con un supuesto de tributación sobre el capital o, si se quiere, de tributación sobre la renta anticipada. Y así, en un contexto de diferimiento generalizado, se escapa un supuesto particular de anticipación, en el IRPF.

2.2.3. Relación del nuevo supuesto de tributación con los preexistentes

Mediante la nueva norma se añade un supuesto de tributación en sede de los socios de ciertas instituciones de inversión colectiva a los ya existentes. Por tanto, son supuestos de tributación en sede de los socios los siguientes:

- Distribución de beneficios por la institución de inversión colectiva [art. 58.2 b) TRIS].
- Renta obtenida como consecuencia de la transmisión o reembolso de las acciones o participaciones [art. 58.2 a) TRIS].

- Reducción de capital con devolución de aportaciones (art. 15.4 TRIS), aplicable exclusivamente en relación con ciertas instituciones de inversión colectiva.
- Contabilización de rentas con imputación a pérdidas y ganancias, aplicable exclusivamente en aquellos casos en los que las normas contables obliguen a tal reflejo contable (art. 59 TRIS).
- Diferencia de valores liquidativos, tratándose de instituciones de inversión colectiva constituidas en países o territorios calificados reglamentariamente como paraíso fiscal (art. 60 TRIS).

Estos supuestos, excepto el señalado en cuarto lugar, son comunes al Impuesto sobre Sociedades y al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. El supuesto ordinario es el reembolso.

Ahora corresponde examinar la relación entre el nuevo supuesto de obtención de renta y los restantes.

2.2.3.1. Relación con el supuesto de reembolso

En relación con el supuesto de reembolso debe indicarse que la renta obtenida por una institución de inversión colectiva está a disposición de todos y cada uno de sus socios y a tenor de su libre albedrío mediante el ejercicio del derecho subjetivo de *reembolso del valor de sus participaciones* (art. 5 Ley 35/2003, de Instituciones de Inversión Colectiva, LIIC), al que se corresponde la obligación de recompra *por la propia sociedad a solicitud de cualquier interesado según el valor liquidativo que corresponda a la fecha de solicitud* (art. 32.7 LIIC).

Esta es, como se ha indicado, la forma ordinaria a través de la cual se canalizan los flujos financieros entre el socio y la sociedad. El socio, en virtud del ejercicio del derecho de reembolso, obtiene el valor liquidativo de las acciones o participaciones afectadas. El valor liquidativo de cada participación es el reflejo del valor de la alícuota del patrimonio de la institución, y, consecuentemente, el reflejo del capital y los beneficios acumulados. La renta, en sentido económico, del socio será aquella parte del valor liquidativo que se corresponda con beneficios acumulados por la institución a partir de la adquisición de la participación.

El artículo 58.2 b) del TRIS no establece la forma en cómo debe determinarse el importe de la renta, a diferencia del artículo 37.1 c) de la LIRPF, a cuyo tenor *la ganancia o pérdida se computará por la diferencia entre (su) valor de adquisición y el valor de transmisión, determinado por el valor liquidativo*. Tratándose de entidades jurídicas en vez de tomar el valor de adquisición se operará con el valor contable, esto es, con el valor de adquisición modificado por las anotaciones contables que lo han corregido en cuanto las mismas hubiesen tenido efectos fiscales (así no lo tiene la valoración por el valor razonable con imputación en patrimonio neto).

La recompra o adquisición de las propias acciones por la SICAV determina una reducción del capital social. Esta reducción del capital social no encaja en el nuevo supuesto de tributación, sino en el de carácter general del artículo 58.2 a) del TRIS, a cuyo tenor, como se ha indicado, los sujetos

pasivos integrarán en la base imponible *la renta obtenida como consecuencia de la transmisión de las acciones o participaciones o del reembolso de las mismas*.

En efecto, el reembolso se instrumenta jurídicamente a través de la adquisición por parte de la sociedad de sus propias acciones, y como quiera que el valor de adquisición ha de ser el *valor liquidativo que corresponda a la fecha de solicitud*, el socio obtiene una renta por diferencia entre dicho valor liquidativo y el precio de adquisición.

Pues bien, en este punto procede establecer la oportuna relación con la reducción de capital. Nada dice la norma sobre el particular, pero va de suyo que si el importe de la reducción del capital se grava en concepto de renta no debe aminorar, a efectos fiscales, el precio de adquisición de la participación, aun cuando contablemente se hubiera aplicado el importe de la reducción a disminuir el valor de la misma.

Por el contrario, tratándose de reducciones de capital anteriores a la fecha de aplicación de la nueva norma, la imputación de la reducción de capital al valor de la participación minorará su valor contable con efectos fiscales.

2.2.3.2. Relación con el supuesto de contabilización por el valor razonable

Tratándose de acciones que deban valorarse por el valor razonable no parece que deba computarse una renta por causa de la reducción del capital, por más que la norma guarde silencio sobre el particular. En efecto, el valor razonable y el valor liquidativo son magnitudes coincidentes, y, por lo tanto, en la medida en que dicha valoración se hubiere aplicado desde la toma de la participación, todas las rentas generadas por la institución de inversión colectiva, incluidas las plusvalías latentes, habrán tributado.

Nótese, en consecuencia, que la renta obtenida por el accionista a través de la institución de inversión colectiva ha tributado, de manera que no cabe hablar de diferimiento. Por el contrario ha habido tributación puntual. En este caso, gravar en concepto de renta el importe de la reducción de capital carece de sentido. Ciertamente la literalidad de la norma lo permitiría, puesto que ha habido aumento de valor liquidativo. Ahora bien, ese aumento ha propiciado, ejercicio a ejercicio, la tributación del accionista, de forma tal que la cuantía del límite ya ha tributado en periodos impositivos precedentes.

Puede acontecer el caso inverso, esto es, el descenso del valor liquidativo. En este caso la entidad habrá contabilizado, ejercicio a ejercicio, los sucesivos descensos del valor liquidativo con imputación a la pérdida a la cuenta de pérdidas y ganancias. En estas circunstancias la reducción de capital no determina renta por cuanto al no haber habido aumento del valor liquidativo el límite lo impide.

2.2.3.3. Relación con el supuesto de distribución de resultados

Si imaginamos una institución de inversión colectiva que anualmente distribuye sus resultados, el valor liquidativo no aumentará debido a la acumulación de los mismos, aunque sí podrá hacerlo

por causa de la elevación al alza del valor razonable o de mercado de los activos financieros mantenidos por la misma.

Pese a ello la reducción del capital generará una renta a efectos fiscales que, total o parcialmente, no rebasará el límite de la diferencia del valor liquidativo respecto del valor de adquisición y, consecuentemente, deberá tributar. En tal caso, lo que económicamente se está gravando es el mayor valor, todavía no realizado, de los activos financieros mantenidos por la institución de inversión colectiva.

Con todo este supuesto será anecdótico puesto que la distribución de beneficios agota el privilegio fiscal de la inversión colectiva.

2.2.3.4. Relación con el supuesto de paraísos fiscales

Puesto que el contribuyente tributa en cada ejercicio sobre la diferencia de valores liquidativos no parece que deba haber tributación a causa de la reducción del capital. Y así es por cuanto *la cantidad integrada en la base imponible se considera mayor valor de adquisición*.

En este sentido la reducción de capital de una institución de inversión colectiva constituida en un paraíso fiscal no está afectada por el nuevo supuesto de determinación de renta en sede de los socios. Pero no hay aquí nada anómalo, por más que la concurrencia de un paraíso fiscal pueda llamar a una tributación agravada, pues lo que acontece es que la tributación de los partícipes de las instituciones de inversión colectiva constituidas en paraísos fiscales (art. 60 TRIS) responde a una ortodoxia que no es preciso enmendar. Es la propia rectitud del régimen general de tributación de los partícipes de las instituciones de inversión colectiva constituidas en paraísos fiscales lo que hace inaplicable el nuevo supuesto de determinación de renta gravable.

2.3. Tributación de la distribución de la prima de emisión

A diferencia de la reducción de capital, que determina una renta hasta el límite de la diferencia del valor liquidativo con el valor de adquisición, en la forma anteriormente indicada, la cantidad distribuida *en concepto de prima de emisión... se integrará en la base imponible del socio*, sin sujeción a dicho límite ni a cualquier otro.

Poco importa si el socio que recibe la prima de emisión la aportó o no. La norma no distingue y parece claro su designio de gravar la prima de emisión cualquiera que sea la cuantía que se perciba. Así es posible que los socios que aportaron la prima y les sea devuelta deban tributar sobre el importe de la misma. Y es posible, incluso, que la prima tribute en sede de socios cuya distribución les provoque una disminución del valor de la participación. Por tanto, en esos casos no se grava la renta sino el capital.

La fiscalidad que recaerá sobre estas operaciones las hará inviables.

2.4. La obligación de retener

2.4.1. La obligación de retener y la obligación principal

Mediante Real Decreto 1788/2010, de 30 de diciembre, publicado en el BOE de 31 de diciembre de 2010, se han modificado los artículos 58, 59, 60 y 62 del RIS, para regular la retención correspondiente a las rentas derivadas de la reducción de capital o de la distribución de la prima de emisión efectuadas por determinadas instituciones de inversión colectiva.

Nótese la perfecta sincronización de la norma legal con la reglamentaria, pues la de rango legal, reguladora de la obligación tributaria principal, apareció en el BOE del día 30 de diciembre de 2010, y la de rango reglamentario, reguladora de la obligación tributaria de retener, un día después.

La obligación de retener, por su propia esencia, no puede aplicarse con carácter retroactivo, a diferencia de lo que acontece respecto de la obligación tributaria principal, que admite un cierto grado de retroactividad. Así lo prevé la disposición final única del Real Decreto 1788/2010, que fija la fecha de entrada en vigor el día 1 de enero de 2011. Por tanto, las reducciones y distribuciones realizadas desde 23 de septiembre de 2010 hasta 31 de diciembre de 2010 tributarán en cabeza de las entidades preceptoras, pero no sufrirán retención.

2.4.2. Organización de la obligación de retener

La obligación de retener en relación con el nuevo supuesto determinante de renta se organiza de la siguiente manera:

- Sujeción a la obligación de retener, a cuyo efecto se añade una nueva letra (g) al artículo 58.1 del RIS, y se da nueva redacción al artículo 59 g) del RIS, en orden a exceptuar de la excepción en el mismo contenida respecto de las rentas derivadas de la distribución de la prima de emisión de acciones o participaciones al caso de distribución de la prima de emisión por parte de las SICAV o entidades equivalentes.
- Determinación del sujeto obligado a retener, a cuyo efecto se añade un apartado (6 bis) al artículo 60 del RIS, cuya configuración responde a los criterios establecidos en el apartado precedente concerniente a los sujetos obligados a retener en relación con los restantes supuestos de determinación de obtención de rentas a través de instituciones de inversión colectiva. En este sentido, el sujeto obligado a retener es distinto en atención a la constitución de la institución de inversión colectiva concernida. Tratándose de las reguladas por la LIIC *deberá practicar retención o ingreso a cuenta la propia sociedad*; en el caso de las establecidas en algún Estado miembro de la Unión Europea e inscritas en el registro especial de la Comisión Nacional del Mercado de Valores *estarán obligados a practicar retención o ingreso a cuenta las entidades comercializadoras o los intermediarios facultados para la comercialización de las acciones o participaciones y, subsidiariamente, la entidad o entidades encargadas de la colo-*

cación o distribución de los valores, que intervengan en el pago de las rentas; y cuando la institución de inversión colectiva esté constituida en un Estado tercero, la obligación de retener o practicar ingreso a cuenta corresponderá a la entidad depositaria de los valores o que tenga encargada la gestión de cobro de las rentas derivadas de los mismos. En fin, cuando no concurra ninguno de los supuestos anteriores, será el propio preceptor de la renta quien deba efectuar un pago a cuenta.

- Base de cálculo de la retención, a cuyo efecto se añade un nuevo apartado (8) al artículo 62 del RIS, el cual fija aquella en el importe de la renta derivada de la operación de reducción de capital o distribución de la prima de emisión.

2.4.3. Coordinación con otros supuestos de retención

El artículo 59 y) del RIS según redacción establecida por el Real Decreto 749/2010, de 7 de junio, exceptúa de la retención a las rentas derivadas del reembolso o transmisión de participaciones o acciones de los fondos de inversión cotizados y SICAV índice regulados en el artículo 49 del Reglamento de la LIIC.

Este supuesto de excepción a la obligación de retener versa sobre las rentas derivadas del reembolso o transmisión. No abarca, por tanto, a las derivadas de la reducción del capital con devolución de aportaciones o de la distribución de la prima de emisión.

2.5. Entidades afectadas

El nuevo supuesto de tributación no afecta a todas las instituciones de inversión colectiva, sino solamente a *las sociedades de inversión de capital variable reguladas en la LIIC no sometidas al tipo general de gravamen, y también a los organismos de inversión colectiva equivalentes a las sociedades de inversión de capital variable que estén registrados en otro Estado, en particular a las sociedades amparadas por la Directiva 2009/65/CE.*

Por tanto, no todas las instituciones de inversión colectiva están afectadas, sino tan solo las denominadas SICAV, reguladas en los artículos 32 y 33 de la LIIC, así como las entidades constituidas en el extranjero que sean equivalentes.

La discriminación en relación con las restantes instituciones de inversión colectiva parece justificarse en el funcionamiento práctico de estas entidades al servicio de un círculo reducido de socios.

3. LA GUÍA DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA

En julio de 2010 la OCDE ha revisado los capítulos I, II y III de la Guía de precios de transferencia y ha añadido el capítulo IX concerniente a las reestructuraciones empresariales. La Guía

tiene una gran importancia habida cuenta que en el preámbulo de la Ley 36/2006 se advierte que la normativa relativa a las operaciones vinculadas debe interpretarse a la luz de *las directrices de la OCDE sobre la materia*. Naturalmente esto no quiere decir que los criterios de la Guía deban aplicarse directamente, sino que pueden servir como elemento para interpretar la norma aplicable, esto es, el artículo 16 del TRIS y su desarrollo reglamentario. Se trata de una manifestación expresa de la importancia del denominado *soft law* en el contexto de la interpretación de la normativa concerniente a la fiscalidad internacional, pero que conviene reconducir a sus justos términos ¹³.

La revisión de los capítulos I, II y III ha alterado la estructura de los mismos. En efecto, el actual capítulo II describe todos los métodos para determinar el precio de transferencia, atrayendo, de esta suerte, a los anteriormente denominados otros métodos del antiguo capítulo III, que ahora se dedica a describir el análisis comparativo.

Esta reordenación de materias en los capítulos correspondientes tiene un valor sustantivo. Así los métodos *tradicionales* y los *transaccionales* son puestos en pie de igualdad, de manera tal que desaparece la preferencia de los primeros sobre los segundos, debiendo aplicarse aquel que sea más apropiado a las circunstancias ¹⁴.

Como es sabido el artículo 16 del TRIS solamente permite aplicar los métodos transaccionales *cuando debido a la complejidad o a la información relativa a las operaciones no puedan aplicarse adecuadamente los métodos tradicionales*. Esta norma obliga al sujeto pasivo a probar que los métodos tradicionales no son apropiados cuando aplica alguno de los transaccionales, por más que los criterios de la OCDE no obliguen a ello. Cuestión distinta es que dicha prueba deba ser contemplada y valorada en el contexto de un escenario plagado de incertidumbres.

Son muchos y muy autorizados los comentarios que se han efectuado sobre los métodos para determinar los precios de transferencia, incluso referidos a la reciente modificación de la Guía ¹⁵, y ello es excusa bastante para no abundar en esta materia. Sin embargo hay un aspecto que reviste un cierto interés y que no ha merecido una atención generalizada. Se trata de la relación entre el método de la distribución del resultado (*transactional profit split method*) y el proyecto de la Comisión relativo a la base imponible común consolidada ¹⁶.

Este proyecto ha permanecido en la vía muerta desde 2008, pero ha sido rescatado recientemente por la Comisión bajo la forma de una propuesta de directiva del Consejo, con el respaldo de los Jefes de Estado y de Gobierno de la zona euro ¹⁷.

¹³ NOCETE CORREA, F.J.: «El diverso alcance del *soft law* como instrumento interpretativo de la fiscalidad internacional y europea». *CT, boletín de actualidad*, 172011.

¹⁴ CARBAJO VASCO, D.: «Un apunte sobre la incidencia de la nueva edición de la Guía de precios de transferencia en el tratamiento de las operaciones vinculadas en España». *Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad* 9/2010.

¹⁵ CAMPO AZPIAZU, C.: *Novedades en la fiscalidad internacional 2010*; JONES RODRÍGUEZ, L.: «Precios de transferencia: comparabilidad y métodos del beneficio; últimos avances de la OCDE», *Carta tributaria*, n.º 18/2010.

¹⁶ Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades. COM (2011) 121.

¹⁷ Conclusiones de 11 de marzo de 2011.

El proyecto de directiva consiste, en lo que aquí interesa, en la distribución de la base imponible común consolidada entre las entidades, residentes en algún Estado miembro de la Unión Europea, que integran un grupo de empresas, en función de una fórmula de reparto predeterminada, que pivota sobre activos, ventas y nóminas.

En suma, frente al método de reparto del beneficio común en función de unos criterios económicos que reflejen lo que hubieran realizado partes independientes, el proyecto de directiva propone una fórmula objetiva. Ahora bien, esa forma de distribuir el beneficio conjunto no responde al principio de libre concurrencia.

Más allá de las consideraciones técnicas, la posición que cada Estado miembro fijará frente a la propuesta de directiva seguramente estará en función de su aptitud para ser elegido por los grandes grupos multinacionales como autoridad fiscal principal. ¿Se creará un mercado de administraciones tributarias y de tribunales fiscales al que acudirán los grandes grupos multinacionales? Eso es lo que previsiblemente puede desprenderse de la denominada ventanilla única. Puesto que se trata de un mercado político, el interés nacional probablemente se dirimirá en términos políticos, no técnicos.

4. EL FONDO DE COMERCIO FINANCIERO INTERNACIONAL

En octubre de 2009, la Comisión adoptó la decisión relativa a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras (n.º 45/2007) en la que, entre otros aspectos, se declaraba que la deducción prevista en el artículo 12.5 del TRIS *es incompatible con el mercado común a efectos de las ayudas concedidas a los beneficiarios al realizar adquisiciones intracomunitarias*, si bien los efectos de tal incompatibilidad solo se proyectarán en relación con las participaciones adquiridas a partir de 21 de diciembre de 2007 (fecha de la publicación de la decisión de incoación del expediente en el Diario Oficial de la Unión Europea), de manera tal que deben ser recuperadas las cantidades vinculadas a la deducción fiscal del denominado fondo de comercio financiero las cuales *devengarán intereses desde la fecha en que se pusieron a disposición del beneficiario hasta la de su recuperación, debiendo España cancelar toda reducción fiscal pendiente*.

La autoridad fiscal optó por aceptar la decisión de la Comisión, antes que combatirla ante el Tribunal de Justicia, y así lo manifestó en la disposición adicional única de la Ley 2/2010 en la que el legislador se ordenaba a sí mismo proceder a *la modificación del artículo 12.5 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, al objeto de adoptar las medidas necesarias en aplicación de dicha Decisión*.

A tal efecto, el artículo 74 de la ley de presupuestos para 2011 ha incorporado un nuevo párrafo al artículo 12.5 del TRIS, en cuya virtud la deducción prevista en el mismo *no será de aplicación a las adquisiciones de valores representativos de la participación en fondos propios de entidades residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea realizadas a partir de 21 de diciembre de 2007*.

El nuevo párrafo tendrá efectos en relación con los *periodos impositivos que concluyan a partir de 21 de diciembre de 2007*.

Por tanto, los sujetos pasivos que hubieren disfrutado de la deducción en razón de participaciones adquiridas a partir de 21 de diciembre de 2007 deberán regularizar su situación tributaria respecto de las deducciones correspondientes a los periodos impositivos de 2007, 2008 y 2009. La correspondiente a 2010 no precisará regularización por cuanto la declaración por el Impuesto sobre Sociedades se presentará después de la entrada en vigor de la modificación normativa.

La retroactividad de la norma es clara ya que afecta a hechos y bases imponibles devengados y declarados. Mas como quiera que se inscribe en el cumplimiento del Derecho comunitario no parece que deban plantearse cuestiones de constitucionalidad. Materia distinta es la responsabilidad de los Estados miembros por los perjuicios que pudieran causar debido al incumplimiento de la normativa comunitaria.

La norma no prevé la forma en cómo debe practicarse la regularización. Cabe la presentación de una autoliquidación complementaria (art. 122 LGT), pero también la liquidación administrativa en el curso de un procedimiento de comprobación limitada.

La situación creada por la aceptación de la decisión comunitaria se aproxima, aunque no es idéntica, a la consistente en la pérdida del derecho al disfrute de incentivos fiscales por causas sobrevenidas. Aquí la causa sobrevenida sería la decisión de la Comisión. Bien cierto es que dicha causa hunde sus raíces en un incumplimiento del Tratado por parte de España y, por lo tanto, no imputable al contribuyente quien, en aplicación de la legalidad vigente, obtuvo unas ventajas fiscales que han resultado ser ayudas de Estado incompatibles con el funcionamiento del mercado interior.

El íntegro cumplimiento de la decisión comunitaria incluye la liquidación de intereses de conformidad con lo establecido en el capítulo V del Reglamento 794/2004 y en el Reglamento 271/2008.

Es previsible que el artículo deberá ser modificado de nuevo para dar cumplimiento a la última decisión de la Comisión, de 17 de diciembre de 2010 (C-45/2007), en cuya virtud también queda afectada por la calificación de ayuda de Estado, si bien con ciertas excepciones y matizaciones, la inversión realizada en Estados terceros.

5. EL CANJE DE VALORES Y LA TRIBUTACIÓN DE SALIDA (*EXIT TAXATION*)

La relación de la imposición sobre los beneficios con la normativa comunitaria ha registrado durante 2010 otros dos episodios dignos de mención, concernientes al canje de valores y a la conocida como tributación de salida.

5.1. Canje de valores

Mediante dictamen motivado (2008/4083) la Comisión objetó que la regulación del canje de valores establecida en los artículos 83.5 y 87 del TRIS infringía la Directiva 90/434/CEE y las libertades de establecimiento y de circulación de capitales, ya que, a su entender, cuando la entidad benefi-

ciaria de la aportación de valores es residente en España se aplica el régimen de diferimiento cualquiera que sea la residencia de los socios aportantes, en tanto que si la entidad beneficiaria no es residente en España el diferimiento está supeditado a que la mayoría de los socios aportantes sean residentes en territorio español o en el de cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea (IP/09/1019).

Aunque ni en el artículo 83.5 ni en el artículo 87, ambos del TRIS, se hace referencia a mayoría alguna predicada de los socios aportantes, la Dirección General de Tributos había interpretado que, cuando la entidad beneficiaria de la aportación no es residente en territorio español, *la aplicación del régimen especial está condicionada a que los socios que por sí mismos permiten a la entidad adquirente alcanzar la mayoría de los derechos de voto en la entidad participada... sean residentes en territorio español, (o) en otro Estado de la Unión Europea* [V0078/2001 (NFC016040)].

Recientemente, la Dirección General de Tributos ha revisado el criterio mantenido en dicha consulta, con el fundamento de una interpretación de la normativa española en base al principio de no discriminación establecido en el artículo 43 del Tratado. Según esta interpretación ha de admitirse que el concepto de canje de valores se defina en función de todos los socios que participan en la operación, aun cuando solo una parte de los mismos sean residentes en el ámbito de la Unión Europea [V1226/2010, de 2 de junio (NFC038579)].

La nueva interpretación priva de relevancia a la residencia de los socios aportantes a los efectos de configurar la existencia de una operación de canje de valores merecedora del régimen fiscal previsto en el artículo 87 del TRIS.

Ahora bien, a esta interpretación podía, tranquilamente, llegarse sin necesidad de acudir al ámbito comunitario, bastando a tal efecto distinguir entre la definición de operación de canje de valores y socios que tienen derecho al régimen de diferimiento.

Lo que verdaderamente interesa de la Consulta V1226/2010, de 2 de junio, es que la Dirección General de Tributos utiliza el principio de no discriminación para interpretar una norma despojándola de sus supuestas aristas adversas al ordenamiento comunitario. El empeño es encomiable, pero suscita la inquietud de que los vicios del ordenamiento fiscal frente al ordenamiento comunitario se depuren por la vía forzada de la consulta tributaria.

Ciertamente en *Conzanzo* (C-103/88) el Tribunal de Justicia afirmó que, si se daban las condiciones para la invocabilidad de una directiva, los órganos administrativos tenían la obligación de aplicarla y de descartar la aplicación de la norma nacional que no fuese conforme con la misma. ¿Se deduce de esta sentencia que los órganos administrativos, además de los tribunales de justicia, están investidos de la potestad de declarar inaplicables las normas nacionales opuestas al ordenamiento comunitario?

El Consejo de Estado, por el contrario, entiende que los órganos administrativos carecen de la potestad de controlar la adecuación de las normas internas al ordenamiento comunitario, *puesto que, no teniendo las autoridades administrativas la posibilidad de inaplicar leyes contrarias al texto constitucional, resulta conceptualmente inconsistente admitir dicha posibilidad cuando son contrarias al*

Derecho comunitario ¹⁸. Cuestión distinta es que, advertida la confrontación, *la Administración no debe permanecer indiferente sino promover los cambios oportunos encaminados a hacer desaparecer tales situaciones.*

No sería nada bueno para la legalidad y la seguridad jurídica que el control de adecuación se viera preterido por la interpretación.

5.2. La tributación de salida

En el pasado mes de noviembre la Comisión interpuso recurso ante el Tribunal de Justicia por entender que las normas del Impuesto sobre Sociedades relativas a la tributación de las plusvalías latentes por causa de traslado de domicilio [art. 17.1 a) TRIS] o de la transferencia de activos afectos a un establecimiento permanente [art. 17.1 b) TRIS] a otro Estado miembro infringen la libertad de establecimiento (C-2007/2382).

El Tribunal de Justicia ha tratado el asunto de la denominada *exit taxation* en las sentencias *Las-teryrie du Saillant* [C-9/02 (NFJ017164)] y *N* [C-470/04 (NFJ024030)]. A la vista de ambas la Comisión, mediante comunicación al Consejo y al Parlamento (COM (2006) 825 final), ha entendido que *gravar a los residentes en función del criterio de la realización y a los residentes que trasladan su domicilio en función del criterio de acumulación constituye un obstáculo para la libertad de movimientos.*

6. POLÍTICA FISCAL CONTRA LA CRISIS

En el Impuesto sobre Sociedades las medidas anticrisis han pivotado sobre las empresas de reducida dimensión y la libertad de amortización.

6.1. Empresas de reducida dimensión

6.1.1. Las ventajas fiscales de las empresas de reducida dimensión

La Ley 43/1995, de 27 de diciembre, al tiempo que podaba los incentivos fiscales con carácter general, abrió una espita a favor de las denominadas empresas de reducida dimensión, las cuales continuaron en el disfrute de importantes incentivos fiscales. Entre ellos no estaba inicialmente el tipo de gravamen especial, el cual fue incorporado posteriormente.

Tal vez la lógica rechace este tipo de segmentación de la imposición sobre los beneficios, pero el régimen de las empresas de reducida dimensión ha demostrado una gran vitalidad y exhibido la virtud de recoger todas las políticas fiscales vinculadas a la estimulación de la actividad económica,

¹⁸ Consejo de Estado. Inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español, pág. 239.

de eficacia nunca demostrada, pero inexorablemente convocadas por los políticos, sean del gobierno o de la oposición, concedores de su popularidad y menguado impacto recaudatorio. No es extraño que esté jugando un papel estelar en el contexto de las políticas fiscales asociadas a combatir la crisis económica.

Las empresas de reducida dimensión ya se vieron agraciadas por la ley de presupuestos para 2010 con la reducción de su tipo especial de gravamen a condición de mantener el empleo, si bien solamente pudieron disfrutar de este incentivo aquellas cuya cifra neta de negocios no excedía de 5 millones de euros y la plantilla media era inferior a 25 empleados. Esta reducción consistió en un descenso de 5 puntos porcentuales aplicable en los periodos impositivos iniciados en 2009, 2010 y 2011.

La ley de presupuestos para 2011 ha añadido nuevas ventajas, al tiempo que ha ampliado el círculo de las entidades agraciadas.

6.1.2. *Tres redacciones en el curso de un mes*

El proyecto de ley de presupuestos para 2011 contenía una medida para prolongar el disfrute de los incentivos fiscales a favor de las empresas de reducida dimensión que habían rebasado el umbral de cifra de negocios, establecido en 8 millones de euros, a cuyo efecto daba nueva redacción al artículo 108.4 del TRIS. Antes de que el referido proyecto de ley fuera aprobado, el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, elevó el umbral de cifra de negocios a 10 millones de euros, dando, a tal efecto, nueva redacción al artículo 108 del TRIS, pero 20 días después la ley de presupuestos para 2011, publicada en el BOE del día 23 de diciembre, lo volvió a situar en 8 millones de euros en relación con la prolongación del disfrute de los incentivos fiscales.

Había sucedido, probablemente, que la tramitación legislativa del proyecto de ley de presupuestos no permitió la aprobación de la enmienda pertinente para situar el umbral en 10 millones de euros¹⁹. La disposición final tercera del Real Decreto-Ley 14/2010, publicado en el BOE del día 24 de diciembre, volvió a redactar el artículo 108.4 del TRIS con la finalidad de situar el límite en 10 millones de euros.

Visto el asunto en la tranquilidad del comentarista es asequible intuir que no se debió regular mediante decreto-ley una materia que estaba en trámite de debate parlamentario, porque ello implicaba la dilución de ese debate, pero en las premuras de la acción política contra la crisis quizás no sea fácil encontrar la tranquilidad para controlar todos los resortes de la maquinaria de producción normativa.

6.1.3. *Ampliación de las ventajas fiscales para las empresas de reducida dimensión*

Sea como fuere, lo que ahora interesa es que, con efecto de los periodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2011, la resultante nueva redacción del artículo 108, y en relación con

¹⁹ FALCÓN Y TELLA, R.: «La Ley de Presupuestos para 2011 y el Real Decreto-Ley 14/2010. Empresas de reducida dimensión, supresión de Operaciones Societarias y elevación de los tipos aplicables al IRPF». (QF n.º 3, 2011).

la misma la también nueva redacción del artículo 114 del TRIS establecida por el Real Decreto-Ley 13/2010, contienen las siguientes medidas relativas al régimen de las empresas de reducida dimensión:

- El importe de la cifra neta de negocios pasa de 8 a 10 millones de euros.
- Se prolonga la aplicación de los incentivos fiscales de las empresas de reducida dimensión *en los tres periodos inmediatos y siguientes a aquel periodo impositivo en que la entidad o conjunto de entidades... alcancen la referida cifra de negocios de 10 millones de euros*. Esta extensión también se produce cuando el umbral se rebase como consecuencia de una operación acogida al Capítulo VIII del Título VII del TRIS, a condición de que las entidades involucradas en la operación hubieren cumplido *las condiciones para ser consideradas como de reducida dimensión tanto en el periodo impositivo en que se realice la operación como en los dos periodos impositivos anteriores a este último*.
- Se eleva de 120.202,41 euros a 300.000 el tramo de la base imponible que tributará al tipo especial reducido del 25 por 100. Por tanto, el tipo de gravamen no varía pero, a igualdad de condiciones, sí lo hará la deuda tributaria. Las empresas de reducida dimensión acogidas a la ley de presupuestos de 2010 continuarán aplicando, en relación con los periodos impositivos iniciados en 2009, 2010 y 2011, el tipo de gravamen previsto en la misma. No obstante, en los periodos impositivos iniciados dentro del año 2011, el tipo del 20 por 100 *se aplicará sobre la parte de base imponible comprendida entre 0 y 300.000 euros*, y por la parte de base imponible restante al 25 por 100.

6.2. Libertad de amortización

La Ley 4/2008 estableció la libertad de amortización, a condición de mantener el empleo, en relación con los activos puestos a disposición del obligado tributario en los periodos impositivos iniciados en 2009 y 2010. El Real Decreto-Ley 6/2010 amplió el beneficio fiscal a los periodos impositivos iniciados en 2011 y 2012. Pues bien, el Real Decreto-Ley 13/2010 establece una nueva libertad de amortización, esta vez no condicionada al mantenimiento del empleo, en relación con los periodos impositivos iniciados dentro de los años 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015. A tal efecto da nueva redacción a la disposición adicional undécima del TRIS.

6.2.1. La libertad de amortización en cuanto incentivo fiscal

La libertad de amortización ha sido recientemente propuesta por la administración norteamericana respecto de las inversiones realizadas entre el 8 de septiembre de 2010 (fecha en la que el presidente Obama la anunció) y el último día de 2011 ²⁰.

²⁰ *Department of Treasury. The Case for Temporary 100 percent expensing: Encouraging Business to expand now by lowering the cost of investment.*

El fundamento económico de la libertad de amortización es la disminución del coste de uso del capital, esperándose de ello un adelantamiento en el tiempo de las decisiones de inversión. Es, por tanto, consustancial al incentivo fiscal que se concentre en un reducido periodo de tiempo (*temporary basis*). Nuestra legislación, por el contrario, se proyecta sobre siete años (2009 a 2015). Esta singularidad desdice la función propia de este incentivo fiscal, y aumenta significativamente su impacto recaudatorio.

La lógica de la libertad de amortización es permitir, a efectos de la determinación de la base imponible, una corrección que disminuya el resultado contable en el importe del exceso de la amortización que libremente decida el obligado tributario respecto de la que contablemente procede, quedando así el impuesto diferido. Por tanto no es neutral frente a todo tipo de inversiones sino que discrimina a favor de los activos con vida útil más larga, como, por ejemplo, las inversiones inmobiliarias, en tanto que los de vida útil más corta apenas sí se ven beneficiados, como, por ejemplo, los programas y sistemas informáticos. Tampoco se ve beneficiado el activo más selecto, a saber, los gastos de investigación y desarrollo, pues ya venía disfrutando de libertad de amortización de carácter permanente (art. 11.4 del TRIS), amén de que su consideración como activo y no como gasto del ejercicio está supeditado a un conjunto de requisitos bastante riguroso (norma 6.^a del PGC).

En fin, estamos ante un incentivo fiscal decididamente no neutral y dudosamente conducente a una aceleración inmediata de las decisiones de inversión, del que serán beneficiarias principales las entidades que obtengan sustanciosos beneficios y realicen inversiones de larga duración, las cuales podrán financiarse mediante el propio Impuesto sobre Sociedades.

6.2.2. *El contenido de la libertad de amortización*

Intuitivamente se asocia la libertad de amortización con mayores deducciones a efectos fiscales respecto de las permitidas por las normas fiscales ordinarias relativas a la amortización (art. 11.1 TRIS y arts. 1 a 5 RIS). Esas normas regulan la base de cálculo de la amortización, el inicio de la misma, la vida útil y el algoritmo para determinar el importe de la cuota de amortización fiscal la cual no podrá rebasar la contable.

¿Implica la libertad de amortización que todas esas reglas quedan preteridas en relación con los activos afectados por la misma?

A la respuesta afirmativa lleva la amplitud de la expresión normativa: *amortizadas libremente*. Ahora bien, la libertad se proyecta respecto de una magnitud, esto es, la inversión realizada. Por tanto, respecto de la base de cálculo de la amortización no puede haber libertad. No se puede amortizar libremente lo que no es una inversión, y su importe tampoco se puede determinar libremente. Tampoco se puede amortizar libremente lo que todavía no es susceptible de ello, de manera tal que las normas concernientes al inicio de la amortización no están afectadas por la libertad de amortización. Y por la misma razón se podría argumentar que tampoco se puede amortizar lo que ya no es susceptible de ello por haber transcurrido la vida útil, de manera tal que las normas concernientes a la vida útil tampoco estarían afectadas por la libertad de amortización.

Por tanto, la libertad de amortización quedaría constreñida al algoritmo. Así, el obligado tributario podría rebasar la deducción derivada del mismo, e incluso deducir una cantidad mayor de la contabilizada, ya que la *deducción no está condicionada a su imputación contable en la cuenta de pérdidas y ganancias*. La contabilidad deberá, eso sí, reflejar el efecto fiscal de la libertad de amortización según lo previsto en la norma 13.^a del Plan General de Contabilidad (PGC). Cualquier otro reflejo contable de la libertad de amortización sería incorrecto, a diferencia de lo que, por ejemplo, ocurre en Francia respecto de la denominada amortización derogatoria donde el exceso sobre la amortización técnica se contabiliza a modo de provisión ²¹.

¿Podría el obligado tributario deducir una cantidad menor de la contabilizada en concepto de amortización? La libertad de amortización parece amparar esta conducta, pero sin que de ello se derive la pertinencia de amortizar, a efectos fiscales, más allá de la vida útil. Esta interpretación favorece a las empresas que sufren pérdidas ya que les permite desplazar la base imponible negativa hacia ejercicios futuros y, por lo tanto, estirar el plazo de compensación.

Ahora bien, la expresión *amortizadas libremente* también habilita una interpretación más amplia, alternativa de la anteriormente desplegada, en el sentido de que el obligado tributario podría, incluso, rebasar la vida útil de los activos concernidos, aunque siempre bajo la hipótesis de que los mismos continuasen en funcionamiento.

6.2.3. Características y requisitos

Las inversiones deben materializarse *en elementos nuevos del inmovilizado material y de las inversiones inmobiliarias afectos a actividades económicas*.

Se trata de conceptos que han de buscarse en las normas contables, señaladamente en el PGC. Lo que para el PGC sea un activo material será susceptible de libertad de amortización. En este sentido lo relevante no será la adquisición de la propiedad sino la susceptibilidad de incorporación al balance en calidad de inmovilizado material. Tampoco es relevante el título jurídico de adquisición. El más usual será la compraventa, pero también es posible la permuta, o la aportación, o la fusión, entre otros. En fin, tampoco es relevante la forma de pago o los medios financieros empleados.

Lo que sí es relevante es la fecha de puesta a disposición de los activos, que debe estar comprendida entre el día 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2015, con la salvedad, que más adelante se analiza, relativa a las inversiones de larga maduración.

Quedan fuera todos los activos integrados en el inmovilizado intangible, como son los relativos a la propiedad industrial, o los programas de ordenador, entre otros. No tiene fácil justificación la discriminación de este tipo de activos.

Los activos han de ser nuevos, lo que implica que entren en funcionamiento por vez primera.

²¹ SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A.: «Las amortizaciones lineal y degresiva en inmovilizados en la imposición societaria». En *Estudios sobre amortización de inmovilizados en la imposición societaria*, pág. 193.

6.2.4. *Inversiones de larga maduración*

Los activos nuevos que sean objeto de *contratos de ejecución de obras o proyectos de inversión cuyo periodo de ejecución*, que tengan una duración superior a dos años (fecha de encargo o inicio a fecha de puesta a disposición), también podrán disfrutar de la libertad de amortización en relación con la inversión en curso realizada dentro de los años 2011 a 2015, cualquiera que fuere la fecha de encargo o de puesta a disposición.

Se trata, por tanto, de una excepción a la regla de la fecha de puesta a disposición. Tal vez se pueda objetar que no es lógico conceder la libertad de amortización en relación con decisiones de inversión anteriores a la entrada en vigor de la norma que la establece, pero el legislador ha preferido evitar conflictos acudiendo a la *inversión en curso realizada*.

Ahora bien, esto no quiere decir que la inversión en curso pueda amortizarse libremente, ya que, ante todo, será preciso que el elemento encargado tenga la consideración de perteneciente al inmovilizado material, de manera tal que solo cuando adquiriera esa condición contable podrá aplicarse la libertad de amortización.

Las reglas relativas a las inversiones de larga maduración pueden parecer ambiguas en cuanto descansan en la obra ejecutada, esto es, una magnitud de la que, salvo certificaciones periódicas, solo tiene constancia quien la ejecuta, pero si se repara en las alternativas existentes, por ejemplo, la fecha del encargo, se llega a la conclusión de que el criterio adoptado es el más idóneo.

6.2.5. *Relación con la libertad de amortización del Real Decreto-Ley 6/2010*

Las inversiones de larga maduración encargadas antes de 1 de enero de 2011 también podrán acogerse a la libertad de amortización por la parte de inversión en curso realizada desde esa fecha hasta el 31 de diciembre de 2015. Por otra parte, aquella porción de inversión en curso realizada en 2009 y 2010 podrá acogerse al Real Decreto-Ley 6/2010, y así podría acontecer que un mismo elemento estuviese sujeto a la amortización ordinaria, la amortización libre del Real Decreto-Ley 6/2010, y la amortización libre del Real Decreto-Ley 13/2010.

En fin, los requisitos de mantenimiento de empleo previstos en el Real Decreto-Ley 6/2010 deberán cumplirse para consolidar la libertad de amortización, aun cuando se refieran a periodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2011.

7. SECUELAS DE LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE LAS OPERACIONES VINCULADAS

Estas secuelas versan sobre la obligación de documentación, y están reflejadas, básicamente, en las modificaciones relativas a la obligación de documentación establecidas por el Real Decreto 897/2010.

7.1. La apelación a la jurisprudencia comunitaria

La modificación del régimen de las operaciones vinculadas operada por la Ley 36/2006 fue seguida de vehementes protestas de las pequeñas y medianas empresas que se veían afectadas por un régimen fiscal al que hasta entonces, por regla general, eran ajenas, y desbordadas por la obligación de documentación inherente al mismo.

La autoridad fiscal se hizo pronto eco de ese malestar pues ya en la primera reglamentación de la documentación alivió tal obligación respecto de las empresas de reducida dimensión (art. 20.3 RIS redactado por el RD 1793/2008).

La desazón no cesó y la autoridad fiscal nuevamente intentó mitigarla mediante el Real Decreto-Ley 6/2010, el cual estableció nuevas facilidades en materia de documentación, y lo propio ha hecho el Real Decreto 897/2010, en cuya virtud el Gobierno ha dado cumplimiento al mandato que a sí mismo se dio en la disposición adicional única de aquel real decreto-ley a cuyo tenor, *a la vista de la jurisprudencia comunitaria y del derecho comparado, el Gobierno, en los tres meses siguientes a la entrada en vigor de este real decreto-ley, tramitará la modificación de la normativa tributaria que regula las obligaciones de documentación de las operaciones entre personas o entidades vinculadas, para reducir las cargas formales a cumplir por las empresas, atendiendo fundamentalmente a los siguientes factores: que se trate de operaciones internas (no internacionales), que intervengan pequeñas y medianas empresas, que su importe no sea muy significativo y que no intervengan paraísos fiscales.*

¿Infringía la jurisprudencia comunitaria la obligación de documentación tal y como fue regulada por la Ley 36/2006 y desarrollada por el Real Decreto 1793/2008?

No, en la medida en que no contenía discriminación alguna por razón de la situación –interna o internacional– en la que se realizaba la operación vinculada. Por otra parte, la regulación legal y reglamentaria respondían fielmente al Código de Conducta de la Unión Europea (2006) en materia de documentación de los precios de transferencia.

No obstante, el aspecto de la documentación que afectaba a la información del grupo tal vez podría entenderse inconciliable con la libertad de establecimiento en base a los criterios contenidos en *Futura*²². Sea como fuere, la rectificación de la obligación de documentación derivada del Real Decreto-Ley 6/2010 no ha tomado en consideración dicho aspecto.

¿Por qué, entonces, la convocatoria efectuada por el Real Decreto-Ley 6/2010 a la jurisprudencia comunitaria? En rigor era técnicamente superflua, y por tanto perturbadora pues, de una parte, no existía entuerto que corregir frente al ordenamiento comunitario (y el que tal vez pueda existir no se ha corregido), y de otra parte, era, y es, obvio que en el diseño de las normas fiscales debe respetarse el ordenamiento comunitario y su interpretación por el Tribunal de Justicia, pero en el ambiente cargado derivado de la modificación del artículo 16 del TRIS y su desarrollo reglamentario, la mencionada convocatoria tal vez jugó el papel de bálsamo para hacer llevadera la rectificación.

²² MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «Transfer Pricing and EU Law Following the ECJ Judgement in SGI: Some Thoughts on Cotroversial Issues». *Bulletin for International Taxation*. May 2010.

Lo que realmente acontecía era que la redacción original de la Ley 43/1995, al limitar la corrección de la base imponible por operaciones vinculadas al caso de perjuicio para la Hacienda Pública, proyectaba tal corrección básicamente sobre las operaciones internacionales, y ello permitió a las pequeñas y medianas empresas, cuyas operaciones eran mayoritariamente internas, campar al margen del régimen de las operaciones vinculadas, y a la inspección tributaria concentrar sus recursos y esfuerzos en las operaciones vinculadas internacionales, básicamente ejecutadas por los grandes grupos multinacionales, que eran, y son, las verdaderamente enjundiosas desde la perspectiva del riesgo y la recaudación fiscal.

Esta situación, en la que los grupos totalmente internos, por regla general, no estaban afectados por el régimen fiscal de las operaciones vinculadas mientras que los transfronterizos sí lo estaban, sí parecía dudosa frente a la libertad comunitaria de establecimiento, si bien podían intuirse argumentos para la justificación toda vez que la jurisprudencia comunitaria había venido apreciando, fundamentalmente a raíz de *Marks & Spencer*, que estaban justificadas las normas fiscales restrictivas de alguna libertad que descansaban en la protección del reparto equitativo de los ingresos fiscales entre los Estados miembros, y lo hacían de manera adecuada y proporcionada. La Sentencia *SGI* [C-311/08 (NFJ036705)], de 21 de enero de 2010, confirmó tal intuición²³, de manera tal que tanto el régimen de las operaciones vinculadas contenido en la redacción original de la Ley 43/1995 como el derivado de la Ley 36/2006 eran consistentes frente al ordenamiento y jurisprudencia comunitarios.

Podrá discutirse si era acertada la extensión incondicionada a las operaciones internas de un sistema normativo fundamentalmente pensado para regular las operaciones transfronterizas, pero, salvo el matiz mencionado, no había lugar a inquietudes respecto de la adecuación del régimen legal y reglamentario de la documentación al ordenamiento y jurisprudencia comunitarios, así como al Código de Conducta.

7.2. Organización de la obligación de documentación

La rectificación ordenada por el Real Decreto-Ley 6/2010 ha sido llevada a cabo por el Real Decreto 897/2010, de 9 de julio, y posteriormente remodelada por el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, el cual ha añadido un nuevo párrafo al artículo 16.2 del TRIS concerniente a las empresas de reducida dimensión, no para establecer una regulación distinta de la prevista en la norma reglamentaria, sino para recoger el nuevo umbral de la cifra de negocios, 10 millones de euros, determinante de la condición de empresa de reducida dimensión.

7.2.1. Excepciones a la obligación de documentación

Tras las modificaciones normativas mencionadas, la obligación de documentación queda sujeta a tres excepciones: general, subjetiva y limitativa.

²³ RAVENTÓS, S. y DE JUAN, J.L.: «Los precios de transferencia en el ámbito interno. Un disparate innecesario», *RCyT*. CEF, núm. 320, noviembre 2009.

La excepción general [art. 18.4 e) RIS] versa sobre las operaciones realizadas en el periodo impositivo con una misma persona o entidad cuyo importe conjunto no exceda de 250.000 euros de valor de mercado. Esta excepción aprovecha a todos los sujetos pasivos y a todas las operaciones, tanto internas como internacionales, excepto las expresamente excluidas (paraísos fiscales, excluidos los comunitarios bajo prueba de motivación económica y actividad empresarial; método de estimación objetiva; objeto constituido por negocios o valores no admitidos a negociación en mercados comunitarios o por inmuebles o intangibles).

En su conjunto el ámbito de la excepción es más bien limitado por cuanto quedan fuera de la misma las operaciones sobre inmuebles, valores y negocios.

La excepción subjetiva (art. 18.3 RIS) aprovecha a los sujetos pasivos cuyo importe neto de la cifra de negocios habida en el periodo impositivo sea inferior a 10 millones de euros, siempre que el importe de las operaciones vinculadas del periodo impositivo no exceda de 100.000 euros de valor de mercado. La excepción subjetiva solamente aprovecha a las empresas de reducida dimensión. No obstante, deberán documentarse las operaciones con paraísos fiscales, excluidos los comunitarios bajo prueba de motivación económica y actividad empresarial. El inconveniente de esta excepción es el propio del error de salto pues un solo euro por encima de las cifras mencionadas daría al traste con la excepción a la obligación de documentación, y así como las operaciones vinculadas en cierto modo dependen de la voluntad del obligado tributario, la cifra de operaciones escapa a su control o ejercitarlo contradice la racionalidad empresarial. En este sentido el concepto de cifra de negocios es muy relevante, debiendo estarse a la norma 11.ª de la NECA.

La excepción limitativa (art. 20.3 RIS) aprovecha a todos los sujetos pasivos, cuando en la operación interviene una empresa de reducida dimensión o una persona física, exceptuadas las realizadas con paraísos fiscales. Se construye aligerando el contenido de la obligación, pero no suprimiéndola, tomando en consideración su naturaleza, objeto o circunstancias. La excepción limitativa no operará cuando no proceda la obligación de documentación por mediar la excepción general o la subjetiva.

7.2.2. *La documentación relativa a las transmisiones de negocios o valores*

Es interesante señalar que, en relación con las operaciones en las que intervenga una persona física o una empresa de reducida dimensión, cuando se trate de la *transmisión de negocios o valores o participaciones representativas de la participación en fondos propios no admitidos a negociación en alguno de los mercados regulados de valores definidos en la Directiva 2004/39/CE, la obligación de documentación se limita a dar cuenta de las magnitudes, porcentajes, ratios, tipos de interés aplicables a los descuentos de flujos, expectativas y demás valores empleados en la determinación del valor.*

Así pues, el aligeramiento de la obligación de documentación, tratándose de negocios y valores no cotizados, consiste en la aplicación del método del descuento de flujos de efectivo mencionado pero no regulado en el apartado 6.º del Marco conceptual del PGC.

El precepto reglamentario parcialmente transcrito, el cual, obsérvese bien, juega el papel de aligerar la obligación de documentación, suscita una cuestión relevante: ¿cuál es el fundamento legal

del método del descuento de flujos de efectivo? Difícilmente puede ser subsumido en alguno de los previstos en el artículo 16.4 del TRIS.

Véase, entonces, que el único fundamento normativo explícito del método del descuento de flujos de efectivo es una mención en una norma reglamentaria dirigida a limitar el contenido de la obligación de documentación cuando intervienen en la operación personas físicas o empresas de reducida dimensión. Y, sin embargo, es el único método que, razonablemente, puede aplicarse tratándose de valores no cotizados o negocios. La fuerza de las cosas se impone al vacío legal, y seguramente de manera pacífica, pero lo pertinente es el concurso, también, de la fuerza de la ley.

7.3. Constitucionalidad del régimen de infracciones y sanciones establecido por la Ley 36/2006

El artículo 16.2 del TRIS establece la obligación de llevar la *documentación que se establezca reglamentariamente*, y el apartado 10 de dicho artículo construye un sistema de infracciones y sanciones basado en el incumplimiento de dicha obligación.

El Auto del Tribunal Supremo, de 8 de febrero de 2011 (NFJ041856), razona que *no ya solo desde una perspectiva de buena técnica legislativa, sino sobre todo, de observancia del principio constitucional de legalidad sancionadora, quizás debería el legislador haber establecido, al menos, unos criterios delimitadores, que luego hubieran sido desarrollados por el RIS, a la hora de determinar cuáles documentos podrían tener el carácter de esenciales de cara a una ulterior tipificación de las conductas sancionadoras. Consecuentemente plantea una cuestión de inconstitucionalidad de los apartados 2 y 10 del artículo 16 del TRLIS 4/2004 por su inadecuación con el artículo 25.1 de la Constitución.*

En suma, el Tribunal Supremo plantea la posible infracción del principio de legalidad en el campo de las infracciones administrativas.

Lo prudente es acometer, tan pronto como sea posible, una reforma del apartado 2 del artículo 16 del TRIS en el sentido sugerido por el Tribunal Supremo.

La modificación del artículo 16 del TRIS efectuada por la Ley 36/2006, y sus secuencias normativas y derivaciones sociales, ofrece una buena oportunidad para reflexionar, aunque sea por exclusión o defecto, respecto de las vías para mejorar la metodología aplicada en la elaboración de las normas fiscales ²⁴.

8. DEFINICIÓN DEL GRUPO FISCAL

La disposición final tercera de la Ley 2/2010 ha añadido una nueva letra al apartado 4 del artículo 67 del TRIS, con el objeto de excluir del grupo fiscal a *las sociedades dependientes cuyo ejer-*

²⁴ MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «Legalidad, procedimiento legislativo y calidad de las normas tributarias: aportaciones de Derecho comparado». *Jornadas metodológicas J. García Añoveros* (IEF, junio 2009).

cicio social, determinado por imperativo legal, no pueda adaptarse al de la sociedad dominante, y también ha modificado el porcentaje de participación a efectos de la consolidación fiscal, rebajándolo al 70 por 100 del capital social si se trata de sociedades cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado regulado [art. 67.2 b) TRIS]. Consecuentemente también se ha modificado el artículo 69, con la misma finalidad.

9. DEDUCCIÓN PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN DE DIVIDENDOS

La disposición adicional quincuagésima octava de la ley de presupuestos para 2011 ha añadido un párrafo al artículo 30.2 del TRIS, en cuya virtud la deducción plena también procede cuando el porcentaje de participación ha descendido por debajo del 5 por 100 hasta un mínimo del 3 por 100 *como consecuencia de que la entidad participada haya realizado una operación acogida al régimen fiscal especial establecido en el Capítulo VIII del Título VII de esta ley o una operación en el ámbito de ofertas públicas de adquisición de valores.*

La disposición final primera de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, ya había modificado este precepto, también con efectos para los periodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2011, con un contenido idéntico, excepto por lo que se refiere al ámbito de las ofertas públicas.

Cualquiera de las operaciones acogidas al Capítulo VIII del Título VII del TRIS realizadas por la entidad participada en calidad de adquirente puede determinar un descenso en el porcentaje de participación de sus socios, ya que implica la emisión de instrumentos de patrimonio. Y lo propio sucede en relación con las ofertas públicas de adquisición cuando la contraprestación consiste en instrumentos de patrimonio propios.

Puede acontecer que el porcentaje de participación decrezca por el efecto combinado de las operaciones mencionadas con otra u otras de transmisión, anteriores o posteriores, todas ellas realizadas en el mismo periodo impositivo. A este supuesto parece que se refiere el inciso *sin haberse transmitido la participación*, cuya interpretación literal determinaría la pérdida de la deducción plena.

Sin embargo, lo más correcto sería escindir los efectos de ambas operaciones sobre el porcentaje de participación, de manera tal que solamente cuando la transmisión por sí sola hubiere determinado la pérdida del 5 por 100 de participación se perdería el derecho a la deducción plena.

La deducción plena se aplica respecto de los *dividendos distribuidos dentro del plazo de tres años desde la realización de la operación.*

Algunas de las operaciones del Capítulo VIII del Título VII deben ser inscritas en el Registro Mercantil, otras no. Las primeras deben entenderse realizadas a raíz de la inscripción, las segundas cuando se adopten válidamente los acuerdos pertinentes, y por lo que se refiere a la fecha de distribución de los dividendos parece que habrá de atenderse al momento en que se pongan al cobro.

En todos y cada uno de esos ejercicios la deducción plena está supeditada a que *la participación no se transmita totalmente... o esta quede por debajo del porcentaje mínimo exigido del 3 por 100.*

Se infiere de este texto que una transmisión parcial de la participación no inhabilita la deducción plena siempre que se mantenga el porcentaje mínimo del 3 por 100, se opina que de manera ininterrumpida, con fundamento en una visión conjunta de los dos párrafos del apartado 2 del artículo 30 del TRIS. Y con el mismo fundamento se opina que habrá de cumplirse el requisito de mantenimiento *durante el tiempo que sea necesario para completar el año*, contándose como día inicial aquel en el que se alcanzó el porcentaje de participación del 5 por 100.

10. RÉGIMEN FISCAL DE LOS PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

El artículo 7 del Real Decreto-Ley 11/2011, de 9 de julio, aplica el régimen de diferimiento respecto de las rentas derivadas de las siguientes transmisiones:

- Las realizadas para la constitución y ampliación de un sistema institucional de protección del artículo 8.3 d) de la Ley 23/1985.
- Las realizadas en procesos de reestructuración de entidades de crédito con intervención del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria del artículo 7 del Real Decreto-Ley 9/2009.

El diferimiento implica la valoración, a efectos fiscales, en sede de la entidad adquirente de los activos afectados por el valor que tenían, a esos mismos efectos, en sede de la entidad transmitente.

11. SUBCAPITALIZACIÓN

El Consejo Ecofin de junio de 2010, celebrado bajo presidencia española el 8 de junio de 2010, adoptó una resolución concerniente a la configuración de las normas antisubcapitalización y sobre transparencia fiscal internacional. La resolución proponía tres indicadores de la situación de subcapitalización:

- Que el nivel de deuda respecto de los fondos propios sea excesivo.
- Que el importe de los intereses rebase un porcentaje de beneficios antes de los intereses e impuestos o de los beneficios antes de los intereses, impuestos, amortización y deterioro.
- La comparación entre el porcentaje de fondos propios de la entidad con el del grupo de empresas al que pertenece.

Lo relevante de los dos primeros indicadores es que no versan sobre la financiación vinculada. Configuran una situación objetiva de subcapitalización. Esto podría entrar en conflicto con el principio, básico en las relaciones fiscales internacionales, de empresa separada y libre concurrencia en los términos precisados por la doctrina de la OCDE. El choque podría salvarse dando al obligado tributario el derecho de probar que su situación financiera es congruente con el mercado financiero. Y esta es, en rigor, la función que cumple el tercer indicador, cuando opera conjuntamente con uno de los dos primeros.

El tercero no es sino una variante de la distribución de un coste entre las empresas que constituyen un grupo. Se parte de que la carga financiera que soporta el grupo de empresas (necesariamente frente a terceros) ha de distribuirse de manera equitativa entre las empresas que lo forman. Esta sí es la lógica de las operaciones vinculadas por cuanto se asienta en la relación de vinculación más intensa, a saber, la constituida por la realidad del grupo de empresas.

Si los tres indicadores se contemplan armónicamente, se puede percibir que configuran una imagen de la norma antisubcapitalización construida en base a dos elementos:

- La definición objetiva de una situación de subcapitalización.
- La posibilidad de superar tal situación mediante la comparación con la estructura financiera del grupo. Se trata, bien se ve, de una comparación objetiva pero asida al principio de libre concurrencia.

A esta configuración responden las normas antisubcapitalización vigentes en Francia, Holanda y Alemania, si bien el primer elemento no descansa en los mismos parámetros, pero sí lo hace el segundo que es el verdaderamente relevante.

La norma antisubcapitalización del artículo 20 del TRIS responde a otra filosofía, aun cuando también se inscribe en el contexto de las operaciones vinculadas. Su efectividad es muy baja y, además, no se aplica en relación con las entidades constituidas en algún Estado miembro de la Unión Europea.

Un nutrido conjunto de resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central ²⁵ nos informa de que la Administración tributaria ha considerado fraudulentas operaciones financieras consistentes, básicamente, en la adquisición de carteras de valores internas a otra entidad del grupo mediante la emisión de pasivos financieros.

El supuesto de hecho de las operaciones aludidas permite inferir otros supuestos de hecho igualmente perjudiciales para la correcta tributación de los beneficios. No es preciso insistir en ellos pues basta con cambiar la cartera de valores interna por cualquier otro activo, señaladamente una cartera de valores externa con derecho a exención de dividendos y plusvalías, mediando una emisión de pasivos financieros que deje subcapitalizada a la empresa adquirente por relación al grupo de empresas al que pertenece. Tal vez estos supuestos también quepan bajo el ámbito de aplicación de las normas antiabuso de carácter general, o tal vez no.

²⁵ Resoluciones, entre otras, de 25/06/09, 8/10/09, 16/06/10 y 14/07/10.

En cualquier caso lo cierto es que la doctrina española²⁶ se ha venido pronunciando sistemáticamente por la necesidad de modificar la norma antisubcapitalización, que ese ha sido el camino seguido por los países de nuestro entorno en la última década²⁷ y, en fin, el iluminado por la resolución del Ecofin, no se olvide, bajo presidencia española, tras del cual late la necesidad de armonizar una materia tan delicada como la relativa a las consecuencias fiscales de la estructura financiera de los grupos multinacionales con presencia europea²⁸.

¿Resuelve la base imponible común consolidada europea la cuestión de la subcapitalización? Sí en el ámbito de las entidades comprendidas en el grupo europeo, pero no en el del grupo total en cuanto el mismo rebase el ámbito europeo, y de aquí que en el texto propuesto se contemple una norma antisubcapitalización.

Lo curioso es que esta norma antisubcapitalización no sigue los criterios de la resolución del Ecofin de junio de 2010 pues pivota sobre la fiscalidad reducida de la entidad preceptora de los intereses²⁹.

Todo lo anterior sugiere que las circunstancias para inscribir en la agenda de la autoridad fiscal³⁰ la modificación del artículo 20 del TRIS están maduras, y que también lo está la línea a seguir, esto es, la constituida por la integración armónica de los tres indicadores de subcapitalización recogidos en la resolución del Ecofin de junio de 2010.

²⁶ PALAO TABOADA, C.: «La subcapitalización» (capítulo 22 de la obra colectiva *Fiscalidad Internacional* dirigida por Fernando SERRANO ANTÓN. CARBAJO VASCO, D.: «Un apunte sobre la incidencia de la nueva edición de la guía de precios de transferencia en el tratamiento de las operaciones vinculadas en España». *Crónica Tributaria* 9/2010. CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «La regulación española de la subcapitalización» (capítulo 11 de la obra colectiva *Fiscalidad de las operaciones vinculadas*, dirigida por Néstor CARMONA FERNÁNDEZ). CENCERRADO MILLÁN, E.: «La subcapitalización» (capítulo 16 de la obra colectiva *Fiscalidad de los precios de transferencia*, dirigida por CORDÓN EZQUERRO, T). CORDÓN EZQUERRO, T. y GUTIÉRREZ LOUSA, M.: «Las cláusulas antielusión en el Impuesto sobre Sociedades. La subcapitalización» (capítulo IV.6 de la obra colectiva *La lucha contra el fraude fiscal. Estrategias nacionales y comunitarias*, dirigida por COLLADO YURRITA, M.A. FALCÓN Y TELLA, R.: *Quincena Fiscal*, diciembre 2009. MARÍN BENÍTEZ, G.: «Deber de contribuir, principio de legalidad y planificación fiscal. A propósito de la doctrina del TEAC sobre adquisiciones intra-grupo apalancadas», *RCyT*. CEF, núm. 327, junio 2010.

²⁷ Francia, Alemania, Holanda e Italia, entre otros, así lo han hecho. Fuente. *European Tax Handbook*.

²⁸ STORK, A.: *The Financing of Multinational Companies and Taxes: An Overview of the Issues and Suggestions for Solutions and Improvements*.

²⁹ Artículo 81. Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del Impuesto sobre Sociedades.

³⁰ BACHRACH, P. y BARATZ, M.S.: «Decisions and Nondecisions: An Analytical Framework». *American Political Science Review*.