

MODIFICACIONES NORMATIVAS 2009. IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

EDUARDO SANZ GADEA

Licenciado en Derecho y Ciencias Económicas

Extracto:

LA presente colaboración versa sobre las modificaciones habidas en 2009 en el Impuesto sobre Sociedades, pero también se analizan ciertos aspectos de la tributación de las rentas del capital en el IRPF en la medida en que guardan relación con el Impuesto sobre Sociedades. En este sentido son traídas a colación la Ley 3/2009, la Ley 11/2009 y la Ley de Presupuestos para 2010.

Pero hay otros boletines que también conciernen, aunque sea de manera indirecta, al Impuesto sobre Sociedades. Así, se examina brevemente la Decisión de la Comisión de la Unión Europea de 8 de julio de 2009, relativa a la aprobación del régimen holandés *group interest box*, cuya implementación podría suponer un acicate para las operaciones financieras intra grupo con finalidad fiscal.

Palabras clave: Impuesto sobre Sociedades, novedades normativas y 2009.

LEGISLATIVE AMENDMENTS 2009. CORPORATE INCOME TAX

EDUARDO SANZ GADEA

Licenciado en Derecho y Ciencias Económicas

Abstract:

THIS paper focuses on the amendments introduced in 2009 to the Spanish Corporate Income Tax, as well as on certain aspects of the capital income taxation in the Spanish Personal Income Tax insofar as they are related to the Spanish Corporate Income Tax. The Spanish Acts 2009-3 and 2009-11, as well as the Spanish 2009 Budget Act are brought up to this respect.

But there are other Official Journals also related, even though indirectly, to the Spanish Corporate Income Tax. Thus, the paper briefly surveys the European Commission Decision of 8 July 2009 on the Dutch «Group Interest Box», whose implementation could encourage tax-oriented intra-group financial operations.

Keywords: Spanish Corporate Tax, legal innovations and 2009.

Sumario

1. Introducción.
2. Ley 11/2009, de 26 de octubre.
 - 2.1. La nueva redacción del artículo 12.3 del TRIS.
 - 2.2. Las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario.
 - 2.3. Tipo de gravamen de las instituciones de inversión colectiva inmobiliaria.
 - 2.4. Consolidación fiscal.
 - 2.5. Arrendamiento financiero.
 - 2.6. Renta del ahorro.
3. La Ley de Presupuestos para 2010.
 - 3.1. Tipo de gravamen reducido por mantenimiento o creación de empleo.
 - 3.2. Porcentaje de retención o ingreso a cuenta.
 - 3.3. Tipo de gravamen de la SOCIMI.
 - 3.4. Pago fraccionado.
4. La Ley 3/2009.
 - 4.1. Modificaciones estructurales de nuevo cuño.
 - 4.2. Ordenación de las modificaciones estructurales frente al régimen fiscal.
5. Decisión de la Comisión de 8 de julio de 2009.

NOTA: Dolores LINARES SÁEZ ha tenido la amabilidad de leer el texto y formular valiosas observaciones. Los errores, técnicos y de concepto, que el mismo pudiera contener son de la exclusiva responsabilidad del autor.

*...donde todo está ordenado por leyes sencillas, allí la virtud
recibe su paga merecida y reina una igualdad...*

TOMÁS MORO. *Utopía*, pág. 73.

1. INTRODUCCIÓN

Desde 2006 el Impuesto sobre Sociedades está en permanente ebullición normativa.

La Ley 35/2006 introdujo importantes modificaciones al hilo de la reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), en su conjunto expresivas de una filosofía de desconfianza en los incentivos fiscales y de la necesidad de rebajar el tipo de gravamen en sintonía con los países de nuestro entorno.

La Ley 36/2006 dio nueva redacción al artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRIS), concerniente al régimen de las operaciones vinculadas para, de una parte, incorporar los últimos criterios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), y de otra ubicar la responsabilidad de la realización de los ajustes en sede de los contribuyentes, incluso respecto de las operaciones puramente internas, tal vez bajo el temor de que la normativa modificada infringiera la normativa comunitaria en la medida en que su efectividad práctica se centraba prioritariamente en las operaciones transfronterizas, temor que, finalmente, se ha demostrado infundado a tenor de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *SGI* (C-311/08) ¹.

La reforma contable ha motivado respuestas de adaptación del TRIS que se han desplegado en la Ley 16/2007 y en la Ley 4/2008, básicamente, pero también en la Ley 11/2009, la cual redondea el régimen fiscal del deterioro de las inversiones financieras significativas.

La Ley 3/2009, relativa a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, aunque desprovista de contenido fiscal, plantea algunas interrogantes en relación con el régimen fiscal de las operaciones de fusión y asimiladas del Capítulo VIII del Título VII del TRIS.

¹ RAVENTÓS CALVO, S. «Los precios de transferencia en el ámbito interno. Un disparate innecesario». *RCyT*. CEF, núm. 320, noviembre de 2009.

La Ley 11/2009, en el contexto de la respuesta fiscal a la crisis económica, incorpora a su nutrido elenco de regímenes fiscales especiales el de las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario (SOCIMI).

Finalmente, la Ley 23/2009, de Presupuestos Generales del Estado, además de establecer las normas oportunas en relación con la corrección monetaria y el pago fraccionado, establece un tipo especial reducido para las empresas de reducida dimensión vinculado al mantenimiento o la creación de empleo.

En la presente colaboración se examinarán las normas publicadas en 2009.

2. LEY 11/2009, DE 26 DE OCTUBRE

El objetivo de esta ley es regular el régimen mercantil y fiscal de las SOCIMI, y a ello consagra la totalidad de su articulado. Pero, como ya viene siendo usual, un enjambre de disposiciones finales abordan los más variados temas y, entre ellos, algunos se refieren al Impuesto sobre Sociedades. Son éstos los siguientes:

- Nueva redacción del párrafo cuarto del artículo 12.3 del TRIS (disp. final primera.uno), concerniente al régimen fiscal del deterioro de instrumentos financieros.
- Nueva redacción de los artículos 67.2 b) y 69 del TRIS, concernientes a la determinación del dominio en el régimen de los grupos fiscales (disp. final primera.cuatro y cinco).
- Modificación temporal del régimen fiscal del arrendamiento financiero (disp. final primera.seis).
- Modificaciones de los artículos 27 y 28.5 c) del TRIS, relacionadas con el régimen de las sociedades de inversión inmobiliaria (disp. final primera.dos y tres).
- Nueva redacción del artículo 46 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, relativo a la renta del ahorro en el IRPF (disp. final séptima). Este precepto no regula el Impuesto sobre Sociedades sino el IRPF, pero se trae a colación porque es expresivo de la relación entre ambos tributos.

De acuerdo con lo establecido en la disposición final duodécima lo previsto en la Ley 11/2009 entra en vigor *el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, siendo de aplicación a los periodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2009*, pero la nueva redacción del artículo 12.3 del TRIS se aplica *a los periodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2008*, y aquéllas de los artículos 67.2 b) y 69 *serán de aplicación a los periodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2010*.

En los textos normativos transcritos encontramos un muestrario de los distintos tipos de retroactividad. En relación con el artículo 12.3 la retroactividad es fuerte porque la nueva redacción se

aplicará a los hechos impositivos realizados y a las obligaciones tributarias nacidas y declaradas antes de la entrada en vigor de la Ley 11/2009. Por lo que se refiere a los artículos 67.2 b) y 69 la irretroactividad es plena. Finalmente, respecto de los restantes supuestos, tratándose de hechos impositivos asistidos de un periodo impositivo anual, la retroactividad es débil porque tales hechos impositivos estaban en curso de formación en el momento de la entrada en vigor de la Ley 11/2009.

Desde luego el principio de seguridad jurídica se compadece mal con la retroactividad fuerte, pero de ello no se sigue la inmediata inconstitucionalidad. Sabido es que la Constitución no establece una prohibición expresa respecto de la retroactividad de las normas fiscales, pero también que la sentencia del Tribunal Constitucional 126/1987, de 16 de julio, afirma que *las normas tributarias retroactivas pueden estimarse constitucionalmente ilegítimas cuando atentan a tal principio (seguridad jurídica) y a la confianza legítima de los ciudadanos... En este contexto, el grado de retroactividad de la norma cuestionada, así como las circunstancias que concurran en cada caso, se convierten en elemento clave... En el primer supuesto –retroactividad auténtica–, la prohibición de retroactividad operaría plenamente y sólo exigencias cuantificadas de bien común podrían imponerse excepcionalmente...*

Véase, entonces, que la constitucionalidad de la aplicación retroactiva del nuevo inciso del artículo 12.3 del TRIS pende de su contribución al bien común, cuya apreciación ha efectuado el legislador y ningún sujeto pasivo combatirá pues en la hipotética victoria sacrificaría su interés particular.

2.1. La nueva redacción del artículo 12.3 del TRIS.

En el párrafo cuarto del artículo 12.3 se ha añadido el siguiente inciso: *A efectos de aplicar esta deducción, el importe de los fondos propios de la entidad participada se reducirán o aumentarán, por el importe de las deducciones y los ajustes positivos, respectivamente, que esta última entidad haya practicado por aplicación de lo establecido en este apartado correspondientes a las participaciones tenidas en otras entidades del grupo, multigrupo y asociadas.*

En virtud de este párrafo cuando la entidad participada practique un ajuste amparado en lo previsto en el propio párrafo cuarto del artículo 12.3 dicho ajuste será tomado en consideración por la entidad participante para determinar el importe de la partida fiscalmente deducible.

El párrafo está lleno de buen sentido, ya que permite que la partida fiscalmente deducible refleje la situación patrimonial y fiscal no sólo de la entidad directamente participada sino de las entidades participadas por la misma.

Añádase a esto que también sirve para mantener una posición equilibrada en relación con la regulación precedente a la modificación operada en el artículo 12.3 del TRIS por la Ley 4/2008, mediante la introducción de la denominada partida fiscalmente deducible, puesto que el deterioro contabilizado por la entidad participada respecto de una entidad del grupo, multigrupo o asociada había devenido fiscalmente no deducible toda vez que la doctrina administrativa ha considerado que, en relación con tales participaciones, sólo cabe el régimen de la citada partida sin que el deterioro

contable tenga trascendencia. Así, el cómputo de la partida fiscalmente deducible liquidada por la entidad participada ocupa el lugar que deja el deterioro contable.

Tal vez hubiera podido llegarse a esta conclusión a través de la interpretación de la norma tal y como quedó redactada por la Ley 4/2008, pero el poder ejecutivo, en el ejercicio de la iniciativa legislativa, ha preferido no crear dudas respecto del escrupuloso cumplimiento del principio de reserva de ley en materia tributaria.

Véase, por tanto, que la reforma está llena de buen sentido, de manera tal que las críticas que pudieran derivarse de la pluralidad de redacciones sufridas por el artículo 12.3 (Ley 16/2007, Ley 4/2008, Ley 11/2009) hallan un contrapeso no menguado en la finalidad de la nueva norma y en el respeto al principio de reserva de ley en materia tributaria.

Varias cuestiones se plantean:

- ¿Están comprendidas todas las entidades de la cadena de participación?
- ¿Están comprendidas las entidades participadas no residentes en territorio español?
- ¿Qué incidencia tienen las operaciones internas?
- ¿Qué incidencia tienen las estructuras financieras anómalas?
- ¿Qué incidencia tienen las operaciones realizadas por valores distintos a los de mercado entre entidades del grupo?
- ¿Cómo se inserta la nueva norma en el contexto de la fiscalidad internacional?
- ¿Cabe enfocar la cuestión de la compensación de pérdidas derivadas de una inversión financiera de manera diferente?

2.1.1. Cadena de participación.

La norma nueva establece un mandato que versa sobre la forma en como la entidad participante debe calcular la partida fiscalmente deducible en atención a un hecho habido en la entidad participada: el cálculo que ésta efectúa de la partida fiscalmente deducible. A su vez, la entidad participada está afectada por el mismo mandato en relación con sus participadas, y así sucesivamente. De esta manera, al menos en un plano abstracto, el importe de la partida fiscalmente deducible en sede de la entidad que es cabecera de la cadena de participación puede sufrir el influjo del cálculo de tantas partidas fiscalmente deducibles como entidades existan en la cadena.

Frente a esta interpretación también cabe otra, consistente en limitar la aplicación de la nueva norma al primer eslabón de la cadena. Y una tercera, en cierta medida intermedia, cuyo contenido consiste en llegar hasta el eslabón respecto del que la entidad de cabecera ostenta una posición determinante de la relación de dependencia, multigrupo o asociación.

Con todo, la interpretación más amplia parece tener mayor fundamento puesto que si todas y cada una de las entidades de la cadena cumplen con la nueva norma necesariamente todas y cada una de las partidas fiscalmente deducibles se ven afectadas por la partida fiscalmente deducible del eslabón inmediatamente anterior.

Pero de ahí no se sigue una mayor complejidad para cada entidad de la cadena. En efecto, cada entidad habrá de tomar únicamente en consideración la partida fiscalmente deducible de la entidad inmediatamente anterior. Por tanto, la responsabilidad de cada entidad se limita, en principio, a tomar nota del importe de la partida fiscalmente deducible liquidada por la entidad inmediata anterior. No es responsable, en consecuencia, del cálculo erróneo realizado por la entidad participada, ni mucho menos del cálculo erróneo efectuado por otra u otras entidades de la cadena, por más que estos errores necesariamente perturben el correcto importe de la partida fiscalmente deducible que aplique en su declaración. Véase que estamos ante una suerte de fichas de dominó. Si una de ellas falla todas las demás se claudican, pero la entidad no es responsable del fallo ni conoce la claudicación.

La norma nada establece respecto de la responsabilidad que incumbe a la entidad más allá de tomar en consideración el importe de la partida fiscalmente deducible. Extender su responsabilidad al cálculo correcto de la misma no parece posible. Ciertamente si la entidad cabecera y todas las de la cadena de participación pertenecen al mismo grupo de consolidación en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio aquélla tendría sobrados medios para conocer el fallo y la claudicación, y, por lo tanto, estar afectada por la responsabilidad correspondiente. Ahora bien, la norma no se basa en la metodología de la consolidación, y, consecuentemente, no parece adecuado extraer conclusiones que serían válidas en el contexto de la misma. En esta cuestión se profundizará más adelante.

Distinta es la posición de la inspección de los tributos. Ella sí puede conocer el fallo y la claudicación, y, por lo tanto, deberá proponer la regularización consecuente. En efecto, la inspección de los tributos puede reconstruir todas las partidas fiscalmente deducibles a lo largo de la cadena de participación y proyectar los efectos de la misma sobre cualquier entidad de la cadena, también, obviamente, respecto de la entidad cabecera.

Nótese que, en el contexto de la interpretación más amplia, la cadena de participación no se delimita en función de la existencia de una entidad dominante. La cadena de participación se delimita eslabón a eslabón en razón a la concurrencia en la participación de la cualidad de determinar una relación de dependencia, multigrupo y asociación.

Ciertamente, si todos los eslabones de la cadena configuran relaciones de dependencia existirá una entidad dominante en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, pero no sucederá así cuando concurren configuraciones de multigrupo o asociación. En fin, la cadena de participación puede ofrecer una representación lineal o ramificada, e incluso no pueden descartarse las de carácter circular.

Para dar cumplimiento al nuevo mandato la entidad participada debería poner en conocimiento de la entidad participante el importe de la partida fiscalmente deducible o el importe del ajuste positivo relacionado con una partida fiscalmente deducible de un periodo o periodos impositivos anteriores, y, además, hacerlo en un tiempo hábil, esto es, antes de que venza el plazo de declaración.

La norma no establece previsión alguna en tal sentido, pero si no se hace así será de imposible cumplimiento. Adviértase que, a diferencia de la regulación primitiva del artículo 12.3, a la entidad participante ya no le basta con conocer los balances de la entidad participada sino que debe conocer también el importe de la partida fiscalmente deducible o del ajuste positivo.

Cuando media una cadena de participación tal vez no sea posible que la entidad participante llegue a conocer en tiempo hábil el importe correcto de la partida fiscalmente deducible o del ajuste positivo. En este caso podría explorarse la posibilidad de acudir al remedio extraordinario de la rectificación de la autoliquidación (art. 120.3 LGT) o de la declaración complementaria (art. 122 LGT).

2.1.2. Entidades no residentes en territorio español.

La nueva norma no contempla expresamente el caso en que la entidad participada reside en el extranjero. Y este caso no es infrecuente. Nótese que el régimen de la entidad de tenencia de valores extranjeros precisamente se fundamenta en la participación significativa sobre entidades no residentes en territorio español.

Puesto que la entidad participada no residente en territorio español es ajena al régimen de la partida fiscalmente deducible, esto es, no practica *deducciones* ni *ajustes positivos... correspondientes a las participaciones tenidas en otras entidades del grupo, multigrupo y asociadas*, no parece que la entidad participante pueda tomar en consideración una magnitud que no existe. En consecuencia, en relación con la entidad participada extranjera, aunque cabe la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3, párrafo cuarto, la impresión inmediata es que no podrá tomarse en consideración para su determinación la partida fiscalmente deducible imputable a dicha entidad pues, sencillamente, dicha partida no existe. Más adelante se verá que esta primera impresión es errónea, pero tal vez no sea superfluo en orden a la más exacta comprensión del precepto exponer las vías que llevan a la confusión y aquellas otras que, felizmente, la han superado.

En efecto, la primera impresión, de ser correcta, determinaría un régimen desigual según que la entidad participada resida o no en territorio español, lo que aboca a una reflexión de compatibilidad con el principio de no discriminación en el campo de los convenios bilaterales y en el del ordenamiento comunitario.

La cuestión no es sencilla. A primera vista se atisba la discriminación o la restricción a la libertad de establecimiento, pero la indagación sobre las posibles causas de justificación ya no es tan sencilla. Dejémosla pospuesta al análisis que en un epígrafe posterior se efectúa respecto de las sentencias del Tribunal de Justicia en materia de compensación transfronteriza de pérdidas.

Con independencia del resultado de dicho análisis lo que sí parece claro es que del literal de la nueva norma se desprende que la misma habría podido empeorar la posición de la participación sobre una entidad no residente respecto de la existente antes de la nueva redacción del artículo 12.3 efectuada por la Ley 4/2008. En efecto, antes de su entrada en vigor el deterioro de la participación mantenida por una entidad participada no residente en territorio español podía motivar un descenso

de su valor teórico que habilitaba la deducción del deterioro sufrido por la entidad participante residente en territorio español. Después de su entrada en vigor el deterioro contabilizado por la entidad no residente en territorio español no es un gasto fiscalmente deducible, ya que el gasto fiscalmente deducible se constriñe a la partida fiscalmente deducible, de manera tal que la disminución de fondos propios se verá neutralizada por la no deducción del deterioro.

De ser acertada la interpretación literal de la nueva norma la tenencia de participaciones sobre entidades no residentes a través de entidades *holding* o simplemente intermedias residentes en el extranjero recibiría un tratamiento peor que el existente antes de la reforma del artículo 12.3.

La conclusión precedente contradice la política de neutralidad frente a la reforma contable que, con ciertos altibajos, ha venido sustentando las nutridas reformas introducidas en el TRIS por la Ley 16/2007, la Ley 4/2008, y la Ley 11/2209.

Por ello no era aventurado intuir que el artículo 12.3 del TRIS estaba abocado a una modificación clarificadora o a una interpretación administrativa correctiva que pusiera en pie de igualdad a la participación exterior frente a la interior, y ello no tanto por razones de no discriminación, que más adelante se examinarán, cuanto por la comparación con la situación precedente, en los términos expuestos. La reforma normativa clarificadora o la interpretación administrativa correctiva intuitas estarían orientadas a procurar el cómputo de la partida fiscalmente deducible y de los ajustes positivos inherentes a la misma en el supuesto de participaciones sobre entidades no residentes.

Pues bien, finalmente, se ha impuesto la vía administrativa, ya que la Dirección General de Tributos ha salido al paso de la dificultad apuntada interpretando que la aplicación de la partida fiscalmente deducible de la participada también procede *de ser la entidad interpuesta no residente en territorio español... dado que como se ha comentado anteriormente, el artículo 12.3 del TRIS proyecta a la entidad directamente participada la normativa española a efectos de dicho precepto, tanto contable como fiscal, por lo que aun en el caso de que esa entidad no sea residente en territorio español, al ser aplicable el TRIS lo sería también ese precepto, esto es, habría podido practicar la deducción a que se refiere dicho precepto, con independencia de que esa deducción no tenga ningún efecto fiscal a nivel de esa entidad desde el momento en que está sujeta a la normativa fiscal del Estado de su residencia*². Véase como el buen criterio y la *finezza* de la contestación administrativa han resuelto diligentemente la cuestión.

El esfuerzo por penetrar más allá del literal de la norma que, certeramente, ejecuta la contestación administrativa, halla respaldo en el procedimiento legislativo. En efecto, en el Boletín del Senado de 1 de octubre de 2009 se lee que *en cuanto a la número 40 (enmienda transaccional)... ya me ha aclarado perfectamente la portavoz socialista que este artículo defiende y permite la aplicación de esta ley a este tipo de empresas con actividad en el exterior; pero nos ha dado la impresión de que estas empresas pueden tener dificultades a la hora de ajustarse exactamente, aunque el problema se podría resolver por la vía de consulta a la Agencia Tributaria... aunque repito que se nos ha aclarado que el criterio a aplicar es que tengan el mismo tratamiento que las empresas ubicadas en el país...*

² CV882-09; de 25 de febrero.

Sin embargo, a diferencia de la situación puramente interna en la que la entidad participada liquida la partida fiscalmente deducible en la situación transfronteriza la entidad participada no lo hace. Y ello aboca a que sea la entidad participante residente en territorio español la que deba hacerlo. ¿Podrá hacerlo? ¿Dispondrá de la información suficiente? ¿Le proporcionará la entidad participada esa información? ¿Qué información precisa? ¿Puede la norma española establecer la comunicación de la información en cuestión?

Si se recuerda lo dicho en el apartado anterior en relación con la cadena de participación habrá de concluirse que no puede pedirse a la entidad residente en territorio español que la recorra en su integridad, a menos que todas las entidades pertenecientes a la cadena tengan la consideración de entidades dependientes de un grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio. La entidad participante residente en territorio español puede llegar hasta los confines del grupo mercantil pero no más allá para captar la información precisa. Así una cadena constituida por relaciones de asociación no puede recorrerla. Nótese, además, que no son bastantes los datos puramente contables, pues para determinar la partida fiscalmente deducible es preciso efectuar calificaciones fiscales en relación con los gastos. Y esa determinación no es puramente especulativa sino que está llamada a surtir un efecto fiscal concretado en la deuda tributaria. Y todo ello, naturalmente, sujeto a la comprobación de la inspección tributaria.

Son apreciables las dificultades que encierra la regulación de la determinación de la partida fiscalmente deducible tratándose de entidades residentes en el extranjero. Y todo ello sin contar con los problemas derivados del tipo de cambio y de la traducción a normas contables españolas de los balances de las entidades participadas extranjeras. En fin, fuera del contexto de un grupo mercantil del artículo 42 del Código de Comercio se atisban ciertas dificultades.

Con todo, no debería olvidarse que buena parte de estos problemas ya se planteaban bajo la regulación precedente y que, en rigor, su origen se halla en el objetivo de perfeccionar el régimen de la asunción por parte de las entidades matrices de las pérdidas sufridas por las entidades filiales.

2.1.3. Incidencias en la entidad participada.

De acuerdo con lo expuesto el importe de la partida fiscalmente deducible depende de las magnitudes de los fondos propios reflejadas en las cuentas individuales de la entidades de la cadena de participación, así como de las circunstancias que en todas y cada una de ellas concurran en orden a la determinación de los gastos fiscalmente no deducibles. Éstas son las únicas variables que, en definitiva, determinarán el importe de la partida fiscalmente deducible, ya que las diferentes partidas fiscalmente deducibles dependen, a su vez, de la evolución de los fondos propios.

Ahora bien, sobre los fondos propios y los gastos fiscalmente no deducibles pueden incidir un conjunto de circunstancias que ponen de relieve las dificultades que existen para determinar el importe de la partida fiscalmente deducible, y, lo que es más importante, abren vías de reflexión en relación con un debate abierto en el contexto de la Unión Europea a raíz de algunas sentencias del Tribunal de Justicia.

Seguidamente se exponen algunas de las más importantes.

2.1.3.1. Incidencia de las operaciones internas.

La partida fiscalmente deducible se calcula en relación con los fondos propios derivados de las cuentas individuales. Por tanto, cualquier operación interna, esto es, realizada entre las entidades pertenecientes al mismo grupo mercantil, tiene efectos sobre el importe de aquella partida o el de los ajustes positivos derivados de la misma en otro periodo impositivo posterior con tal que afecte a los resultados.

En suma, las operaciones internas, las estrategias financieras, la ubicación diseñada de actividades o patrimonios, ya sea en el momento inicial de expansión del grupo o en un momento posterior a través de modificaciones estructurales tales como la escisión en sus diversas modalidades, puede provocar importantes efectos respecto del importe de la partida fiscalmente deducible y, en su caso, del ajuste positivo.

Y así puede suceder que exista la partida fiscalmente deducible cuando el grupo mercantil en su conjunto obtenga beneficios, o incluso que exista la partida fiscalmente deducible en relación con una misma línea de actividad desplegada a través de entidades diferentes que, en su conjunto, depare beneficios. Y todo ello puede ser consecuencia de una planificación fiscal o no serlo.

La causa de los efectos descritos reside en que, como se ha indicado, la partida fiscalmente deducible se calcula en relación con las cuentas individuales. Nada de esto ocurriría si la partida fiscalmente deducible se calculase en relación con las cuentas consolidadas.

El nuevo inciso introducido en el artículo 12.3 por la Ley 11/2009 en nada perturba la conclusión precedente, antes bien la pone bien a las claras.

2.1.3.2. Incidencia de las estructuras financieras anómalas.

La entidad participada puede estar afectada por la norma antisubcapitalización. En tal caso los intereses excesivos serán calificados como dividendos, determinándose así un gasto fiscalmente no deducible que será tomado en consideración para calcular el importe de la partida fiscalmente no deducible, con independencia del lugar de la residencia de la entidad participada. Por tanto, también si la entidad participada reside en el extranjero la entidad participante deberá tomar en consideración las previsiones del artículo 20 del TRIS, por más que las dificultades de obtención de los datos y su calificación puedan ser sensibles.

La entidad participada ha podido incurrir en fraude a la Ley Tributaria en el sentido de la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 17 de mayo de 2007, esto es, mediante la adquisición interna de instrumentos de patrimonio intra grupo financiados mediante la emisión de pasivos financieros. Los intereses afectados no serán fiscalmente deducibles, lo cual afecta al importe de la partida fiscalmente deducible. Si el fraude a la ley tributaria estuviere declarado sería exigible a la entidad participante que tome en consideración sus efectos en punto al cálculo de la partida fiscalmente deducible. No así en caso contrario.

Cuando la entidad participada reside en el extranjero no podrá ser, por definición, objeto de un expediente de conflicto en aplicación de la norma tributaria puesto que no es sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades, en cuyo caso los efectos de la estructura financiera anómala incidirán plenamente sobre el importe de la partida fiscalmente deducible. Nótese que la incidencia puede darse en cualquier eslabón de la cadena. ¿Podría en alguna forma superarse esta dificultad? ¿Tal vez con una reconstrucción puramente teórica? ¿Tal vez instruyendo el expediente de conflicto en sede de la entidad participante y a los solos efectos del cálculo de la partida fiscalmente deducible? Véase el abanico de interrogantes, que no derivan de la imperfección de la norma sino de las perspectivas que dibuja.

2.1.3.3. Incidencia de las operaciones vinculadas.

Una operación realizada entre partes vinculadas por un precio de transferencia distinto del valor normal de mercado provoca un efecto sobre los fondos propios. El impacto sobre la partida fiscalmente deducible es diferente según la partida afectada. Así, cuando se trata de las aportaciones no habrá repercusión sobre la partida fiscalmente deducible. Pero el efecto sobre dicha partida se desviará hacia otra si la empresa rehúsa cumplir lo previsto en la norma de registro y valoración 21.^a del Plan General de Contabilidad. Podrá, ciertamente, la inspección tributaria en vía de comprobación promover la rectificación de los fondos propios, a efectos del cálculo de la partida fiscalmente deducible, pero enseguida se advierten las dificultades que ha de encontrar tratándose de entidades no residentes en territorio español.

2.1.4. Inserción de la nueva norma en el contexto de la fiscalidad internacional.

La partida fiscalmente deducible surte el efecto de la compensación de pérdidas. En efecto, la diferencia de fondos propios, depurada en los movimientos por cuenta de capital, responde, básicamente, a la concurrencia de pérdidas. En realidad antes de la modificación operada por la Ley 4/2008, creadora de la partida fiscalmente deducible que se viene comentando, ya era así a través del juego del deterioro contable complementado con el límite constituido por la diferencia de valores teóricos, inicial y final. La nueva regulación acentúa esta configuración en la medida en que habrá compensación de pérdidas incluso si no hay deterioro contable. La Ley 11/2009 lleva la compensación hasta los confines de la relación de dependencia, multigrupo o asociación.

Por tanto, cuando la entidad participada reside en el extranjero, o cuando reside en territorio español pero participa en otra u otras entidades no residentes en territorio español, tras la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRIS hemos de ver la compensación transfronteriza de pérdidas.

Esta compensación transfronteriza se produce de la manera más amplia posible. En efecto, no se toma en consideración la naturaleza u origen de la pérdida que se compensa ni tampoco la de la renta que soporta la compensación, así como la función de la entidad que practica la compensación en el contexto del grupo mercantil al que pertenece, de manera tal que es indiferente si se trata de la entidad dominante o de una entidad dependiente siendo también irrelevante que la entidad de la que depende sea residente en territorio español o en el extranjero.

El análisis de la legislación de los Estados miembros de la Unión europea pone de relieve que bastantes de ellos contemplan de manera restrictiva la compensación transfronteriza de pérdidas, incluso en el ámbito del mercado interior. Tal vez por ello el Tribunal de Justicia ha emitido un conjunto de sentencias sobre tal objeto cuya evocación permite contextualizar la significación de nuestra legislación. A este respecto son particularmente relevantes *Rewe* y *Marks&Spencer*.

En *Rewe* (C-347/04; 29/03/2007), en síntesis, el Tribunal de Justicia consideró contrario al derecho de establecimiento el tratamiento restrictivo que la legislación alemana vigente en los noventa del pasado siglo establecía respecto del deterioro de las participaciones significativas sobre entidades extranjeras en relación con el previsto para las mantenidas sobre entidades nacionales. En 2000 la Ley de reducción de impuestos igualó el tratamiento fiscal de ambas participaciones frente al deterioro desalojándolo de la base imponible.

En *Marks&Spencer* (C-446/03; 13/12/2005), en síntesis, el Tribunal de Justicia consideró que no era contrario al derecho de establecimiento impedir la compensación de pérdidas de las filiales extranjeras en tanto que sí era posible la compensación de las pérdidas de las filiales nacionales, excepto si las filiales extranjeras ya hubieran agotado en el país de acogida el derecho a la compensación.

En cierto modo ambas sentencias son contradictorias puesto que el deterioro trae habitualmente su causa de la concurrencia de pérdidas, de manera tal que los hechos considerados por dichas sentencias eran, en buena parte, coincidentes.

2.1.5. Enfoque alternativo de la compensación de pérdidas.

El tratamiento igual de las pérdidas de las filiales nacionales y extranjeras ha sido una constante de nuestra legislación. Probablemente este tratamiento es, por otra parte, el más idóneo frente al ordenamiento comunitario.

La cuestión no es, por tanto, si las pérdidas de las filiales extranjeras deben o no compensarse. La cuestión es qué entidad debe sufrir la compensación, lo que, a primera vista, pudiera causar sorpresa en la medida en que aparentemente es claro que debe ser la entidad que ostenta la participación. Se diría que la configuración de la estructura mercantil de tenencia de la participación decide, inapelablemente, cuál es la entidad convocada a la compensación. A ello se añadiría la representación contable, que, indubitadamente, reflejaría el deterioro en sede de las cuentas individuales de la entidad tenedora de la participación.

Y, sin embargo, enseguida se advierte que, en el ámbito de los grupos multinacionales, tal configuración no es sino el fruto de la decisión de la entidad dominante, y, más todavía, que la pérdida de la filial es, en definitiva, una pérdida en el valor de la inversión financiera que sobre la misma tiene la matriz del grupo mercantil, de la misma manera que los beneficios de la filial son, finalmente, beneficios de la matriz. Las cuentas consolidadas desvelan esta inapelable realidad, escondida tras la visión estrecha de las cuentas individuales.

En este sentido las pérdidas de las filiales extranjeras debieran imputarse en todo caso a la matriz o entidad dominante del grupo mercantil, cualquiera que fuere el lugar de su residencia y con independencia de la estructura mercantil de tenencia de la participación. Así lo entrevió el legislador de 1995 cuando excluyó a la entidad de tenencia de valores extranjeros del grupo fiscal para que las pérdidas de sus filiales así como los intereses derivados de la financiación de aquellos no incidiera sobre la renta del grupo fiscal.

Ahora bien, el legislador de 1995 aunque entrevió la cuestión no la resolvió en su integridad, pues se limitó a intentar evitar el desbordamiento que se podía producir a causa del régimen de la entidad de tenencia de valores extranjeros pero nada hizo en relación con el régimen general.

En los sucesivos desarrollos legislativos del Impuesto sobre Sociedades se ha podido constatar que la cuestión de la compensación de las pérdidas de las filiales extranjeras estaba por completo fuera de la agenda reformadora. Véase, en sentido activo, el Real Decreto-Ley 3/2000, que realoja a la entidad de tenencia de valores extranjeros en el grupo fiscal, al tiempo que ensancha el campo de las participaciones privilegiadas hasta aquellas que tienen un valor de adquisición de 6 millones de euros, o, en sentido pasivo, la Ley 36/2006, de medidas para la prevención del fraude fiscal.

Y, sin embargo, tratándose de grupos multinacionales cuya cabecera no es residente en territorio español, tras la compensación de pérdidas de filiales extranjeras en sede de entidades residentes en territorio español no hay sino una decisión adoptada por dicha cabecera, esto es, una acción propia de las operaciones vinculadas que, en pura teoría, podría resolverse, en ciertos casos pero sólo en ciertos casos, a través de la adecuada valoración a valor de mercado de la participación sobre la filial no residente.

Si a todo ello unimos la debilidad de la norma antisubcapitalización no es descabellado esperar que la nueva redacción del artículo 12.3 del TRIS que, como se ha indicado, en definitiva versa sobre la compensación de pérdidas, suscite un proceso de reflexión respecto de la compensación de pérdidas de filiales extranjeras y de la contextura apropiada de la norma antisubcapitalización. Si así fuere el mérito de la nueva norma no sería menor, pues tal proceso de reflexión recaerá, en definitiva, respecto del principio de territorialidad, que es el pivote sobre el que descansa la distribución de los ingresos entre las distintas jurisdicciones fiscales.

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

Los artículos 8 al 13, ambos inclusive, de la Ley 11/2009, están dedicados al régimen fiscal especial de las SOCIMI.

Dice el Preámbulo de la Ley 11/2009, con notorio olvido del aforismo *lex iubeat non laudat*³, que la regulación de tales entidades se enmarca en *la búsqueda de mejoras constantes en el bienestar de los ciudadanos*, a cuyo efecto se regula una entidad cuya vocación es la inversión en inmuebles para

³ *Curso de Técnica Legislativa Gretel*. Centro de Estudios Constitucionales.

el arrendamiento a la que se dota de un régimen fiscal del que se predica tener *efectos económicos similares a los existentes en el tradicional régimen de REITS (Real Estate Investment Trust) en otros países basados en una ausencia de tributación en la sociedad y la tributación efectiva en sede del socio*. Ya veremos que esto no es plenamente así, pues la SOCIMI sí está sujeta a tributación por más que lo haga a un tipo de gravamen reducido, pero no simbólico, disfrute de ciertos incentivos fiscales, y el devengo del Impuesto sobre Sociedades se haya llevado al momento de la distribución del beneficio.

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

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

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

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

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

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

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

2.2.1. Tributación de la SOCIMI.

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

2.2.1.1 Determinación de la base imponible.

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

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

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

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

El fraccionamiento de la base imponible responde a la aplicación de dos tipos de gravamen, a saber, el especial reducido que se establece en el 18 por 100 y el tipo general del 30 por 100, así como

a la no tributación de las rentas acumuladas sujetas a tipo especial reducido en caso de distribución. En suma, dos tipos de gravamen y un diferimiento en el gravamen de ciertas rentas acumuladas.

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

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

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

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

2.2.1.2. Determinación del tipo de gravamen.

El artículo 9.3 establece que *el tipo de gravamen de estas sociedades será del 18 por 100*.

No obstante tributarán al tipo general de gravamen las rentas derivadas de la transmisión de inmuebles que no han cumplido el requisito de permanencia previsto en el artículo 3.3 de la Ley 11/2009, o transmitidos a personas o entidades vinculadas o residentes en países o territorios con los que no exista efectivo intercambio de información, de las operaciones de arrendamiento con personas o entidades vinculadas, y, en fin, de las operaciones que no determinan renta contable.

Se trata, bien se ve, de rentas que en la generalidad de los casos tendrán carácter esporádico o marginal, y como quiera que el 90 por 100 de las rentas ordinarias y el 50 por 100 de las plusvalías

obtenidas en los plazos legalmente previstos deben ser distribuidas por imperativo legal, el tipo especial reducido recaerá, básicamente, respecto de aquella parte de la base imponible correspondiente a beneficios derivados de las actividades ordinarias y las plusvalías que podríamos denominar temporalmente regulares.

2.2.1.3. Deduciones de la cuota íntegra.

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

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

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

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

El porcentaje de deducción es el 6 por 100, de manera que el tipo efectivo de gravamen será el 12 por 100.

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

2.2.1.4. Devengo.

El artículo 27 del TRIS ha sido modificado para introducir un nuevo supuesto de devengo respecto de las SOCIMI a cuyo tenor *el impuesto se devengará el día del acuerdo de la junta general*

de accionistas de distribución de los beneficios del ejercicio correspondiente al periodo impositivo y, en su caso, de las reservas de ejercicios anteriores en los que se aplicó el régimen fiscal especial.

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

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

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

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

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

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

2.2.2. Tributación de los socios.

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

2.2.2.1. Dividendos.

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

A) Sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades.

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

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

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

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

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

La mayor tributación del socio no residente respecto de las personas físicas residentes en territorio español tiene difícil entendimiento desde la perspectiva puramente económica de la atracción de inversiones. Desde esta perspectiva el régimen fiscal adecuado era el de transparencia fiscal. Así, la SOCIMI debería tributar de manera simbólica o no hacerlo en absoluto y los socios hacerlo a tenor de su imposición personal respecto de los dividendos. Por otra parte la obligación de distribución del beneficio hubiera simplificado notablemente la contextura del régimen de transparencia puesto que podría haberse prescindido de los elementos conflictivos del mismo: determinación de la base imponible imputable y del valor de titularidad. Esta forma de tributación sí sería aquella a la que parece referirse el Preámbulo: *ausencia de tributación en la sociedad y la tributación efectiva en sede del socio*.

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

Sin embargo desde la perspectiva recaudatoria relativa a la inversión extranjera sí parece congruente que la tributación pivote sobre la SOCIMI. Ahora bien, tal recaudación también se hubiera

salvado mediante la tributación por el IRNR, con la ventaja de que dicho tributo al recaer sobre el no residente podría ser recuperado por el mismo contra su imposición personal en concepto de eliminación de la doble imposición jurídica internacional prevista con carácter general en los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.

2.2.2.2. Plusvalías.

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

A) Transmitente sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades.

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

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

- La que corresponde a las rentas acumuladas que en caso de distribución tributarían al 18 por 100.
- La que corresponde a las rentas acumuladas distintas de las anteriores.
- La que no corresponde con rentas acumuladas.

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

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

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

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

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

B) Transmitente persona física.

La plusvalía derivada de la transmisión de la participación tributa de acuerdo con las normas previstas en el TRIRPF, de manera tal que se integrará en la *base imponible del ahorro*. Sin embargo no se integra en su totalidad sino en el exceso de la diferencia positiva entre el 10 por 100 del valor de adquisición de la participación sobre la SOCIMI multiplicado por el número de años de su tenencia y los dividendos exentos.

Habida cuenta de la obligación de distribución de beneficios la diferencia mencionada debe tender a cero cuando se alcancen rentabilidades de la inversión iguales o superiores al 10 por 100. En la práctica bajo tales rentabilidades la plusvalía sometida a tributación será imputable al mayor valor razonable de los activos de la SOCIMI respecto de su valor contable.

C) Transmitente no residente.

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

2.2.3. Síntesis y valoración del régimen fiscal de la SOCIMI.

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

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

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

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

La no tributación del dividendo distribuido por la SOCIMI en el IRPF apunta, sin fisuras, al método de exención.

Ciertamente, el régimen de la SOCIMI no está diseñado exclusiva ni principalmente para eliminar la doble imposición, pero conlleva tal efecto.

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

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

Véase, sin embargo, que la SOCIMI sí tributa por el Impuesto sobre Sociedades, contrariamente a lo que, según el propio Preámbulo de la Ley 11/2009, enseña la legislación comparada respecto de los REITS⁴. Verdad es que lo hace, básicamente, a un tipo de gravamen especial reducido, y que la obligación tributaria nace, básicamente, con la distribución del beneficio, pero esto no puede ser calificado como no tributación, como tampoco puede sostenerse tal calificación por razón de que se hallen *exentas en el 20 por 100 las rentas procedentes del arrendamiento de viviendas siempre que más del 50 por 100 del activo de la sociedad... esté formado por viviendas*. Esta exención disminuirá el tipo efectivo de gravamen pero no determinará la *ausencia de tributación*.

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

Los socios, personas físicas, residentes en territorio español, soportan, básicamente, una tributación efectiva del 18 por 100, esto es, la tributación que recae sobre la SOCIMI. Los socios no residentes en territorio español soportan esa tributación más la que les corresponda de acuerdo con su imposición personal.

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

⁴ NASARRE AZNAR, S. y RIVAS NIETO, E. «La naturaleza jurídico-privada y el tratamiento fiscal de las nuevas sociedades cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario (SOCIMI) en la Ley 11/2009». RCyT. CEF, núm. 321, diciembre 2009.

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

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

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

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

Véase, para mayor intriga, que el legislador era consciente del régimen que, al parecer, aplican en otros países respecto de este tipo de inversión, fomentaba el cumplimiento de los objetivos perseguidos: *ausencia de tributación en la sociedad y la tributación efectiva en sede del socio*. ¿Por qué se ha preferido lo inverso, esto es, tributación en la sociedad y ausencia de tributación en el socio, cuando respecto del socio no residente tal esquema de tributación era, sencillamente, imposible?

La explicación más plausible es que una tributación basada en los socios hubiera supuesto renunciar, total o parcialmente, a la tributación sobre la renta generada por la SOCIMI en la parte imputable a los socios no residentes en territorio español, en los casos en los que medie un convenio bilateral para evitar la doble imposición que establezca un límite de imposición muy bajo respecto de los dividendos o en aquellos otros en los que medie la aplicación de la exención en el IRNR por causa de la Directiva 90/435.

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

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

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

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

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

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

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

La Ley 35/2006 trajo igualdad de trato y doble imposición, y la Ley 11/2009 ha traído eliminación de la doble imposición y diferencia de trato.

2.2.3.4. Los estímulos fiscales al arrendamiento de inmuebles.

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

El Capítulo III del Título VII del TRIS establece el régimen de las entidades dedicadas al arrendamiento de viviendas, basado en una bonificación *del 85 por 100 (de) la parte de cuota íntegra que corresponda a las rentas derivadas del arrendamiento de viviendas.*

En el artículo 28 del TRIS se establece el *tipo del 1 por 100* para ciertas instituciones de inversión colectiva dedicadas al arrendamiento de inmuebles.

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

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

La injerencia del legislador fiscal en la asignación de recursos reales y financieros es creciente. El dirigismo fiscal ⁵ desaloja la pretendida neutralidad del Impuesto sobre Sociedades.

2.3. Tipo de gravamen de las instituciones de inversión colectiva inmobiliaria.

Las instituciones de inversión colectiva de carácter inmobiliario invierten en bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento. Pueden adquirir estos inmuebles en cualquier fase de su construcción, pero no prevé la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, que puedan realizar actividades de promoción respecto de todo tipo de inmuebles para su arrendamiento, a diferencia de lo que acontece con la SOCIMI.

Estas instituciones de inversión colectiva, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, tributan al 1 por 100, de acuerdo con lo previsto en el artículo 28.1 c) y d) del TRIS. Uno de esos requisitos consistía en que *las viviendas, las residencias estudiantiles y de la tercera edad, en los términos que reglamentariamente se establezcan, representen conjuntamente, de forma directa o indirecta, al menos, el 50 por 100 del total activo.*

Pues bien, este requisito ha sido suprimido por la disposición final primera. Tres de la Ley 11/2009, la cual ha dado nueva redacción al artículo 28.1 c) del TRIS.

La importancia de la supresión es clara. Hasta ahora el tipo de gravamen especial reducido estaba ligado, en la forma expuesta, al arrendamiento de viviendas, pero con efecto de los periodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2008 tal ligazón de diluye. Ya no es la política de

⁵ NEUMARK, F. *Principios de la Imposición*, pág. 274 y ss.

vivienda la que impulsa el beneficio fiscal sino la de soporte del mercado de arrendamiento inmobiliario que atraviesa horas bajas.

En suma, al socaire del régimen de la SOCIMI las instituciones de inversión colectiva progresan en la senda del incentivo fiscal.

La limitada operatividad de la institución de inversión colectiva deja, sin embargo, espacio a la SOCIMI, cuya tributación es menos privilegiada.

La revisión del tipo de gravamen de las rentas del ahorro, que ha sido elevado desde el 18 al 19 por 100 para los primeros 6.000 euros y al 21 por 100 para el exceso ha vuelto a poner sobre el tapete la cuestión de la tributación de las instituciones de inversión colectiva y sus partícipes. ¿Deben las rentas acumuladas en la institución de inversión colectiva continuar tributando al 1 por 100 siendo así que las mismas, a diferencia de la SOCIMI, no tienen obligación de distribuir beneficios? Ésta es la cuestión.

Estas rentas tributarán a los tipos de las rentas del ahorro con ocasión de su distribución o del reembolso de la participación, pero no es difícil prever que, para las grandes fortunas, el reembolso no se producirá en términos cuantitativamente significativos. De esta manera el régimen fiscal de la inversión colectiva surte el efecto de la imposición sobre la renta consumida pues, de acuerdo con la misma, las rentas obtenidas no se gravan cuando son disponibles sino cuando son dispuestas. En términos sencillos: la inversión colectiva es una hucha que protege o escamotea, según los intereses en juego, de la tributación las rentas que a la misma afluyen.

La imposición patrimonial venía a paliar el efecto descrito en la medida en que las rentas acumuladas en la institución de inversión colectiva se integraban en la base imponible, pero el artículo tercero de la Ley 4/2008 introdujo *una bonificación del 100 por 100 a los sujetos pasivos por obligación personal o real de contribuir*. El declive de la imposición sucesoria ha procurado un efecto similar.

Los ajustes fiscales puestos en vigor para reducir el déficit presupuestario derivado de la crisis no han abierto aquella hucha, pero el debate suscitado sobre el particular ha desarmado las barreras pretendidamente entroncadas en la técnica tributaria y situado el debate en el campo que le corresponde ⁶.

La contestación pertinente a la pregunta anteriormente formulada no ofrece muchas dudas si ha de responderse en términos de justicia tributaria. La respuesta, entonces, debiera estar enfocada hacia las causas por las que el modelo de tributación de la inversión colectiva, basado en el principio de no tributación de la renta acumulada, se afianza e incluso progresa en medio de las llamadas a la solidaridad propiciadas por la crisis económica.

Pues bien, la respuesta seguramente no pertenece tanto al dominio fiscal cuanto al sociológico de la igualdad y estratificación sociales y, en este contexto, lo previsible es que su contenido sea diferente según cual sea el enfoque, funcional o del conflicto, que se aplique. La posición del legislador desde 1952, año en que por vez primera se regula en nuestro país la inversión colectiva, puede inscribirse en el funcionalismo más recio a cuyo tenor *la estratificación y la desigualdad social (son)*

⁶ «La intrahistoria de una subida interminable de impuestos». ABC (11-10-2009).

*positivamente funcionales y, por lo tanto, necesarias en todas las sociedades humanas excepto en las más simples*⁷.

El funcionalismo puede dar respuesta a la pregunta formulada pero, lógicamente, de ahí no se sigue que tal paradigma sea el adecuado. Dejemos, pues, la respuesta en el campo de los sociólogos y politólogos.

2.4. Consolidación fiscal.

El porcentaje de participación determinante de la cualidad de entidad dominante de un grupo fiscal desciende desde el 75 hasta el 70 por 100 cuando las acciones de la entidad participada *estén admitidas a negociación en un mercado regulado*.

La modificación en el sentido expuesto del artículo 67.2 d) del TRIS trae su causa de los requisitos del grado de difusión de la participación impuestos por las normas reguladoras del mercado de valores.

En debida sintonía se incorpora el porcentaje del 70 por 100 al artículo 69 del TRIS, concierne a la determinación del dominio indirecto.

2.5. Arrendamiento financiero.

La disposición final primera seis de la Ley 11/2009 incorpora una nueva disposición transitoria al TRIS, trigésima, que modifica temporalmente el requisito de no degresividad de las cuotas de arrendamiento financiero.

Sabido es que el arrendamiento financiero amparado por la Ley 26/1988 disfruta de un régimen fiscal privilegiado, pues siendo por fondo y esencia un préstamo las cuotas de devolución del principal, también denominadas recuperación del coste del bien, son fiscalmente deducibles dentro de ciertos límites y bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, aunque el referido bien no es susceptible, a efectos fiscales, de amortización.

Uno de los requisitos citados consiste en que las cuotas de recuperación de coste del bien deben *permanecer igual o tener carácter creciente a lo largo del periodo contractual*. Pues bien, la nueva norma transitoria levanta este requisito respecto de *los contratos de arrendamiento financiero vigentes cuyos periodos anuales de duración se inicien dentro de los años 2009, 2010 y 2011*. El importe anual de estas cuotas *no podrá exceder del 50 por 100 del coste del bien, caso de muebles, o del 10 por 100 de dicho coste, tratándose de bienes inmuebles o establecimientos industriales*.

¿A qué contratos se refiere la norma? La primera impresión es que se refiere a los concertados en 2009, 2010 y 2011. Sin embargo la palabra *vigentes* parece apuntar también a los concluidos antes de dichos años y que se están ejecutando dentro de los mismos.

⁷ KERBO, Harold R. *Estratificación Social y Desigualdad*, pág. 114.

¿Respecto de qué periodos se predica el levantamiento del requisito de no degresividad? La primera impresión es que se trata de los periodos de 2009, 2010 y 2011, pero tampoco puede descartarse una interpretación más permisiva consistente en proyectar tal levantamiento sobre los años de duración del contrato con tal que el mismo se haya celebrado o modificado en aquellos años.

Así pues, los contratos celebrados a partir de la entrada en vigor de la nueva norma podrán tener cuotas de recuperación de coste decrecientes, al menos durante 2009, 2010 y 2011. Estas cuotas, ya lo sabemos, no podrán exceder del 50 por 100 o del 10 por 100 del coste del bien. ¿Significa esto que, al menos durante esos años, la cantidad fiscalmente deducible podrá alcanzar esa cota? La respuesta debe ser negativa por cuanto el apartado 6 del artículo 115 del TRIS precisa que el importe de la cantidad deducible *no podrá ser superior al resultado de aplicar al coste del bien el duplo del coeficiente de amortización lineal según tablas de amortización oficialmente aprobadas*. Así, un contrato sobre un bien mueble podrá contener cuotas de recuperación del coste de hasta el 50 por 100 y ser degresivas, pero la cantidad fiscalmente deducible estará limitada por el doble del coeficiente de amortización.

Los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de la nueva norma tendrán previstas unas cuotas de recuperación del coste lineales o crecientes. Pues bien, al menos durante 2009, 2010 y 2011 pueden rectificarse para tornarlas en decrecientes, lo que requerirá la oportuna modificación contractual. Y, en este punto, se abren dos escenarios. El más evidente es el de la prolongación del contrato en cuya virtud el importe de las cuotas desciende y se tornan en decrecientes respecto de las cuotas satisfechas hasta el momento. Pero también puede concebirse otro en el que las nuevas cuotas se configuren con importes decrecientes respecto de un techo constituido por el 50 o el 10 por 100, según se trate de muebles o inmuebles, sobre el coste del bien objeto del contrato. En el primer escenario el importe de la deducción fiscal disminuirá, y en el segundo podrá aumentar, si bien en ambos jugará el límite del doble de la cuota de amortización.

La intuición sugiere que la nueva norma ha de ser vista en el contexto de un escenario en el que, debido a las dificultades financieras, los contratos celebrados en años anteriores serán renegociados para establecer plazos más largos, en cuyo caso el importe de las nuevas cuotas aminora y se produce el fenómeno de la degresividad prohibido por la redacción original del apartado 4 del artículo 115 del TRIS, lo que hubiera determinado la pérdida del régimen fiscal previsto en dicho precepto. La nueva norma evitará tal pérdida.

Véase lo peculiar del caso: la cuota de deducción fiscal disminuye a causa de la renegociación del contrato ampliatoria del plazo, y para que no se pierdan los privilegios fiscales ha de establecerse una norma que exceptúe un requisito para su disfrute. Algo resulta esotérico. Y tal vez lo sea el propio régimen fiscal del arrendamiento financiero, y no la nueva norma que, en definitiva, resulta esclava del mismo.

La nueva norma se presenta bajo la forma de transitoria. No es propiamente tal ya que no tiene por objeto regular los efectos de hechos, actos o negocios celebrados con anterioridad al establecimiento normativo de un nuevo régimen sino exceptuar durante un cierto periodo de tiempo un requisito constitutivo del mismo. Así, el apartado 4 del artículo 115 del TRIS, concerniente a la prohibición de degresividad, no se deroga ni es objeto de nueva redacción. Permanece tal cual, pero no será aplicable en relación con los contratos de arrendamiento financiero vigentes en 2009, 2010 y 2011.

2.6. Renta del ahorro.

La disposición final séptima de la Ley 11/2009 ha dado nueva redacción al artículo 46 de la Ley 35/2006, al objeto de modificar la tributación de los intereses de los préstamos efectuados por personas físicas a las entidades con las que están vinculadas.

En la redacción original de la Ley 35/2006 se excluían de la renta del ahorro los referidos intereses, cuando mediaba una relación de vinculación.

La disposición adicional primera del Real Decreto 1804/2008 exceptuó de dicha exclusión los intereses satisfechos por las entidades de crédito *cuando no difieran de los que hubieran sido ofertados a otros colectivos de similares características a las de las personas que se consideran vinculadas con la entidad pagadora*. Causó esta norma un cierto revuelo porque su efecto práctico se centraba principalmente en los consejeros de las entidades de crédito quienes, en lo sucesivo, podrían tributar por tales intereses al tipo de gravamen reducido de las rentas del ahorro ⁸.

La nueva redacción mantiene la tributación de los intereses de carácter vinculado en concepto de renta general pero sólo respecto de los imputables a aquella parte de los préstamos que exceden *el resultado de multiplicar por tres los fondos propios, en la parte que corresponda a la participación del contribuyente*.

En consecuencia, los intereses de los préstamos recibidos por las entidades jurídicas de personas físicas con las que media una relación de vinculación podrán tributar en concepto de renta general o de renta del ahorro, a tenor de la proporción en que se halle el pasivo financiero vinculado con los fondos propios correspondientes a los instrumentos de patrimonio vinculados, considerados unos y otros en relación con cada persona física vinculada. En suma, los intereses de los préstamos concertados con las entidades vinculadas tributarán entre el 19 y el 21 por 100 en cuanto sean imputables a pasivos financieros que no excedan del triple de los instrumentos de patrimonio y entre el 24 y el 43 por 100 en cuanto sean imputables al exceso.

Los fondos propios que deben tomarse en consideración son los *reflejados en el balance correspondiente al último ejercicio cerrado con anterioridad a la fecha de devengo del impuesto*, e igualmente el porcentaje de participación debe tomarse a dicha fecha.

La norma no establece la fecha a la que debe referirse el pasivo financiero vinculado. Varias alternativas se presentan, tales como el mayor saldo, el saldo del balance de la fecha del último ejercicio cerrado antes de la fecha del devengo, o el saldo medio, entre otras. Puesto que los intereses son el fruto del capital cedido y del tiempo de cesión el saldo medio ponderada es la magnitud más apropiada, pero ello casa mal con la explícita apelación a los fondos propios existentes en el balance del último ejercicio. Casa bien, en este sentido, tomar el saldo del pasivo financiero vinculado existente en dicho balance, pero pudiera suceder que el préstamo se hubiere cancelado antes. ¿Cómo

⁸ FALCÓN Y TELLA, R. «La consideración como renta del ahorro de los intereses abonados por entidades de crédito a personas vinculadas: ¿un exceso reglamentario o un supuesto de inconstitucionalidad de la ley?». *Quincena Fiscal*, febrero 2009.

debiera procederse en este caso? Lo más apropiado parece ser, una vez más, tomar el saldo medio ponderado. Pero la norma nada dice sobre el particular.

Como quiera que los intereses se devengan a lo largo del tiempo, la utilización de magnitudes estáticas ofrece una cierta imprecisión. Así puede suceder que los fondos propios disminuyan por causa de una reducción del capital o de una distribución de reservas realizadas días antes del cierre del ejercicio. En todos estos casos bien se comprende que el cálculo arrojará resultados insatisfactorios. Seguramente se ha preferido la sencillez de las magnitudes estáticas sobre la mayor exactitud pero también mayor dificultad de los saldos medios ponderados. Así el contribuyente deberá identificar las partidas contables de fondos propios, se supone que con la colaboración activa de la entidad vinculada aunque nada precise en tal sentido la norma, pero no tendrá necesidad de efectuar engorrosos cálculos.

En el IRPF los rendimientos del capital mobiliario se imputan al periodo impositivo en el que sean exigibles por su receptor. Por tanto los intereses imputables a lo largo del periodo impositivo han podido devengarse durante el mismo o en otro anterior, e inclusive es concebible que se hayan devengado a lo largo de varios años. Todo ello es indiferente, pues lo que determinará el destino de los intereses es la magnitud de los fondos propios existentes en el último balance cerrado antes de la fecha de devengo del impuesto. Nuevamente se dibuja la silueta de la imprecisión.

Nótese que la fórmula que determina el destino de los intereses ha prescindido del factor tiempo siendo así que las relaciones financieras se desarrollan y tienen sentido en el tiempo. Recuérdese la vieja fórmula de los amarillentos manuales de la matemática financiera: todo capital en poder de persona distinta de su dueño reditúa por el tiempo de la cesión. Sin duda el legislador ha preferido la sencillez de las magnitudes estáticas.

Las relaciones de vinculación previstas en el artículo 16 del TRIS no siempre se construyen en función de la tenencia de instrumentos de patrimonio. Es el caso de las relaciones de vinculación construidas sobre lazos de familia o de servicios de administración. Pues bien, cuando *la vinculación no se defina en función de la relación socios o partícipes-entidad, el porcentaje de participación a considerar será el 5 por 100*. En consecuencia, en el caso de un préstamo concedido por un administrador o por un pariente del mismo hasta el tercer grado inclusive se aplicará el porcentaje de participación del 5 por 100 sobre los fondos propios. Por el contrario, si el préstamo hubiere sido concedido por un socio que no alcance el 5 por 100 de porcentaje de participación, todos los intereses tributarían en concepto de renta del ahorro puesto que no existe relación de vinculación. Es dudoso si tal porcentaje debe calcularse tomando en consideración exclusivamente la participación del prestamista o también la de su entorno familiar hasta el tercer grado inclusive.

Obsérvese lo singular del caso: la capacidad económica de la persona física es, en parte, en función de la composición de su relación financiera con la entidad vinculada. No es la cuantía de la renta ni su naturaleza sino la composición mencionada la que decide el importe de la deuda tributaria y, por ende, la capacidad económica. ¿Es la nueva norma razonable y proporcionada en el sentido de la sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987?

Para abordar la respuesta a la pregunta mencionada no debería perderse de vista que la misma aflora en el contexto de un sistema de tributación, instaurado por la Ley 35/2006, que privilegia la

tributación de intereses y plusvalías en detrimento de las restantes rentas. En la justificación de ese privilegio, si existe, probablemente se halle la respuesta apetecida.

En este sentido deben recordarse las dudas que, ya desde el inicio de la Ley 35/2006, se expusieron por buena parte de la doctrina, la cual llegó a aducir que la tributación de la renta del ahorro *rompe la naturaleza y filosofía del IRPF*⁹, o que suponía una *ruptura del principio de igualdad*¹⁰, o que implicaba *la tendencia a reconducir a las rentas del ahorro otros tipos de rentas, sobre todo en los contribuyentes con ingresos más elevados, lo que perjudica la progresividad del sistema*¹¹. Dudas que, lejos de acallarse, han vuelto a surgir en el contexto de la llamada a soportar sacrificios para superar la crisis económica, hasta el punto que se ha llegado a afirmar que *el grave problema que tiene actualmente el sistema fiscal español es que hemos renunciado a tener un impuesto sobre la renta... ahora sería el momento de volver a un buen y viejo impuesto progresivo sobre todas las rentas y tratar las de capital con la misma progresividad con la que se tratan las rentas de trabajo*¹².

Por tanto, cuando nos preguntamos por la proporcionalidad de la norma que venimos comentando, hemos de ser conscientes que la misma se inserta en un sistema de tributación que ofrece aristas respecto de los principios de igualdad y progresividad. En este contexto la nueva norma ha intentado definir un punto de equilibrio entre la tributación privilegiada de los intereses y la doble imposición sobre los dividendos. Adviértase cuan difícil es situarse entre dos realidades cuyo propio fundamento es débil.

3. LA LEY DE PRESUPUESTOS PARA 2010

Aparte de las materias de obligada regulación como son las concernientes a los coeficientes de corrección monetaria del artículo 15.9 a) del TRIS y el pago fraccionado del artículo 45 del TRIS, la ley de presupuestos contiene una norma de política fiscal coyuntural por la que se establece un tipo de gravamen reducido asociado al mantenimiento o creación de empleo del que podrán beneficiarse determinadas empresas, y sendas normas que sintonizan los nuevos tipos de gravamen de la renta del ahorro respecto del tipo de gravamen de las SOCIMI y respecto del porcentaje de retención.

3.1. Tipo de gravamen reducido por mantenimiento o creación de empleo.

El mantenimiento o la creación de empleo es el objetivo primordial de la política económica. En las etapas de crisis económica la política fiscal ha coadyuvado al mismo mediante medidas fiscales vinculadas, en lo esencial, a las rentas empresariales.

⁹ ZUBIRI, I. *Cinco Días*, 30 de enero de 2006.

¹⁰ RUIZ GARCÍA, J.R. *Quincena Fiscal*, julio 2006.

¹¹ FALCÓN Y TELLA, R. *Quincena Fiscal*, agosto 2007.

¹² BORRELL FONTELLES, J. *ABC*, 20 de diciembre de 2009.

El artículo primero, apartado doce, de la Ley 4/2008 estableció un régimen de libertad de amortización ligado al mantenimiento del empleo, mediante la incorporación de una disposición adicional, undécima, al TRIS. A este incentivo se une el previsto en el artículo 77 de la ley de presupuestos para 2010, relativo al tipo de gravamen reducido por mantenimiento o creación de empleo.

3.1.1. Sujetos pasivos que pueden acogerse al incentivo fiscal.

Pueden acogerse al tipo de gravamen reducido los sujetos pasivos cuya cifra de negocios habida en los años de 2009, 2010 y 2011 sea inferior a 5 millones de euros y la plantilla media sea inferior a 25 empleados.

La cifra de negocios se determinará, en ausencia de normas específicas, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 del modelo de cuenta de pérdidas y ganancias del Plan General de Contabilidad. No obstante, cuando la entidad pertenezca a un grupo de sociedades en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio la cifra de negocios a tomar en consideración será la del propio grupo.

La cifra de negocios es una cantidad que aparecerá en todas y cada una de las cuentas de pérdidas y ganancias de los años citados. Por tanto no será la cifra de negocios del trienio sino la de cada año la que deberá tomarse en consideración. Respecto de la plantilla media no cabe el mismo razonamiento, pero parece que también debe referirse a cada periodo en adecuada sintonía.

Nótese que el incentivo fiscal no se proyecta respecto de todas las empresas de reducida dimensión, ya que en las mismas la cifra de negocios se sitúa en 8 millones de euros y no existe requisito concerniente al número de empleados.

3.1.2. Entidades excluidas por razón de tipo de gravamen especial.

No disfrutarán del incentivo fiscal las entidades que *de acuerdo con lo previsto en el artículo 28 de esta ley deban tributar al tipo de gravamen especial*. Debe tenerse en cuenta, a estos efectos, que el tipo de gravamen de las empresas de reducida dimensión tiene carácter general de acuerdo con la interpretación que se desprende de lo previsto en el artículo 114 del TRIS.

3.1.3. Mantenimiento de empleo.

El mantenimiento del empleo es requisito para la aplicación del tipo de gravamen reducido. El mantenimiento del empleo se integra por dos condiciones:

- Durante los doce meses siguientes al inicio de cada uno de los periodos impositivos de 2009, 2010 y 2011 la plantilla media de la entidad no ha de ser inferior a la unidad.

- Durante los doce meses siguientes al inicio de cada uno de esos periodos impositivos la plantilla media no ha de ser inferior a la *plantilla media de los doce meses anteriores al inicio del primer periodo impositivo que comience a partir de 1 de enero de 2009*.

En suma, para entidades cuyo periodo impositivo coincida con el año natural se comparará la plantilla media de cada uno de los referidos periodos impositivos con la plantilla media del periodo impositivo de 2008.

3.1.4. Tipo de gravamen reducido.

La estructura del tipo de gravamen es la prevista en el artículo 114 del TRIS. Así, consta de dos tramos:

- Por la parte de base imponible comprendida entre 0 y 120.202,41 euros, el 20 por 100.
- Por la parte base imponible restante, el 25 por 100.

El tipo de gravamen reducido se aplica cualquiera que sea la naturaleza de la renta integrada en la base imponible, de manera tal que es indiferente la dedicación de la entidad a actividades empresariales o de pura tenencia de activos, en línea con lo previsto para las empresas de reducida dimensión. Una adecuada coordinación con el IRPF probablemente hubiera exigido que el tipo de gravamen no fuera inferior al 21 por 100, esto es, el tipo de gravamen del segundo escalón de la renta del ahorro.

3.1.5. Valoración del incentivo fiscal.

El incentivo fiscal engarza con la situación de crisis. Cuestión distinta es que ofrezca algunos aspectos distorsionantes.

Es fácil advertir que el incentivo puede producir, al menos en teoría, efectos adversos a la creación de empleo. En efecto, si se iguala o rebasa la plantilla media de 25 empleados no habrá lugar al mismo, lo cual podría frenar la contratación de nuevos empleados.

También es fácil advertir que discrimina en contra de las empresas con bajo valor añadido por cuanto este tipo de empresas precisan una mayor cifra de operaciones para procurar el mismo impacto sobre el resultado. Esta discriminación también se produce en el régimen de las empresas de reducida dimensión.

Por el contrario, no discrimina en función del origen de las rentas, como tampoco lo hace el régimen de las empresas de reducida dimensión. Esta característica podría amparar una tributación reducida de rentas derivadas de actividades puramente especulativas. Mas como las referidas rentas

también disfrutan en el IRPF de una tributación más reducida que la aplicable al resto de las rentas el nuevo incentivo fiscal no debería sufrir una crítica negativa por tal motivo.

Finalmente, también es criticable que no aproveche que sufran pérdidas.

Pero esos defectos, si lo son, resultan casi inevitables en este tipo de incentivos fiscales, y, desde luego, su construcción técnica es muy depurada.

3.2. Porcentaje de retención o ingreso a cuenta.

El tipo general de retención pasa del 18 al 19 por 100, de acuerdo con la nueva redacción del artículo 140.6 a) del TRIS, en sintonía con el tipo de retención sobre los rendimientos del capital mobiliario del IRPF también fijado en dicho porcentaje a tenor de la nueva redacción del artículo 101 de la Ley 35/2006.

Puede apreciarse que ambas modificaciones traen su causa del nuevo tipo de gravamen sobre las rentas del ahorro ya que, en efecto, dicho tipo de gravamen se sitúa en el 19 por 100 hasta los 6.000 euros y en el 21 por 100 para rentas superiores, de acuerdo con la nueva redacción de los artículos 66 y 76 del TRIS.

Nótese que el desdoblamiento del tipo de gravamen sobre la renta del ahorro, además de restaurar una tímida progresividad, desaloja la consideración fáctica de la retención como gravamen liberatorio en relación con las rentas del capital.

El ligero agravamiento de la tributación de las rentas del ahorro aumenta la ventaja relativa de la inversión colectiva.

Los dividendos, intereses y ganancias patrimoniales sujetas al IRNR tributarán al tipo general del 19 por 100, de acuerdo con lo previsto en la nueva redacción del artículo 25.1 f) del TRIRNR establecida por la ley de presupuestos para 2010, también por razón de la modificación del tipo de gravamen que recae sobre la renta del ahorro.

3.3. Tipo de gravamen de la SOCIMI.

También el tipo de gravamen de la SOCIMI se ha visto afectado por la modificación del tipo de gravamen de la renta del ahorro. Así, la disposición adicional decimoquinta de la ley de presupuestos para 2010 modifica el artículo 9.3 de la Ley 11/2009 al objeto de fijar dicho tipo de gravamen en el 19 por 100. En sintonía, el porcentaje previsto en el apartado 7 del referido artículo pasa al 11 por 100, diferencia entre el tipo general de gravamen del Impuesto sobre Sociedades y el tipo de gravamen de las SOCIMI.

3.4. Pago fraccionado.

Los porcentajes del pago fraccionado no varían, de manera tal que quedan en el 18 por 100 para la modalidad de pago fraccionado prevista en el apartado 2 del artículo 45 del TRIS, y para la modalidad del apartado 3 en el resultado de multiplicar por cinco séptimos el tipo de gravamen redondeado por defecto.

La estabilidad del tipo general de gravamen del Impuesto sobre Sociedades determina la del porcentaje del pago fraccionado.

4. LA LEY 3/2009

La Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, incorpora un conjunto de directivas comunitarias y unifica y amplía el régimen jurídico de las denominadas modificaciones estructurales, esto es, aquellas que, más allá de la simple modificación estatutaria, implican una variación sustancial de la estructura patrimonial.

4.1. Modificaciones estructurales de nuevo cuño.

Buena parte de las modificaciones estructurales contempladas en la Ley 3/2009 ya estaban reguladas en el TRLSA, pero otras son de nuevo cuño. La característica común de la regulación de las nuevas modificaciones estructurales es que pivota sobre el principio de sucesión universal.

Desde la perspectiva fiscal lo relevante es precisar la tributación de las nuevas modificaciones estructurales, tarea que ha de acometerse mediante la subsunción de los hechos patrimoniales desencadenados en las normas del TRIS que correspondan.

Son modificaciones estructurales novedosas las siguientes:

- Fusión con compensación (art. 49.2) y absorción de sociedad participada al 90 por 100 (art. 50).
- Fusiones transfronterizas intracomunitarias (art. 54).
- Escisión por segregación (art. 71).
- Constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión de patrimonio (art. 72).
- Cesión global de activo y pasivo (arts. 81 y 82).
- Traslado internacional del domicilio (arts. 93 y 94).

4.2. Ordenación de las modificaciones estructurales frente al régimen fiscal.

En función de su relación con el régimen fiscal las modificaciones estructurales pueden ser agrupadas de la siguiente manera:

- Modificaciones estructurales comprendidas en el artículo 83 del TRIS: todas las fusiones, excepto lo concerniente a la compensación; escisiones; segregación o aportación de rama de actividad; traslado europeo del domicilio social de la Sociedad Anónima Europea (SE) y de la Sociedad Comanditaria Europea (SCE); cesión global de activo y pasivo al socio único en el proceso de disolución.
- Modificaciones estructurales no comprendidas en el artículo 83 del TRIS: cesión global de activo y pasivo en todas sus modalidades; traslado no europeo de domicilio social o de formas societarias distintas de la SE o de la SCE.

Son, por tanto, estas últimas las que deben ser examinadas a los efectos de concretar su régimen fiscal.

4.2.1. Cesión global de activo y pasivo.

En la cesión global de activo y pasivo una sociedad transmite *en bloque todo su patrimonio por sucesión universal, a uno o varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario. La sociedad cedente quedará extinguida si la contraprestación fuese recibida total y directamente por los socios.*

A esta operación no cabe aplicar el régimen especial del Capítulo VIII del Título VII del TRIS por cuanto no se halla entre las tipificadas en el mismo. Cuestión distinta es que pudiera considerarse merecedora de ello, lo que también resulta problemático habida cuenta de la naturaleza de la contraprestación. Así pues ha de aplicarse el régimen general.

En este sentido, la sociedad cedente obtendrá una renta por diferencia entre el valor de la contraprestación recibida y el valor contable de los activos y pasivos entregados. Cuando los cesionarios sean los socios podrá aplicarse la valoración por el valor normal de mercado al tratarse de una operación vinculada.

En caso de extinción, la sociedad cedente obtiene una renta por diferencia entre el valor de la contraprestación recibida por los socios y el valor contable de los activos y pasivos entregados. Los socios obtienen una renta por diferencia entre el valor de la contraprestación recibida y el valor contable de la participación sobre la entidad que se extingue, pudiendo los mismos disfrutar de la deducción para evitar la doble imposición de dividendos en los términos previstos en el artículo 30.3 del TRIS.

4.2.2. *Traslado de domicilio social.*

El traslado del domicilio social desde España a cualquier Estado miembro de la Unión Europea de una SE o una SCE puede acogerse al régimen del Capítulo VIII del Título VII del TRIS.

Los restantes supuestos de traslado de domicilio social no pueden acogerse a dicho régimen, habiendo de sujetarse a las reglas previstas en el artículo 17.1 del TRIS. En consecuencia la diferencia entre el valor de mercado y el valor contable de los activos debe integrarse en la base imponible excepto si los mismos quedan afectos a un establecimiento permanente situado en territorio español, concluyendo por causa del traslado un periodo impositivo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 del TRIS.

El traslado del domicilio social desde el extranjero a España carece en absoluto de regulación fiscal, cualquiera que sea el país de origen.

La regulación mercantil establece que el traslado *no afectará a la personalidad jurídica de la sociedad*, cuando la misma hubiere sido *constituída conforme a la ley de otro Estado parte del Espacio Económico Europeo*. En otro caso la continuidad de la personalidad depende de la *ley personal* de la entidad en cuestión.

Si no existe mantenimiento de la personalidad jurídica el sustrato de la operación es el de la constitución de una entidad. Así, nacerá un nuevo sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades. Si hay continuidad en la personalidad jurídica también aparece un nuevo sujeto pasivo de dicho impuesto desde el mismo momento de la fecha de inscripción del cambio de domicilio social. Las rentas obtenidas a partir de tal fecha deberán tributar por el Impuesto sobre Sociedades, siendo opinable si también deben hacerlo las plusvalías generadas antes del traslado pero puestas de manifiesto después, así como los ingresos que deriven de la adaptación de la contabilidad al Plan General de Contabilidad.

4.2.3. *Los efectos contables de la fusión.*

De acuerdo con lo previsto en el artículo 91 del TRIS *las rentas de las actividades realizadas por las entidades extinguidas a causa de las operaciones mencionadas en el artículo 83 de esta ley se imputarán de acuerdo con lo previsto en las normas mercantiles*. Significa esta remisión que la imputación, a efectos fiscales, de rentas entre las entidades intervinientes en la modificación estructural se supedita a los dictados de la norma mercantil respecto de los denominados efectos contables de la fusión. Pues bien, el artículo 31.7.^a del TRIS establece que el proyecto de fusión contendrá *la fecha a partir de la cual la fusión tendrá efectos contables de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad*.

En este sentido la consulta 75-1 del BOICAC interpreta que la fecha de efectos contables no puede ser anterior a la fecha de adquisición y que ésta se produce a raíz de la adopción del acuerdo de fusión por parte de las juntas generales. Por tanto, las rentas de la entidad adquirida, devengadas antes de la adopción del acuerdo de fusión, tributarán en sede de la misma. Las posteriores podrán hacerlo en sede de la entidad adquirente.

5. DECISIÓN DE LA COMISIÓN DE 8 DE JULIO DE 2009

La decisión aludida¹³ considera que el régimen fiscal holandés denominado *group interest box* no constituye ayuda de Estado en el sentido del artículo 87 del tratado. Con ello se abre paso al establecimiento de un régimen fiscal consistente en que los intereses derivados de las operaciones financieras entre entidades pertenecientes al mismo grupo mercantil de empresas tributan, tanto en cuanto ingresos como en cuanto gastos, de manera separada respecto de los restantes ingresos y gastos, al tipo de gravamen del 5 por 100.

Cuando las dos entidades concernidas, prestamista y prestataria, residen en los Países Bajos nada cabe objetar. Se trata de una medida que procura la neutralidad en el contexto del grupo mercantil respecto de las fuentes de financiación, ya que, en efecto, la ventaja de la entidad prestamista se compensa con la desventaja de la entidad prestataria de manera tal que el resultado conjunto se aproxima al que depara una financiación vía fondos propios en la que los dividendos no son fiscalmente deducibles y disfrutan de exención en sede del socio que los percibe. La medida fiscal se fundamenta y legitima en un equilibrio.

Pero cuando la entidad prestataria no reside en los Países Bajos el equilibrio se desploma. En este caso hay una ventaja fiscal para el grupo multinacional que financia vía préstamo a sus filiales no residentes en los Países Bajos desde su matriz o filiales residentes en los Países Bajos cuyo importe es igual a la diferencia entre el tipo nominal de gravamen al que tributa la entidad prestataria y el 5 por 100 multiplicado por el valor de los intereses devengados.

La Comisión ha visto perfectamente este efecto del régimen fiscal aludido pero ha concluido que no es imputable al mismo sino que *resulta de las disparidades fiscales entre las diferentes jurisdicciones*¹⁴. Esto es cierto, pero también lo es que el régimen fiscal *group interest box* procura una ventaja fiscal a los grupos de empresas multinacionales en relación con las empresas individuales y los grupos puramente internos, no a cargo del presupuesto fiscal holandés sino a cargo del presupuesto de los países en que residan las entidades prestatarias ya que tal régimen fiscal estimulará la financiación intra grupo mediante pasivos financieros antes que mediante fondos propios.

Son varias las implicaciones del régimen fiscal *group interest box*¹⁵, pero la que aquí se desea destacar es la relativa al efecto que puede tener sobre la articulación de las relaciones fiscales intra-comunitarias.

En un contexto en el que los intereses intra grupo están libres de retención debido a lo establecido en la Directiva 2003/49, la reacción lógica de las restantes jurisdicciones fiscales comunitarias es proteger sus intereses recaudatorios mediante el establecimiento de normas antisubcapitalización o normas restrictivas de la deducción de intereses. Ciertamente, ya en el quinquenio precedente bas-

¹³ C (2009) 4511 final.

¹⁴ Véanse apartados 110 a 117.

¹⁵ «La Decisión de la Comisión sobre el (*Group Interest Box*) neerlandés y sus implicaciones de política fiscal». *Quincena Fiscal*, número 3 de febrero de 2010.

tantes Estados miembros de la Unión Europea han levantado estas barreras protectoras ¹⁶, pero tal vez la iniciativa holandesa, y otra muy similar de Hungría, podrían animar estas tendencias.

Desde luego, no se derivaría de ello un reforzamiento del mercado interior. Por el contrario, una suerte de proteccionismo fiscal de nuevo cuño podría degenerar en supuestos de doble imposición y, en cualquier caso, de trabas, costes administrativos e ineficiencias que, en cierto modo, recuerdan las reacciones arancelarias desatadas con ocasión de la Gran Depresión del 29 ¹⁷.

El reproche, sin embargo, ha de ser situado debidamente.

Los Países Bajos argumentaron que el nuevo régimen fiscal pretendía la neutralidad para las relaciones financieras intra grupo. Este argumento era convincente en relación con los grupos internos, y totalmente carente de fundamento en relación con los grupos internacionales, respecto de los cuales tanto los Países Bajos como la Comisión eran conscientes de que creaba una ventaja fiscal que, además, podría perturbar la recaudación de otros Estados miembros y de países terceros

La iniciativa fiscal adoptada por los Países Bajos es correcta, a juicio de la Comisión, frente al régimen de las ayudas de Estado, y tal vez también lo pueda ser en relación con el Código de Buena Conducta pero, en la medida en que, finalmente, también se proyecte frente a los grupos multinacionales, pone en pie un riesgo fiscal para los restantes Estados miembros y países terceros. Los Países Bajos podrían evitar tal riesgo y lograr la ansiada neutralidad restringiendo el régimen del *group interest box* a los grupos internos, y de ello no se derivaría la oposición de ninguna libertad comunitaria, en particular la de establecimiento, si nos atenemos a la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que ya ha entendido justificada la retención sobre intereses transfronterizos a pesar de no existir retención sobre intereses internos por cuanto los mismos tributaban en sede de otra entidad residente ¹⁸.

Una reacción por parte de los Estados miembros o de países terceros a este tipo de medidas no puede generar un reproche, con tal que se respeten los principios básicos de la imposición en materia internacional, en particular los de territorialidad, libre concurrencia y proporcionalidad. Inversamente, la ausencia de reacción por parte de las jurisdicciones fiscales insuficientemente protegidas, máxime en un contexto de dificultades presupuestarias, no sería lo esperado y sí sería objetable.

Extraer las consecuencias que de todo ello se derivan respecto de nuestro sistema tributario no requiere otro esfuerzo que recordar el repliegue de la norma antisubcapitalización del artículo 20 del TRIS ordenada por la Ley 62/2003 ¹⁹.

Por tanto, las voces venidas de los boletines comunitarios, las modificaciones de las normas antisubcapitalización acaecidas en los países de nuestro entorno, y las experiencias relatadas en algu-

¹⁶ «New tendencies in tax treatment of cross-border interest of corporations». *Cahiers de droit fiscal international*. 2008.

¹⁷ TORTELLÁ, Gabriel y NUÑEZ, Clara Eugenia. *Para comprender la crisis*, 2009, pág. 51 y ss.

¹⁸ *Truck Center* (282-07).

¹⁹ PALAO TABOADA, C. «La Subcapitalización». Capítulo 21, apartado 8.2 de la obra colectiva *Fiscalidad Internacional*, dirigida por SERRANO ANTÓN, F. CEF.

nas resoluciones del TEAC sobre la materia destilan la necesidad de acometer un acción legislativa que podría aprovechar la experiencia acumulada.

No se trata, se opina, de restaurar el artículo 20 del TRIS en relación con los Estados miembros de la Unión Europea bajo premisas compatibles con la sentencia *Thin Cap Group*, al modo en como se ha producido la Ley 4/2008 en relación con la transparencia fiscal internacional.

Las insuficiencias del referido artículo, sistemáticamente desveladas por la doctrina²⁰, y el entendimiento más certero de la subcapitalización como estructura financiera anómala impuesta por la entidad matriz, ponen bien a las claras que lo que se necesita no es rehabilitar aquel precepto frente a la Unión Europea, sino un régimen fiscal relativo a la deducción de los intereses, ya se aloje en el propio artículo 20 o preferiblemente en el 16 del TRIS, en el bien entendido que se está ante una cuestión de carácter internacional, no interno.

No se trata, en suma, de retornar a una norma antisubcapitalización en sentido clásico, sino más bien de normar la distribución correcta de la carga financiera en el seno de un grupo multinacional, sea con sede en España o con presencia en ella, esto es, de lo que se trata es de aprobar una normativa que incorpore los postulados y exigencias de la denominada *worldwide allocation of interest*²¹ la cual afecta a todas las entidades del grupo incluida la entidad matriz pues, nótese bien, el exceso de intereses puede predicarse también de la inversión exterior de las matrices españolas.

En este escenario un régimen fiscal de la deducción de los intereses fundamentado en la correcta distribución de la carga financiera que soporta el grupo multinacional de empresas, sea extranjero o con sede en territorio español, frente a terceros, básicamente diseñada en proporción a los activos netos consolidados de cada entidad en relación con los activos netos consolidados del grupo al que pertenece, ofrece un modelo sólido y en sintonía con los principios de territorialidad, libre concurrencia y proporcionalidad.

²⁰ PALAO TABOADA, C., *op cit.* FALCÓN Y TELLA, R. «La subcapitalización, las ETVE y la planificación fiscal internacional (de riesgo)», *Quincena Fiscal*, diciembre 2009. CORDÓN EZQUERRO, T. y GUTIÉRREZ LOUSA, M. Capítulo 6 de la obra colectiva *La lucha contra el fraude y la evasión fiscal. Estrategias nacionales y comunitarias*, dirigida por COLLADO YURRITA, M.A. y coordinada por MORENO GONZÁLEZ, S. y SANZ DÍAZ-PALACIOS, A.

²¹ GRAETZ, M.J. «A Multilateral Solution for the Income Tax Treatment of Interest Expenses». *Bulletin for International Taxation*, noviembre 2008.