

## IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES Y REFORMA CONTABLE (II)

**EDUARDO SANZ GADEA**

*Licenciado en Derecho y Ciencias Económicas*

### **Extracto:**

**EN** la presente colaboración se comenta el régimen fiscal del deterioro de los instrumentos financieros de patrimonio contenido en el artículo 12.3 del Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades (TRIS). Este precepto ha sufrido una profunda modificación. En efecto, la redacción que del mismo ha establecido la Ley 4/2008 incorpora una deducción que no está supeditada al deterioro contable. Importante novedad en un tributo que ha venido apoyándose en la contabilidad y que ahora se aparta de la misma, aunque no de manera total puesto que la nueva deducción –partida fiscalmente deducible– se calcula en función de la evolución de los fondos propios de la entidad participada.

La nueva deducción afecta a las relaciones intragrupo las cuales integran la espina dorsal del Impuesto sobre Sociedades. A ellas ha dedicado especial atención el legislador en los últimos tiempos, pues entre estas relaciones se cuentan las denominadas operaciones vinculadas, que fueron objeto de amplia consideración en la Ley 36/2006, y también el régimen fiscal de los dividendos y plusvalías de cartera, el de los grupos fiscales, el de las fusiones y operaciones asimiladas, y el de la subcapitalización, todos ellos reformados, en mayor o menor medida, a raíz de la reforma contable, excepto el concerniente a la subcapitalización.

Singular importancia revisten los aspectos de política fiscal en su dimensión internacional.

La nueva regulación contable del deterioro y la respuesta dada por la Ley 4/2008 que, en el contexto internacional, implica algo similar a la integración proporcional de la renta negativa sufrida por la entidad filial extranjera en la renta de la entidad residente en territorio español tenedora de la participación, avivará las inquietudes sobre el conjunto de la fiscalidad relativa a los grupos de empresas multinacionales.

.../...

.../...

Véase la subcapitalización, aparentemente no afectada por la reforma contable y ajena al deterioro de los instrumentos de patrimonio, pero que contemplada desde la preferencia del fondo sobre la forma del artículo 34 del Código de Comercio y la evidencia de que las normas internacionales de información financiera se proyectan sobre el grupo multinacional de empresas, guarda innegables puntos de conexión con la realidad de dicho grupo de empresas multinacional, como así lo han puesto de relieve algunas señeras reformas acometidas en el último quinquenio en los países de nuestro entorno.

Véase el principio de territorialidad que tal vez reclame, entendido en su dimensión más profunda, que la renta obtenida por entidades residentes en territorio español pertenecientes a grupos multinacionales extranjeros no se vea frustrada por pérdidas sufridas por otras entidades del propio grupo residentes fuera del territorio español. Este es un punto crucial que la Ley 4/2008 no aborda, pero que la propia contextura de la partida fiscalmente deducible hace imposible soslayar.

Véase la transparencia fiscal internacional, reducida a una presencia puramente testimonial pero que, si bien se mira, es el reverso de la partida fiscalmente deducible respecto de las denominadas rentas pasivas.

En suma, la partida fiscalmente deducible creada por la Ley 4/2008 implica el efecto propio de la tributación en régimen consolidado transfronterizo en la vertiente de las pérdidas. ¿Progresará tan estimulante filosofía y rendirá frutos en otros ámbitos, tales como el de la subcapitalización, la territorialidad y la transparencia fiscal internacional? La superior realidad del grupo de empresas sobre las entidades que lo integran así lo amerita.

La nueva regulación es compleja, pero, en su conjunto, se asienta sobre una excelente técnica tributaria que ayudará a superar las dificultades.

**Palabras clave:** Impuesto sobre Sociedades, régimen fiscal del deterioro de los instrumentos financieros de patrimonio y reforma contable.

**NOTA:** Silvia LÓPEZ RIBAS, Inmaculada DÍAZ YANES e Igancio UCELAY SANZ han tenido la amabilidad de leer la colaboración y formular atinados comentarios. Los errores son exclusiva responsabilidad del autor.

# Sumario

1. El deterioro de los instrumentos de patrimonio y las relaciones intragrupo.
  - 1.1. Esbozo de la regulación fiscal de las relaciones financieras intragrupo.
  - 1.2. Líneas maestras de la modificación del artículo 12.3 del Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades.
  - 1.3. Problemas derivados de la coexistencia de dos regímenes fiscales.
2. El régimen contable del deterioro de los instrumentos de patrimonio.
  - 2.1. El deterioro de las inversiones financieras en sociedades dependientes, multigrupo y asociadas como causa determinante de la reforma del artículo 12.3.
  - 2.2. El deterioro de los instrumentos de patrimonio cotizados.
  - 2.3. El deterioro de los instrumentos de patrimonio no cotizados.
3. La nueva partida fiscalmente deducible.
  - 3.1. Ámbito de aplicación.
  - 3.2. Determinación del importe de la partida fiscalmente deducible.
  - 3.3. Límite de la partida fiscalmente deducible.
  - 3.4. Reintegro de la partida fiscalmente deducible.
4. Efectos derivados de la partida fiscalmente deducible.
  - 4.1. La doble imposición de dividendos.
  - 4.2. La doble imposición de plusvalías.
  - 4.3. La deducción por reinversión.
  - 4.4. El régimen de los grupos fiscales.

- 4.5. El régimen de fusiones y operaciones asimiladas.
- 4.6. El régimen de transparencia fiscal internacional.
- 4.7. La deducción en concepto de fondo de comercio financiero extranjero.
5. El límite fiscal respecto del deterioro contable.
  - 5.1. Ámbito de aplicación.
  - 5.2. Determinación de la cuantía del límite.
6. La recuperación de valor.
7. Problemas transitorios.
8. Aspectos de política fiscal.
  - 8.1. La función de la partida fiscalmente deducible en el sistema de tributación sobre los beneficios.
  - 8.2. Los grupos multinacionales.
  - 8.3. Paraísos fiscales.

## 1. EL DETERIORO DE LOS INSTRUMENTOS DE PATRIMONIO Y LAS RELACIONES INTRAGRUPPO

En la colaboración anterior se examinó el régimen fiscal de los ajustes contables de primera aplicación, y en ese contexto se comentó la nueva disposición transitoria vigésimo novena del TRIS concerniente a las correcciones de valor de instrumentos de patrimonio en la cual se hacía referencia y remisión al artículo 12.3 del TRIS.

### 1.1. Esbozo de la regulación fiscal de las relaciones financieras intragrupo.

Este precepto ha sufrido una modificación notable por obra y gracia de la Ley 4/2008, según veremos a lo largo de la presente colaboración. Ahora bien, dicho precepto, en unión de aquellos que regulan todo lo concerniente a los dividendos, intereses y plusvalías de cartera, configuran lo que podríamos denominar el régimen fiscal de las relaciones financieras intragrupo, materia esta que anida en la espina dorsal del Impuesto sobre Sociedades, máxime en el ámbito de una economía globalizada.

Y, ciertamente, el TRIS regula con generosidad tal materia, pues se pronuncia sobre la misma en un nutrido grupo de preceptos, la mayor parte de los cuales ha sufrido modificaciones al calor de la reforma contable, por tanto, en las todavía recientes Ley 16/2007 y Ley 4/2008.

Si echamos la vista atrás y contemplamos la versión original de la Ley 43/1995, podremos darnos cuenta de la magnitud de los cambios habidos desde entonces. Así:

- La eliminación de la doble imposición interna se constreñía a los dividendos, dejando fuera las plusvalías de cartera.
- La eliminación de la doble imposición internacional también se limitaba a los dividendos, y se fundamentaba en el denominado método de imputación.
- Excepcionalmente, los dividendos y plusvalías de cartera de valores extranjeros podían disfrutar de exención en el régimen de la entidad de tenencia de valores extranjeros, pero tal régimen fiscal quedaba constreñido a la propia entidad pues la misma no podía formar parte de un grupo fiscal ni los dividendos que distribuía daban derecho a la deducción para evitar la doble imposición interna.
- Las pérdidas por causa del deterioro contable de la participación sobre entidades dependientes, asociadas y multigrupo, se sujetaban a un límite.

- La deducción de los intereses transfronterizos intragrupo estaba limitada en virtud de una norma antisubcapitalización.
- Determinadas rentas pasivas podían ser atraídas a tributar en sede de la entidad matriz en el régimen de la denominada transparencia fiscal internacional.
- El fondo de comercio financiero carecía de eficacia fiscal, excepto cuando se ponía de manifiesto en el seno de una diferencia de fusión.
- Los grupos fiscales internos podían tributar en régimen de consolidación.

Hoy en día apenas si queda la fachada de la regulación inicial. La exención de dividendos y plusvalías de fuente extranjera, la partida fiscalmente deducible del fondo de comercio financiero extranjero y del fondo de comercio explícito, el desbordamiento del régimen de la entidad de tenencia de valores extranjeros ya plenamente integrada en los grupos fiscales, la exención de las plusvalías de cartera de fuente externa, el recorte de la norma antisubcapitalización frente a la Unión Europea y, ahora, tras la Ley 4/2008, la creación de una partida fiscalmente deducible vinculada a los instrumentos de patrimonio sobre entidades del grupo, multigrupo y asociadas, cuyo comentario es el objetivo de la presente colaboración, así lo atestiguan de manera inapelable.

## **1.2. Líneas maestras de la modificación del artículo 12.3 del Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades.**

La modificación introducida por la Ley 4/2004 en el artículo 12.3 del TRIS ha consistido, esencialmente, en establecer una partida fiscalmente deducible respecto de la participación en sociedades dependientes, asociadas y multigrupo, al margen del deterioro contable. Junto a dicha partida permanece la anterior regulación basada en el deterioro contable sometido a un límite fiscal, lo que ha determinado el fraccionamiento del régimen fiscal del deterioro contable en tres grupos:

- Instrumentos de patrimonio cotizados.
- Instrumentos de patrimonio no cotizados.
- Instrumentos de patrimonio representativos de la participación en sociedades dependientes, multigrupo y asociadas.

El régimen fiscal del primer grupo descansa íntegramente en la normativa contable, el del segundo en la normativa contable y un límite fiscal, y el tercero en una regulación exclusivamente fiscal.

Por tanto, la regulación contable del deterioro es relevante en relación con los dos primeros grupos, y absolutamente irrelevante respecto del tercero.

La modificación es sobresaliente, porque en la regulación precedente la normativa contable era relevante en todo caso, en la medida en que sin deterioro o depreciación contable no cabía la deducción fiscal.

Se abre así la puerta a un nuevo ajuste extracontable, en principio adverso a la neutralidad del Impuesto sobre Sociedades y, desde luego, a la filosofía que animó la reforma de 1995. Ya se verá que la decisión del legislador fiscal no ha sido caprichosa, aunque sí debatible. Y para ello se habrá de bucear en las aguas de la regulación contable del deterioro.

Puede observarse que los grupos precedentes no se adecuan estrictamente a la clasificación establecida en el Plan General de Contabilidad (PGC), pero ello no implica dificultad alguna, pues es fácil traducir a los mismos las citadas clasificaciones.

Finalmente, por razón del territorio en que reside la entidad participada, cabe la siguiente clasificación:

- Entidades residentes en territorio español.
- Entidades residentes en el extranjero paraíso fiscal.

Esta clasificación no es novedosa, pero sí lo es la matización que se introduce en relación con la Unión Europea.

### 1.3. Problemas derivados de la coexistencia de dos regímenes fiscales.

La redacción original del artículo 12.3 establecía un límite respecto de la corrección de valor contabilizada. Este límite era la diferencia positiva entre los fondos propios iniciales y finales. La redacción salida de la Ley 4/2008 mantiene el referido límite y, además, incorpora una partida fiscalmente deducible igualmente basada en la diferencia positiva entre los fondos propios iniciales y finales. Al tiempo, la diferencia entre los fondos propios iniciales y finales se corrige en el importe de los gastos que no tengan la consideración de fiscalmente deducibles. Véase, entonces, que en el mismo texto legal habitan dos regímenes distintos, y de aquí los problemas de relación.

Del texto legal se desprende inequívocamente que la nueva partida fiscalmente deducible tan solo podrá ser aplicada respecto de las empresas dependientes, multigrupo y asociadas, pero con ello no se resuelven todos los problemas de relación entre los dos regímenes. Veamos algunos:

- ¿Puede aplicarse el régimen del límite en relación con las empresas dependientes, multigrupo y asociadas o, por el contrario, tan solo el régimen de la partida fiscalmente deducible?
- ¿La minoración de los gastos fiscalmente no deducibles versa exclusivamente sobre la partida fiscalmente deducible o también sobre el límite?
- Bajo la hipótesis de que la respuesta a la primera cuestión fuere que el régimen del límite se aplica también respecto de las empresas dependientes, multigrupo y asociadas, ¿qué criterios regulan la opción entre ambos?

Nótese, en todo caso, que la importancia práctica de las respuestas descansa en la extensión de la minoración de los gastos fiscalmente no deducibles. En efecto, si tal minoración versa tanto sobre la partida fiscalmente deducible como sobre el límite fiscal, la incidencia cuantitativa de ambos regímenes será la misma, bajo la condición de que exista el deterioro contable. Por el contrario, si la minoración solo se aplica respecto de la partida fiscalmente deducible, dicha incidencia puede variar sensiblemente en algunos casos.

Queden planteadas las preguntas, pues su más certera contestación podrá realizarse con mayor fundamento una vez que se hayan examinado los dos regímenes, esto es, el de la partida fiscalmente deducible y el del límite fiscal.

## **2. EL RÉGIMEN CONTABLE DEL DETERIORO DE LOS INSTRUMENTOS DE PATRIMONIO**

La causa de la modificación del artículo 12.3 del TRIS, cuyo efecto final ha sido crear junto al límite fiscal una partida fiscalmente deducible independiente del deterioro contable, probablemente se halle en la regulación contable de dicho deterioro prevista en la norma de registro y valoración 9.<sup>a</sup> del PGC.

La nueva partida fiscalmente deducible no está supeditada a la existencia de deterioro contable. Por tanto, a diferencia de la regulación original, donde sin la existencia de una depreciación o deterioro contable no era posible la deducción fiscal, en la vigente la deducción fiscal opera al margen del deterioro contable. Desde esta perspectiva la regulación contable del deterioro ha perdido relevancia fiscal.

Ahora bien, como quiera que la partida fiscalmente deducible quede reservada para los instrumentos de patrimonio que constituyen una inversión financiera en sociedades dependientes, asociadas, y multigrupo, la regulación contable del deterioro es el antecedente de la deducción fiscal para el resto de los instrumentos de patrimonio.

En consecuencia, tanto porque la nueva partida fiscalmente deducible probablemente implica una suerte de huida del régimen contable del deterioro como porque para una parte de los instrumentos financieros todavía dicho régimen es relevante, conviene dar cuenta de sus líneas maestras.

### **2.1. El deterioro de las inversiones financieras en sociedades dependientes, multigrupo y asociadas como causa determinante de la reforma del artículo 12.3.**

#### *2.1.1. Síntesis de la regulación contable del deterioro.*

De acuerdo con lo previsto en la norma de registro y valoración 9.<sup>a</sup> 2.5.3 *Instrumentos financieros. Deterioro del valor*, el importe de la corrección valorativa o deterioro es la diferencia entre el

valor en libros y el importe del valor recuperable, para cuya estimación *se tomará en consideración el patrimonio neto de la entidad participada corregido por las plusvalías tácitas existentes en la fecha de valoración.*

La corrección del patrimonio neto con el importe de las plusvalías tácitas existentes en la fecha de cálculo del deterioro, entre las cuales se puede encontrar el propio fondo de comercio existente en la fecha de la valoración de acuerdo con el criterio del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) (BOICAC n.º 74), ha modificado radicalmente el cálculo de la depreciación, hoy deterioro. En efecto, de un sistema basado en los fondos propios y en las plusvalías adquiridas subsistentes (norma de valoración 8.ª del PGC de 1990), se pasa a otro basado también en los ajustes por valoración y la totalidad de las plusvalías latentes, incluido el fondo de comercio existente, o dicho en síntesis, en el cómputo del deterioro penetra el valor razonable, pues las plusvalías latentes son manifestación del mismo.

### *2.1.2. Cuestiones fiscales que suscita la nueva regulación contable del deterioro.*

Para el objeto de la presente colaboración no es necesario adentrarse en mayores profundidades. Es bastante constatar la radical modificación de la regulación contable del deterioro respecto de las inversiones financieras intragrupo. La nueva regulación contable recorta la magnitud del deterioro en relación con la precedente. Exactamente en el importe de las plusvalías tácitas no adquiridas existentes en la fecha de la valoración.

Y ello ha planteado un conjunto de problemas bastante ariscos:

- ¿Es correcto que la deducción fiscal por deterioro se vea recortada por causa de la nueva regulación contable?
- ¿Se creará una desigualdad radical entre el régimen individual y el de tributación consolidada?
- Si la respuesta a la cuestión anterior es positiva, ¿no podría existir un conflicto con el Derecho comunitario?
- ¿Cuál será la actitud de la Administración tributaria frente a la determinación de las plusvalías tácitas?
- ¿En cualquier caso, es compatible la regulación original del límite fiscal del artículo 12.3 del TRIS con la nueva regulación contable del deterioro?

El *Informe sobre la situación actual de la contabilidad en España y líneas básicas para abordar su reforma (ICAC 2002)* había alertado respecto de los efectos fiscales no deseados derivados de la previsible incorporación del modelo contable de las normas internacionales de información financiera, de manera tal que, desde entonces, ha sido moneda corriente entender que la recaudación por el Impuesto sobre Sociedades no debería verse influida por la modificación de la normativa contable.

La pérdida contable sufrida por una entidad del grupo fiscal inmediatamente repercute sobre la base imponible consolidada, surtiendo así efecto práctico en la tributación de la entidad matriz, habida cuenta de que la contabilización del deterioro es irrelevante en la medida en que debe ser ajustada o eliminada de acuerdo con lo previsto en el artículo 71 del TRIS, en tanto que dicha pérdida contable en el régimen de tributación individual tal vez no pueda surtir efecto en sede de la entidad matriz por quedar neutralizada a causa de las plusvalías tácitas impositivas del deterioro contable.

La importancia de esta divergencia se acrecienta si tomamos en consideración que en el grupo fiscal no tienen cabida las filiales extranjeras, por tanto tampoco las residentes en cualquiera de los Estados miembros de la Unión Europea, de manera tal que podría temerse una restricción a la libertad de establecimiento practicada por el país de la residencia de la entidad matriz, esto es, España.

La comprobación del cálculo de las plusvalías tácitas arrojaría sobre la Administración tributaria una carga de trabajo no despreciable, y de nada fácil realización. En efecto, si es difícil evaluar el deterioro de un fondo de comercio fruto de una combinación de negocios, cuanto más no lo habría de ser calcular el importe del mismo en ausencia de una transacción. Y esta carga, finalmente, hubiera llegado a los tribunales de justicia, aumentándose así la ya muy acrecida conflictividad.

Por último, es claro que la configuración original del límite fiscal del artículo 12.3 del TRIS ya no es compatible con la vigente regulación contable del deterioro, en la medida en que las pérdidas contables no implican necesariamente la existencia de aquel.

### *2.1.3. La respuesta consistente en la partida fiscalmente deducible.*

La respuesta que ha dado el legislador permite resolver todas las cuestiones precedentes.

En primer lugar, la partida fiscalmente deducible se aparta del deterioro contable vigente, pero sigue la huella de la depreciación contable del PGC de 1990, de manera tal que la nueva normativa contable no modifica la situación recaudatoria.

En segundo lugar, se mantiene la paridad entre la tributación individual y la consolidada, ahuyentándose así la tacha de infracción de la normativa comunitaria.

En tercer lugar, se evitan las enojosas cuestiones de valoración, de manera tal que se transita por el mismo camino que aconsejó la modificación del régimen fiscal del fondo de comercio en la Ley 16/2007.

En cuarto y último lugar, desaparecida la técnica del límite, huelga la cuestión de su compatibilidad con la nueva regulación contable del deterioro.

Detrás de las interrogantes apuntadas y de sus posibles respuestas se halla, muy probablemente, la decisión del legislador de efectuar un giro copernicano en materia de la eficacia fiscal del deterioro contable, desasiéndose de la contabilidad para crear una partida fiscalmente deducible.

Es probable que al legislador fiscal le haya costado mucho abdicar del principio de inscripción contable, ampliamente arraigado en la tradición normativa del Impuesto sobre Sociedades, y actualmente consagrado en el artículo 19.3 del TRIS, en una materia tan delicada como la concerniente a la comunicación de pérdidas en las relaciones matriz-filial o intragrupo, que es, en definitiva, lo que está en juego, y tal vez ello explique que la modificación se haya producido mediante enmienda en el Senado. Queda el consuelo de que la partida fiscalmente deducible se construye sobre una pérdida contablemente determinada.

Ahora bien, si es cierto que la partida fiscalmente deducible ha de contemplarse a modo de respuesta a la nueva regulación contable del deterioro, su función en el Impuesto sobre Sociedades ha de ser entendida bajo criterios de política fiscal y a ello se dedica el apartado 8 de la presente colaboración.

## 2.2. El deterioro de los instrumentos de patrimonio cotizados.

Los instrumentos de patrimonio cotizados se pueden integrar en la cartera de activos financieros mantenidos para negociar o en la de activos financieros disponibles para la venta.

Los instrumentos de patrimonio cotizados clasificados como activos financieros mantenidos para negociar no sufren deterioro puesto que se valoran por su valor razonable con imputación a la cuenta de pérdidas y ganancias. Los instrumentos de patrimonio disponibles para la venta sí son susceptibles de deterioro.

El deterioro de los instrumentos de patrimonio disponibles para la venta requiere la concurrencia de un evento que determine la falta de recuperabilidad del valor en libros, como, por ejemplo, un descenso *prolongado o significativo de su valor razonable*, presumiéndose que tal circunstancia concurre *ante una caída de un año y medio y de un cuarenta por ciento en su cotización*. La consulta 4 del BOICAC 77 ha interpretado que la presencia de una de las dos circunstancias constituye indicio de deterioro. La cuantía del deterioro se determinará por referencia al *valor razonable en el momento en que se efectúe la valoración*.

Los activos financieros disponibles para la venta pueden cotizar en un mercado activo, en cuyo caso la cotización será una buena expresión del valor razonable. Pero también pueden no hacerlo. A ellos se dedica el siguiente subapartado.

## 2.3. El deterioro de los instrumentos de patrimonio no cotizados.

Los instrumentos de patrimonio no cotizados clasificados como disponibles para la venta pueden sufrir deterioro en los términos referidos en el subapartado anterior. La cuantía del deterioro, igualmente, se determina por relación al valor razonable, pero aquí no existe una cotización que pueda tenerse por valor razonable, en cuyo caso habrá de acudir a *los modelos y técnicas de valoración* en el sentido del número 6.º del *Marco conceptual*.

### 3. LA NUEVA PARTIDA FISCALMENTE DEDUCIBLE

La novedad de la redacción del artículo 12.3 del TRIS salida de la Ley 4/2008 descansa en la creación de una partida fiscalmente deducible.

De acuerdo con lo previsto en el párrafo cuarto en relación con el segundo, del artículo 12.3 del TRIS, según redacción establecida por la Ley 4/2008, será fiscalmente deducible, *sin necesidad de imputación contable en la cuenta de pérdidas y ganancias*, el importe constituido por *la diferencia positiva entre el valor de los fondos propios al inicio y al cierre del ejercicio, debiendo tenerse en cuenta las aportaciones o devoluciones de aportaciones realizadas en él*.

La partida fiscalmente deducible así configurada es únicamente aplicable respecto de *las participaciones en el capital de entidades del grupo, multigrupo y asociadas*, según establece el párrafo cuarto del artículo 12.3 del TRIS.

Por consiguiente, lo que antes era un límite a la depreciación o deterioro de los instrumentos de patrimonio ahora es una partida fiscalmente deducible, exista o no deterioro contable. El deterioro contable es absolutamente irrelevante, como también lo es la conducta que respecto del mismo haya seguido la empresa. Así, la no contabilización de un deterioro realmente existente carece de trascendencia. También lo inverso.

No obstante no cabe identificar la partida fiscalmente deducible con el anterior límite fiscal pues para calcular los fondos propios, de acuerdo lo previsto en el párrafo quinto del artículo 12.3 del TRIS, se deberán tomar en consideración *los gastos del ejercicio que no tengan la consideración de fiscalmente deducibles de acuerdo con lo establecido en esta Ley*.

La partida fiscalmente deducible se inserta en la determinación de la base imponible a todos los efectos, de manera tal que, de acuerdo con lo previsto en el párrafo sexto del artículo 12.3, tiene *la consideración, a efectos fiscales, de corrección de valor, depreciación o deterioro de la participación*.

Finalmente, en el párrafo sexto del artículo 12.3 del TRIS se establece una obligación de información en memoria.

#### 3.1. Ámbito de aplicación.

Como se ha indicado, la partida fiscalmente deducible solo se aplica en relación con la participación mantenida en *entidades del grupo, multigrupo y asociadas en los términos de la legislación mercantil*.

La legislación mercantil a la que se remite la norma fiscal es la contenida en los artículos 42, 43 y 47 del Código de Comercio, en la norma 13.<sup>a</sup> de elaboración de las cuentas anuales del PGC, y en el Reglamento relativo a las normas para la elaboración de las cuentas anuales consolidadas.

Las normas citadas no tienen la misma finalidad. Las del Código de Comercio y las del Reglamento de consolidación tienen por objeto definir el perímetro de la consolidación y de la puesta en equivalencia a los efectos de la formulación de las cuentas consolidadas. Las del PGC versan sobre la presentación de las cuentas anuales individuales.

Por tanto, ha de dilucidarse con carácter previo las normas que deben ser tomadas en consideración.

Nótese que la norma fiscal no se remite al grupo de consolidación del artículo 42 del Código de Comercio, sino a las entidades del grupo, multigrupo y asociadas, esto es, a un ámbito más extenso. En este sentido podría entenderse que la legislación mercantil a la que apunta la remisión es la de mayor amplitud, por tanto no solo la contenida en el Código de Comercio sino también la del Reglamento de consolidación que la desarrolla, así como la del PGC.

### 3.1.1. Entidades del grupo.

La norma 13.<sup>a</sup> de elaboración de las cuentas anuales del PGC establece dos formas de pertenencia a un grupo de empresas:

- La existencia de una *relación de control, directa o indirecta, análoga a la prevista en el artículo 42 del Código de Comercio para los grupos de sociedades.*
- La existencia de un control *por cualquier medio por una o varias personas físicas o jurídicas, que actúen conjuntamente o se hallen bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias.*

Por tanto, a los efectos de la elaboración de las cuentas anuales, la condición de entidad del grupo se puede tener por virtud de una relación de tipo vertical u horizontal.

Es indudable que la participación sobre una entidad que pertenezca al grupo de empresas en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio abre la puerta a la partida fiscalmente deducible. Por el contrario, es dudoso que la participación sobre una entidad que no pertenezca al grupo en el sentido de dicho precepto habilite la partida fiscalmente deducible.

El TRIS, siempre cuidadoso en la remisión al artículo 42 del Código de Comercio cuando ha querido utilizar una relación de pertenencia al grupo, ha desfallecido en este punto, y de ahí las dificultades interpretativas.

Todos los supuestos determinantes de una relación de dependencia en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio ameritan la partida fiscalmente deducible, si bien la existencia efectiva de la misma requiere la existencia de una participación. Por tanto, una participación en los fondos propios inferior al 50 por 100 puede dar lugar a la partida fiscalmente deducible, con tal que concurra una de las causas que configuran la relación de dependencia de acuerdo con lo previsto en el referi-

do precepto. Y también puede suceder lo inverso, esto es, que una participación en los fondos propios superior al 50 por 100 no habilite una relación de dependencia en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio por cuanto no determine una participación mayoritaria en los derechos de voto y, por tanto, no haya lugar a la partida fiscalmente deducible, excepto si se presenta la relación de asociación o multigrupo.

### 3.1.2. Entidades multigrupo.

La norma 13.<sup>a</sup> de elaboración de las cuentas anuales del PGC describe dos situaciones que definen una sociedad como multigrupo:

- La gestión de una sociedad por otra sociedad conjuntamente con uno o varios terceros.
- La gestión de una sociedad por alguna o algunas de las sociedades de un grupo conjuntamente con uno o varios terceros.

El artículo 47 del Código de Comercio solamente se refiere a la segunda situación, pues su objetivo es incluir a la sociedad gestionada conjuntamente en el grupo de consolidación mercantil, siendo aplicable el método de integración proporcional.

Desde el punto de vista de la partida fiscalmente deducible parece que ambas relaciones deberían ser admitidas.

La norma contable no precisa lo que debe entenderse por gestión conjunta, de manera tal que deberá atenderse al sentido usual.

### 3.1.3. Entidades asociadas.

La norma 13.<sup>a</sup> de elaboración de las cuentas anuales del PGC hace descansar la relación de asociación en la concurrencia de una influencia significativa ejercitada por otra sociedad o por algunas sociedades ligadas por una relación de grupo.

La influencia significativa se describe como *el poder de intervenir en las decisiones de política financiera y de explotación de la participada, sin llegar a tener el control*. La participación ha de crear una *vinculación duradera* destinada a contribuir a la actividad de la sociedad o sociedades que la mantienen.

La influencia significativa se exterioriza a través de un conjunto circunstancias, todas ellas bastante flexibles y escasamente objetivas, si se exceptúa la representación en el consejo de administración, y se presume que existe, salvo prueba en contrario, *cuando la empresa o una o varias empresas del grupo incluidas las entidades o personas físicas dominantes, posean, al menos, el 20 por 100 de los derechos de voto de la sociedad*.

En este sentido, una participación del 20 por 100 normalmente determinará la relación de asociación, pero no es necesario que así sea. Inversamente en presencia de una participación inferior también puede haber relación de asociación.

### 3.2. Determinación del importe de la partida fiscalmente deducible.

La partida fiscalmente deducible toma como magnitud de partida la diferencia entre los fondos propios, iniciales y finales, y sobre ella, en su caso, han de practicarse dos correcciones, a saber, la derivada de *las aportaciones o devoluciones de aportaciones*, y la concerniente a *los gastos del ejercicio que no tengan la consideración de fiscalmente deducibles*.

#### 3.2.1. Los fondos propios.

El cálculo de los fondos propios está afectado por un conjunto de problemas, de los que cabe destacar los siguientes:

- Concepto de fondos propios.
- Momento al que debe referirse el cálculo.
- Potestad de comprobación respecto de los fondos propios.
- Cuentas a tomar en consideración, individuales o consolidadas.
- Normas contables españolas o extranjeras tratándose de entidades domiciliadas en el extranjero.
- Valoración en euros o en moneda extranjera tratándose de entidades domiciliadas en el extranjero.
- Efectos de la variación del tipo de cambio.
- Calificación de los ajustes por inflación.
- Incidencia de la cobertura contable.

##### 3.2.1.1. Concepto de fondos propios.

El párrafo quinto del artículo 12.3 del TRIS establece que *los fondos propios se determinarán de acuerdo con lo establecido en el Código de Comercio y demás normativa contable de desarrollo*.

El artículo 35 del Código de Comercio establece que en el balance figurarán *de forma separada el activo, el pasivo, y el patrimonio neto*, y también que *en el patrimonio neto se diferenciarán*,

*al menos, los fondos propios de las restantes partidas que lo integran.* El PGC distingue dentro del patrimonio neto la rúbrica *Fondos propios*, e identifica las partidas que se incluyen bajo la misma, al tiempo que señala las cuentas correspondientes. El saldo de las referidas cuentas, no todos ellos del mismo signo, determina el importe de los fondos propios.

En consecuencia, se estima que las acciones o participaciones que en términos contables tengan la consideración de pasivo no integran los fondos propios, que las acciones propias adquiridas los minoran, que las opciones sobre acciones propias los aumentan y, en fin, que los desembolsos no exigidos no los aumentan.

Véase, entonces, que los fondos propios responden a las calificaciones establecidas en el Código de Comercio y en el PGC, de manera tal que podría presentarse alguna divergencia respecto del la Ley de Sociedades Anónimas, como, por ejemplo, en ciertos casos de acciones sin voto o rescatables, o también de obligaciones convertibles. Pero es claro que los fondos propios son una rúbrica del balance y que este debe ser redactado según las normas contables.

Otras partidas, como las participaciones preferentes o la deuda subordinada o los créditos participativos, tampoco integrarán los fondos propios, pero aquí no hay novedad en relación con la normativa contable y mercantil anterior a la reforma contable.

### 3.2.1.2. Momento al que debe referirse el cálculo.

Los fondos propios que deben considerarse son los existentes *al inicio y cierre del ejercicio*. De antiguo se viene discutiendo si, en el ejercicio en que se adquiere la participación, los fondos propios iniciales son los existentes en el momento de la adquisición. Mas esta tesis tropieza con la ausencia de un balance en esa fecha. Cierto es que a través de la información contable se podría llegar a determinar un balance, pero este carecería de la aprobación por el órgano competente. En cualquier caso, la norma se refiere a los fondos propios *al inicio y cierre del ejercicio*, y convoca expresamente a *los balances formulados o aprobados por el órgano competente*.

### 3.2.1.3. Potestad de comprobación de la Administración tributaria.

¿Tiene la Administración tributaria potestad para rectificar los fondos propios a los efectos de determinar la partida fiscalmente deducible? Parece que la respuesta debe ser positiva, en razón a la previsión contenida en el artículo 13 de la Ley General Tributaria, pero una resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) negando a la inspección tributaria la facultad de rectificar las cifras contables a los exclusivos efectos de precisar la existencia de la causa de disolución prevista en el artículo 260.1.4.º del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA) en cuanto determinante de la exclusión del grupo fiscal podría poner en tela de juicio dicha facultad.

Con todo, se opina que la Administración tributaria, aplicando las normas contables y mercantiles pertinentes, podrá calificar las partidas del balance y también modificar su importe a los efectos de calcular los fondos propios que han de considerarse para determinar la partida fiscalmente deducible.

### 3.2.1.4. Cuentas individuales o consolidadas.

Cuando la entidad participada a su vez participa en otra u otras, y así sucesivamente, podría entenderse que, a efectos de la determinación de los fondos propios, no debemos detenernos en el balance individual sino que es preciso también tomar en consideración los fondos propios de las entidades participadas en la proporción que corresponda. Así lo hace la norma contable, la cual conoca *al patrimonio neto que se desprende de las cuentas anuales consolidadas*, lo cual es lógico, pues, en definitiva, la participación vale lo que vale el patrimonio neto de la entidad participada.

La doctrina administrativa relativa a la redacción original del artículo 12.3 del TRIS había venido sosteniendo que debía tomarse el balance individual. Ciertamente ello casaba bien con el literal del precepto el cual mencionaba a los fondos propios pero no a los fondos propios consolidados. Pero, nótese bien, esta doctrina administrativa se inscribía en el contexto de la determinación de un límite fiscal que operaba respecto de una partida contable para cuya determinación había de bucearse en la realidad del grupo mercantil al que pertenecía la entidad participada.

Antes la partida contable era el concepto fiscalmente deducible y la norma fiscal cercenaba, llegado el caso, su plena efectividad. Ahora es muy diferente, ya que lo que antes era límite se ha transformado en partida fiscalmente deducible. Antes, por decirlo de una manera gráfica, el trapezista tenía bajo sí la red de la depreciación o deterioro contable, especialmente tupida tras el nuevo PGC, pero ahora el trapezista opera sin red, y debe, por tanto, afinar su preparación, desarrollar las mejores técnicas, lo que aboga por una rectificación de la doctrina administrativa en el sentido de que debería orientar la construcción de la partida fiscalmente deducible sobre las cuentas consolidadas.

### 3.2.1.5. Normas contables españolas o extranjeras.

La partida fiscalmente deducible también puede derivar de entidades del grupo constituidas en el extranjero. Bajo la legislación precedente la doctrina administrativa entendió que los fondos propios debían determinarse de acuerdo con las normas contables españolas. No hay ningún motivo para entender que esta doctrina haya perdido validez, por más que la nueva redacción del artículo 12.3 del TRIS no se haya hecho eco de la misma. Por el contrario, ha ganado un cierto respaldo en la propia normativa contable la cual establece, a los efectos del cálculo del deterioro, que *el patrimonio neto a tomar en consideración vendrá expresado en las normas contenidas en la presente disposición (norma de registro y valoración 9.ª del PGC)*.

Además la remisión que el artículo 12.3 del TRIS efectúa al Código de Comercio a los efectos de determinar los fondos propios, sin hacer distinción alguna por razón del domicilio de la entidad participada, también presta apoyo para mantener la continuidad del criterio administrativo.

Corresponde al obligado tributario, con arreglo a las reglas generales de carga de la prueba del artículo 105 de la Ley General Tributaria, traducir los fondos propios a normas contables españolas,

para lo cual habrá de efectuar una conversión de todas las partidas del balance. Y ello deberá ser así cualquiera que fuere el lugar del domicilio social de la entidad participada, incluso si se trata de un Estado miembro de la Unión Europea o, desde luego, de un país favorecido por el Reglamento 1569/2007 de la Comisión, por el que se establece un mecanismo para la determinación de la equivalencia de las normas de contabilidad.

El cálculo de los fondos propios, y por tanto de la partida fiscalmente deducible, de acuerdo con normas contables españolas, tiene un sólido fundamento lógico. En efecto, la aplicación del Impuesto sobre Sociedades debe descansar en normas españolas. No sería lógico que la partida fiscalmente deducible dependiera de las normas contables extranjeras, por más que algunas sentencias del Tribunal Supremo hayan sentado el criterio contrario en una materia cercana cual es la concierne a la determinación de la renta obtenida a través de un establecimiento permanente acogido al método de exención.

#### 3.2.1.6. Valoración en euros o en moneda extranjera.

La nueva redacción del artículo 12.3 del TRIS no ha colmado la laguna existente en la redacción original respecto de la moneda en la que debe expresarse la diferencia entre los fondos propios al inicio y al fin del ejercicio. La doctrina administrativa había venido entendiendo que debía aplicarse el tipo de cambio vigente en las fechas de inicio y cierre del ejercicio de la entidad participada.

No parece que existan motivos para que tal criterio deba ser modificado, máxime cuando la norma contable, a los efectos del cálculo del deterioro contable, establece que *se aplicará el tipo de cambio de cierre al patrimonio neto y a las plusvalías tácitas*.

En virtud del criterio precedente se incorpora a la partida fiscalmente deducible el efecto derivado de la variación anual del tipo de cambio, de manera tal que la misma integrará tanto el derivado de las pérdidas contables calculadas según normas contables españolas como el de la mencionada variación. Por tanto, la partida fiscalmente deducible aumentará o disminuirá por causa de la variación del tipo de cambio.

#### 3.2.1.7. Efectos de la variación del tipo de cambio.

Cuestión conectada con la anterior es si la variación del tipo de cambio tiene algún efecto fiscal cuando la participación intragrupo ha sido adquirida mediante una transacción en moneda extranjera.

Lo primero que ha de abordarse es si tal supuesto de hecho cae, o no, dentro del ámbito de aplicación del artículo 12.3 del TRIS. Este precepto regula las *correcciones de valor pérdida por deterioro del valor de los elementos patrimoniales*. En consecuencia, lo que ha de averiguarse es si las modificaciones en el valor de un elemento patrimonial derivadas de la variación del tipo de cambio tienen o no la consideración de corrección de valor.

Si arrancamos del Código de Comercio, observamos que la corrección de valor por causa de deterioro no se anuda a una causa concreta. Cualquiera que sea la causa del deterioro debe practicarse la corrección de valor.

El PGC regula el deterioro en todas y cada una de las normas de registro y valoración dedicadas a los distintos activos, fundamentándose dicha regulación en la comparación entre el valor en libros y el valor recuperable. La moneda extranjera o, con mayor propiedad, las transacciones en moneda extranjera, se regulan específicamente en la norma de registro y valoración 11.<sup>a</sup>.

La regulación de las transacciones en moneda extranjera y del deterioro en normas de registro y valoración distintas responde a la distinta esencia de ambos fenómenos. En las transacciones en moneda extranjera se trata de traducir a euros el valor de un activo que será liquidado en moneda distinta del euro, y de ello puede derivarse un valor superior o inferior. En el deterioro se trata de minorar el valor contable cuando no sea recuperable, y de ello solo puede derivarse un valor inferior. En fin, la corrección de valor se aplica a los activos, fijos y circulantes, pero no a los pasivos, en tanto que la moneda extranjera también se aplica a los pasivos.

Desde las consideraciones precedentes cabría concluir que no siendo la moneda extranjera un supuesto de corrección de valor, los efectos derivados de la aplicación de la norma de registro y valoración 11.<sup>a</sup> del PGC no están comprendidos dentro del campo de aplicación del artículo 12.3 del TRIS.

Mas si reparamos en los efectos que se derivan de la aplicación de dicha norma respecto de las inversiones financieras intragrupo, vemos que, en cuanto partida no monetaria, la variación del tipo de cambio es irrelevante, a menos que provoque un descenso del importe recuperable de las mismas.

En efecto, la norma contable establece que *las partidas no monetarias valoradas a coste histórico se valorarán aplicando el tipo de cambio en la fecha de la transacción, si bien, la valoración así obtenida no podrá exceder, en cada cierre posterior, del importe recuperable en ese momento, aplicando a ese valor, si fuera necesario, el tipo de cambio de cierre; es decir, de la fecha a que se refieren las cuentas anuales.*

Véase, entonces, que debido a su naturaleza no monetaria las inversiones financieras intragrupo son inmunes a la variación del tipo de cambio, excepto si de ello se deriva un descenso de su valor recuperable. En este caso, para calcular el importe recuperable entra en juego la variación adversa del tipo de cambio. Pero, en este momento, ya estamos en el ámbito propio de la corrección de valor.

Así lo pone de relieve el hecho de que la cuenta 668 del PGC, destinada a recoger las diferencias negativas de cambio, únicamente mencione las *partidas monetarias*, de manera tal que en ella no pueden reflejarse las pérdidas relativas a las partidas no monetarias, las cuales habrán de recalar en la cuenta 696 del PGC, consagrada a recoger, entre otras partidas, *las pérdidas por deterioro de participaciones en inversiones de los subgrupos 24 y 25*, en los que, justamente, se deben ubicar las participaciones intragrupo.

El análisis contable del supuesto que nos ocupa demuestra que su naturaleza es la propia de la corrección de valor y, por tanto, que ha de ser subsumido en la hipótesis del artículo 12.3 del TRIS. Y ello tiene una consecuencia práctica resonante, a saber, que la partida fiscalmente deducible derivada de la variación adversa del tipo de cambio depende del importe de los fondos propios y no del valor contable de la inversión intragrupo. Ahora bien, la distancia entre ambas magnitudes, en la medida en que en el precio de adquisición se reflejaron plusvalías tácitas de los activos o un fondo de comercio o existían ajustes de valor en balance, puede ser enorme.

El efecto práctico es que la pérdida derivada de la variación adversa del tipo de cambio solo será fiscalmente deducible en la parte que idealmente se corresponda con los fondos propios, magnitud esta que, como se ha dicho, puede estar muy alejada del valor contable de la participación.

Naturalmente, la conclusión precedente puede ser sometida a crítica pues su efecto práctico adolece de una imperfección no desdeñable, a saber, que impide la deducción de buena parte de las pérdidas derivadas de la evolución desfavorable del tipo de cambio, tantas más cuanto mayor sea el exceso del precio de adquisición de la participación sobre los fondos propios de la entidad participada. De esta manera, todos los instrumentos de patrimonio cuyo deterioro se ciñe a la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRIS sufrirían una suerte de discriminación respecto del resto de los activos afectados por una transacción en moneda extranjera.

El razonamiento precedente podría justificar una interpretación diversa de la propuesta en líneas anteriores, consistente en que la corrección de valor debida exclusivamente a la evolución desfavorable del tipo de cambio sería fiscalmente deducible, sin que, claro está, en este caso, la partida fiscalmente pudiera incorporar el efecto imputable a tal evolución.

Queden ahí planteadas las dos interpretaciones, no sin antes advertir que la primera parece ajustarse más a la letra del artículo 12.3 del TRIS, y seguramente también a la doctrina administrativa existente en relación con la redacción original de dicho precepto.

### 3.2.1.8. Altas tasas de inflación.

Nada dice el artículo 12.3 del TRIS respecto de la incidencia de las altas tasas de inflación sobre la partida fiscalmente deducible. Este silencio abre la puerta a varias posibilidades interpretativas. Antes de examinarlas conviene recordar la contextura contable de las altas tasas de inflación, pues tales interpretaciones deberán, en alguna forma, tomarla en consideración.

La primera regulación contable de las altas tasas de inflación apareció en el artículo 57 del Reglamento para la formulación de las cuentas anuales consolidadas. Este precepto, actualmente en vigor a la espera de la nueva norma reglamentaria reguladora de la consolidación, establece que las cuentas de las sociedades extranjeras sometidas a altas tasas de inflación *deben ser ajustadas* debiendo aplicarse *las normas establecidas al efecto en el país donde radique la sociedad extranjera*.

La norma de registro y valoración 9.<sup>a</sup> 2.5.3 del PGC, precisamente en relación con el cálculo del deterioro, establece, a los efectos de calcular el patrimonio neto, que *si mediaren altas tasas de infla-*

*ción, los valores a considerar serán los resultantes de los estados financieros ajustados en el sentido expuesto en la norma relativa a moneda extranjera, la cual, a su vez, se remite las Normas para la Formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas que desarrollan el Código de Comercio.* En el actual estado de la normativa sobre consolidación tal remisión lleva al artículo 57 antes mencionado.

Véase, entonces, que el patrimonio neto de la entidad sujeta a altas tasas de inflación sufrirá una modificación al alza semejante en su etiología a aquella que en nuestro país se ha producido a raíz de la aprobación y aplicación de las denominadas normas de actualización o regularización de balances.

Ahora, una vez esbozada la naturaleza contable de las altas tasas de inflación, la cuestión que se presenta en relación con la determinación de la partida fiscalmente deducible es meridiana, a saber, si debe o no formar parte de los fondos propios.

Desde luego, en el PGC el ajuste por inflación no aparece mencionado entre los fondos propios. Mas no debe extrañarnos porque tal ajuste carece de sentido en un balance individual. El ajuste por inflación tiene sentido en un balance consolidado, pero no en uno individual, sin que obste a ello que deba ser tomado en consideración a los efectos de calcular el deterioro contable. En este ámbito basta saber que se integra en el patrimonio neto, sin que sea relevante la parte del mismo en donde debe ubicarse, esto es, los *fondos propios* o los *ajustes por cambio de valor*.

Por el contrario, en el campo fiscal la ubicación del ajuste por inflación sí es relevante, habida cuenta que la partida fiscalmente deducible se construye en función de los fondos propios.

Las altas tasas de inflación no provocan, por sí mismas, pérdidas contables, pero suelen ir acompañadas de la depreciación del signo monetario, de forma tal que el tipo de cambio evolucionará negativamente para la entidad que mantiene la inversión financiera intragrupo. Por tanto, como quiera que esta evolución negativa del tipo de cambio minorará el valor de los fondos propios a fin de ejercicio si la partida de ajuste por inflación se considera no integrante de los mismos, se produce un evidente desequilibrio. Para restaurarlo es necesario que, a los efectos del cálculo de la partida fiscalmente deducible, la referida partida se integre en los fondos propios.

### 3.2.1.9. Incidencia de la cobertura contable.

El riesgo de tipo de cambio en las inversiones en sociedades dependientes, multigrupo y asociadas puede ser objeto de cobertura contable. Este tipo de coberturas, de acuerdo con lo previsto en la norma de registro y valoración 9.<sup>a</sup> del PGC, se trata *como coberturas de valor razonable por el componente de tipo de cambio*, lo que significa que *los cambios de valor del instrumento de cobertura y de la partida cubierta atribuibles al riesgo cubierto se reconocerán en la cuenta de pérdidas y ganancias*.

Si la cobertura es eficaz los cambios en el valor razonable de la partida cubierta y del instrumento de cobertura tienden a compensarse, de manera tal que la variación adversa del tipo de cambio no determina quebranto alguno para la empresa.

La magnitud de los fondos propios al inicio y cierre del ejercicio no se ve alterada por la existencia de la cobertura contable y, por tanto, podría entenderse que la misma es irrelevante a efectos

de calcular el importe de la partida fiscalmente deducible. Dicho cálculo comprendería también la operación de traducir a euros las magnitudes expresadas en moneda extranjera.

Ahora bien, en tal caso el importe de la partida fiscalmente deducible reflejaría el impacto de la evolución del tipo de cambio cuando, realmente, tal evolución no ha incidido sobre el resultado contable en la medida de la eficacia de la cobertura. Esta consideración llevaría a sugerir la neutralización del impacto de la evolución del tipo de cambio, de forma tal que la traducción de la moneda extranjera al euro se haría en función de un tipo de cambio fijo que, razonablemente, podría ser el de la fecha de constitución de la cobertura contable.

Con todo, lo cierto es que el artículo 12.3 del TRIS nada dice sobre el particular, y que la creación de una partida fiscalmente deducible al margen del deterioro contable resta fuerza a los argumentos procedentes del campo contable.

### 3.2.2. *Los gastos fiscalmente no deducibles.*

El párrafo quinto del artículo 12.3 del TRIS establece que la diferencia entre los fondos propios iniciales y finales será corregida por *los gastos del ejercicio que no tengan la consideración de fiscalmente deducibles de acuerdo con lo establecido en esta Ley.*

#### 3.2.2.1. Finalidad de la norma.

El literal de la norma apunta a la siguiente operación: restar de la diferencia positiva entre los fondos propios iniciales y finales los gastos del ejercicio fiscalmente no deducibles.

El objetivo de la norma es claro. Se trata de evitar que en la partida fiscalmente deducible se computen los gastos no deducibles habidos por la sociedad participada. De esta manera se cercena la posibilidad de que a través de la corrección de valor se deduzcan implícitamente en sede de la sociedad participante gastos que son fiscalmente no deducibles. El objetivo parece atractivo, pero su plena culminación exige que la renta derivada de la transmisión de la participación también se corrija al alza en el importe acumulado de los gastos fiscalmente no deducibles. Este paso no se ha dado.

Lo inverso no está previsto, esto es, integrar en la diferencia de referencia partidas fiscalmente deducibles que no son, a su vez, gastos contables, como, por ejemplo, la partida concerniente al fondo de comercio del artículo 12.6 del TRIS o la relativa al arrendamiento financiero del artículo 115 del TRIS, entre otras. Y, desde luego, la propia partida del artículo 12.3 del TRIS, en la medida en que no se halle respaldada por un gasto contable.

#### 3.2.2.2. Gastos afectados.

¿Cuál es el conjunto de los gastos fiscalmente no deducibles a los que se refiere el texto legal? Cabe pensar que son los del artículo 14.1 del TRIS, ya que en el mismo, precisamente, se enumeran

aquellos que no tienen *la consideración de fiscalmente deducibles*. Pero esta interpretación no sería consecuente con la finalidad de la norma, cuyo servicio demanda que todos los gastos fiscalmente no deducibles disminuyan el importe de la partida fiscalmente deducible.

Bajo la segunda interpretación no se integrarán en la partida fiscalmente deducible, entre otros, los siguientes gastos:

- Todos los enumerados en el artículo 14.1 del TRIS.
- Las amortizaciones que excedan de los límites fiscales recogidos en el artículo 11 del TRIS.
- Las correcciones de valor de cualquier tipo que no se acomoden a las previsiones del artículo 12.3 del TRIS.
- Las dotaciones a las provisiones fiscalmente no deducibles del artículo 13 del TRIS.
- El exceso de valor sobre el de mercado de los gastos en operaciones vinculadas según lo previsto en el artículo 16 del TRIS.
- Las amortizaciones y correcciones de valor contables relativas a los activos adquiridos en operaciones de fusión y asimiladas cuando deba prevalecer el valor fiscal a que se refiere el artículo 85 del TRIS.

Enseguida se advierte que los gastos fiscalmente no deducibles lo son, unos, porque ni siquiera son gastos contables (retribución de los fondos propios), otros por su propia naturaleza (multas, pérdidas del juego, donativos y liberalidades), otros por las circunstancias concurrentes (paraísos fiscales), otros por causa de vinculación (operaciones vinculadas) y otros, en fin, por circunstancias de índole temporal (los restantes).

Puesto que la norma no distingue, no cabe distinguir, de manera tal que el importe de todos los gastos fiscalmente no deducibles disminuirá el importe de la partida fiscalmente deducible. Ahora bien, los gastos no deducibles por motivos temporales motivan una correlativa minoración de la base imponible en otro u otros períodos impositivos subsiguientes.

En tal caso, la diferencia positiva entre los fondos propios del inicio y del cierre del ejercicio debería aumentar en el importe de los gastos que no fueron deducibles y que ahora lo son, e incluso podría derivarse de ello la existencia de una partida fiscalmente deducible en presencia de un aumento de los fondos propios.

También puede suceder el caso inverso, esto es, que se presente un gasto a efectos fiscales que no tenga respaldo contable (amortización acelerada, arrendamiento financiero, fondo de comercio financiero extranjero...). En este caso no concurre un gasto fiscalmente no deducible sino la anticipación de un gasto contable y, por tanto, no deberá ser tomado en consideración a efectos de calcular el importe de la partida fiscalmente deducible. Por la misma razón será irrelevante el ajuste extracontable negativo del ejercicio en el que se devengue el gasto.

### 3.2.2.3. Los gastos fiscalmente no deducibles y la causa del descenso de fondos propios.

El descenso de los fondos propios puede proceder de una distribución de dividendos. En este supuesto no se advierte si han de tomarse en consideración los gastos fiscalmente no deducibles ni cuáles deban ser estos.

En efecto, así como cuando el descenso de los fondos propios deriva de la obtención de pérdidas no existe duda de que los gastos fiscalmente no deducibles son los habidos en el ejercicio de las pérdidas, pues tales gastos están relacionados con las pérdidas, tal relación no existe en el descenso de los fondos propios por causa de la distribución de beneficios. Varias alternativas se presentan, y, entre ellas, se señalan la consistente en no tomar en consideración los gastos fiscalmente no deducibles y la de tomar en consideración los del ejercicio en que se efectúa la distribución. La primera parece que guarda mayor afinidad con la naturaleza de la causa de la disminución de los fondos propios, pero su aplicación práctica carece de viabilidad.

### 3.2.3. Incidencia de las operaciones vinculadas.

Una operación realizada entre partes vinculadas por un precio o valor distinto al de mercado produce un desplazamiento patrimonial entre ellas y, consiguientemente, los fondos propios quedan afectados. La valoración de los elementos contables derivados de la operación vinculada por su valor razonable con la contrapartida de las cuentas más apropiadas a tenor del fondo de la operación según lo establecido en la norma de registro y valoración 21.<sup>a</sup> del PGC desvela el desplazamiento patrimonial, pero no lo neutraliza.

Así, un préstamo sin interés concedido por una sociedad del grupo a otra provocaría un desplazamiento patrimonial por el importe de los intereses de mercado, como también lo provocaría la transmisión de un activo por valor inferior al de mercado por el importe de la diferencia, y la contabilidad debe reflejar tal desplazamiento, mediante la valoración de los elementos derivados de la operación por su valor razonable y la utilización de las cuentas apropiadas al fondo de la operación. Pero el desplazamiento patrimonial ahí queda y, consecuentemente, la incidencia sobre los fondos propios.

Cuando el desplazamiento patrimonial responda al fondo de la aportación, lo pertinente es que la contrapartida del ajuste a realizar sea el valor de la participación y el patrimonio neto en el componente de fondos propios derivados de aportaciones recibidas. En tal caso, la operación vinculada no incidirá sobre el importe de la partida fiscalmente deducible en concepto de deterioro puesto que ya el propio artículo 12.3 del TRIS indica que deberán *tenerse en cuenta las aportaciones*. Similar reflexión cabe hacer cuando el fondo de la operación responda a una reducción de capital, puesto que el artículo 12.3 del TRIS también ordena tomar en consideración las *devoluciones de aportaciones realizadas*.

Cuando el fondo de la operación responda a la distribución de dividendos, lo pertinente es que la contrapartida del ajuste a realizar refleje la distribución y la recepción de los beneficios. En este supuesto la partida fiscalmente deducible sí queda afectada, por cuanto la distribución de beneficios

afecta los fondos propios de ambas sociedades. Nótese que, a efectos de la determinación de los fondos propios, en nada se distingue esta operación, desde el punto de vista sustancial, de la distribución formal de beneficios.

De acuerdo con lo expuesto, la incidencia de la operación vinculada en la partida fiscalmente deducible depende del fondo de aquella. Así, si implica una aportación o una devolución de aportación la incidencia es nula, por cuanto la propia norma fiscal neutraliza el impacto de las aportaciones y de las devoluciones, pero si implica una distribución de beneficios sí tendrá un impacto sobre los fondos propios, de la misma manera que la tiene cualquier distribución de beneficios realizada de acuerdo con las formalidades legalmente establecidas.

Ahora bien, si las sociedades concernidas no aplican escrupulosamente la norma de registro y valoración 21.<sup>a</sup> del PGC, no quedarán correctamente reflejados los efectos de la operación vinculada sobre los fondos propios, de donde se derivará una formación incorrecta de la partida fiscalmente deducible en concepto de deterioro. En tal caso probablemente cumpla a la inspección tributaria efectuar la regularización pertinente con apoyo en el artículo 143 del TRIS, de manera tal que los fondos propios que se tomarán en consideración serán los que hubieran existido en contabilidad bajo la hipótesis de la correcta aplicación de la norma de registro y valoración 21.<sup>a</sup> del PGC.

Nótese que no habrá de seguirse el procedimiento previsto en el artículo 21 del RIS por cuanto no se trata de aplicar el valor normal de mercado en el sentido del artículo 16 del TRIS, sino de calcular los fondos propios correctamente a los efectos de fijar el importe de la partida fiscalmente deducible.

### *3.2.4. Incidencia de las operaciones internas.*

Los fondos propios de una sociedad del grupo pueden variar como consecuencia de una transacción realizada con otra sociedad del grupo, pero ello no motiva una modificación de los fondos propios consolidados. Así, una sociedad puede registrar una pérdida en una transacción interna y con ello disminuyen sus fondos propios, pero mientras el objeto de la operación no se transmita a terceros el grupo de sociedades no sufre merma de sus fondos propios. En síntesis, la sociedad participada pierde y sus fondos propios disminuyen, pero el grupo de sociedades no pierde y sus fondos propios no disminuyen. También puede acontecer la operación inversa, esto es, ganancia en la sociedad participada sin ganancia en el grupo de sociedades. Y todo ello, obsérvese bien, sin que el valor convenido de la operación se aparte del valor razonable.

El artículo 12.3 del TRIS guarda silencio ante tan inquietante realidad, silencio que es tanto más significativo cuanto no son escasos los preceptos del TRIS que convocan la realidad del grupo de sociedades para establecer determinados regímenes, como pueden ser, entre otros, los concernientes al fondo de comercio, a la deducción por reinversión y a exención de dividendos y plusvalías de fuente extranjera.

La búsqueda de la verdad material orienta hacia la realidad del grupo de sociedades y, consecuentemente, a desestimar la modificación de los fondos propios derivadas de las operaciones pura-

mente internas, a la baja o al alza, a los efectos del cálculo de la partida fiscalmente deducible. Pero esta búsqueda no debe traspasar el umbral de lo que permite la norma, pues en tal caso no se recogería el fruto natural de la interpretación teleológica sino el espurio derivado de una suerte de creación de la norma por parte de su aplicador.

Ahora bien, tratándose de operaciones internas *de fusión, escisión y aportación no dineraria de un negocio*, deben aplicarse las reglas previstas en la norma de registro y valoración 21.<sup>a</sup> del PGC, lo que implica que, cualquiera que fueren los valores convenidos, los activos y pasivos transmitidos internamente deban valorarse bien *por el importe que correspondería a los mismos, una vez realizada la operación, en las cuentas anuales consolidadas del grupo según las Normas para la Formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas*, bien *según los valores contables existentes antes de la operación en las cuentas anuales individuales*.

En los casos referidos el valor convenido es sustituido, a efectos de la representación contable, por otros valores normativamente establecidos, de manera tal que la diferencia entre ellos debe registrarse en *una partida de reservas*.

Es claro, ahora sí, que el efecto de la transacción interna sobre los fondos propios del balance individual queda neutralizado o matizado en la forma expuesta.

Véase, sin embargo, que una de las transacciones internas más delicada, a saber, la concerniente a participaciones intragrupo, queda excluida de las reglas de valoración expuestas, por así establecerlo expresamente el último párrafo de la norma de registro y valoración 21.<sup>a</sup> del PGC.

### 3.3. Límite de la partida fiscalmente deducible.

La partida fiscalmente deducible se calcula minorando la diferencia positiva entre los fondos propios al inicio y al fin del ejercicio en el importe de los gastos fiscalmente no deducibles. Pero el párrafo cuarto del artículo 12.3 del TRIS añade una condición. En efecto, la deducción se produce *siempre que el valor de la participación, minorado por las cantidades deducidas en períodos impositivos anteriores, exceda del valor de los fondos propios de la entidad participada al cierre del ejercicio que corresponda a la participación, corregido en el importe de las plusvalías tácitas existentes en el momento de la adquisición y que subsistan en el de la valoración. La cuantía de la diferencia deducible no puede superar el importe del referido exceso*.

Esta norma reproduce lo previsto en el PGC de 1990 a cuyo tenor se tomaba como término de comparación, respecto del precio de adquisición, a efectos de calcular el importe de la corrección de valor, el valor teórico (fondos propios) *corregido en el importe de las plusvalías tácitas existentes en el momento de la adquisición de la participación y que subsistan*.

El texto transcrito ordena establecer una comparación entre dos términos: el valor de la participación minorado en el importe acumulado de la partida fiscalmente deducible y el importe de los

fondos propios al cierre del ejercicio aumentados en el importe de las plusvalías tácitas existentes y subsistentes. La deducción queda limitada a la diferencia positiva existente entre ambos.

Las magnitudes involucradas se configuran de manera diversa. Así, el valor de adquisición procede de una transacción o negocio jurídico, los fondos propios proceden de un documento contable, la plusvalía tácita existente procede de una asignación de valor y la plusvalía tácita subsistente de una estimación.

Varias son las cuestiones que se derivan de tal heterogeneidad. ¿Tiene carácter neto la plusvalía latente? ¿Debe asignarse la plusvalía entre los diferentes activos y pasivos y el fondo de comercio? ¿Bajo qué criterios ha de determinarse la subsistencia? ¿Es concebible un valor de adquisición inferior a la suma de los fondos propios y las plusvalías latentes netas? ¿Son plusvalías latentes netas las reflejadas en una partida de ajustes por valoración?

Antes de entrar en tales cuestiones conviene resaltar su trascendencia práctica, y para ello se propone un caso ideal: valor de adquisición 100, fondos propios 40, plusvalía imputable a fondo de comercio 50, plusvalía imputable a activo 25, pasivo a provisionar 15; en el ejercicio subsiguiente los fondos propios descienden en 20. Y la pregunta es si la partida fiscalmente deducible es 20. Supongamos que la plusvalía latente subsiste. Bajo tal hipótesis se contestaría que la partida fiscalmente deducible es 20 si se acepta que la plusvalía latente es neta, y que es 5 si solamente se toma como plusvalía la suma de los mayores valores positivos.

Supongamos que no hay pasivo a provisionar, de manera tal que la plusvalía latente es 75 (50 + 25). Pues bien, bajo la hipótesis de subsistencia de la plusvalía, la partida fiscalmente deducible sería 5. Ahora bien, esta solución supone que se acepta la posibilidad de un valor de adquisición inferior a la suma de los fondos propios y las plusvalías latentes. Esto no parece muy razonable, porque implica admitir un desequilibrio patrimonial en el contexto de un negocio jurídico oneroso. Pero podría suceder.

Por tanto, si se acepta que la plusvalía es la de carácter neto, y también que no cabe concebir un valor de adquisición superior a la suma de los fondos propios y la plusvalía neta, la partida fiscalmente deducible coincidirá con la disminución de los fondos propios, siempre que el valor de adquisición de la participación hubiere sido igual o superior a los fondos propios. En este sentido, la eficacia práctica de la norma que se comenta queda notablemente acotada.

En efecto, en virtud de la condición mencionada, cuando la participación se hubiere adquirido por un precio inferior al valor de los fondos propios no existirá la partida fiscalmente deducible hasta que las pérdidas contables sufridas a partir de la adquisición no mengüen los fondos propios en la cuantía suficiente como para que se produzca la igualdad entre el valor de adquisición y los fondos propios. Así, la norma veta que la partida fiscalmente deducible se presente en caso de pérdidas descontadas en el momento de adquirir la participación.

En el caso inverso la condición restrictiva no opera pues la mengua de los fondos propios por causa de pérdidas no altera la relación de superioridad del primer término de la comparación (el valor

de adquisición minorado en el importe acumulado de la partida fiscalmente deducible) respecto del segundo (los fondos propios corregidos en el importe de las plusvalías latentes subsistentes).

La interpretación precedente simplifica bastante la aplicación de la condición, porque, además de lo expuesto, elude la espinosa cuestión de la subsistencia de la plusvalía, ya que, bajo la misma, la condición restrictiva solo se aplica cuando el valor de adquisición no alcanza a los fondos propios, y esto solo sucede, precisamente, cuando median minusvalías netas.

Consecuentemente, existirá partida fiscalmente deducible en aquellos supuestos en los que, por ejemplo, entre los activos de la entidad participada en el momento de la adquisición de la participación aniden plusvalías latentes y las actividades ordinarias determinen pérdidas posteriores a la adquisición. Nótese que en este caso la corrección de valor contable no procede de acuerdo con el vigente PGC.

También parece que existirá partida fiscalmente deducible cuando la entidad participada obtenga beneficios de las actividades ordinarias y los distribuya en un ejercicio posterior en el que los beneficios obtenidos sean inferiores a los distribuidos. Nótese que en este caso tampoco procedería la corrección de valor contable de acuerdo con el vigente PGC. Pero no cabría la deducción para evitar la doble imposición de dividendos por lo que más adelante se dirá.

La disminución de fondos propios también se puede producir como consecuencia de la distribución de las plusvalías que, latentes en el momento de la adquisición de la participación, se materializan en un momento posterior, pues la relación de superioridad del primer término de la comparación puede mantenerse con tal que en el precio de adquisición se hubieran tomado en consideración otras plusvalías latentes o fondos de comercio y estos no subsistieran, total o parcialmente. Pero tampoco procedería la deducción para evitar la doble imposición de dividendos.

Si la interpretación precedente es correcta la partida fiscalmente deducible puede no tener su causa en las pérdidas contables sino en la distribución de beneficios, por más que el supuesto normal sea el de concurrencia de pérdidas.

Véase, entonces, que todas las cuestiones formuladas, excepto la relativa a los ajustes por valoración, han quedado implícitamente respondidas, o explicadas, si se quiere, a través de la interpretación de la función que la condición cumple en el sistema de determinación de la partida fiscalmente deducible. La relativa a la consideración de los ajustes por valoración ha de responderse, en atención al mismo criterio, en el sentido de que tales ajustes forman parte de las plusvalías latentes, por más que estén contablemente explicitadas.

No ha de ocultarse que la interpretación que se propone, ciertamente simplificadora, podría no casar bien con una literatura legal que apela a la estimación de la subsistencia de la plusvalía latente. Tal vez la explicación resida en que, en su afán de continuidad, el legislador fiscal ha insertado la norma contable del PGC de 1990 en un cuerpo diverso y se suscitan reacciones de rechazo razonablemente superables bajo una interpretación que atienda al espíritu y finalidad de la norma, que, se opina, consiste en evitar la configuración de la partida fiscalmente deducible en función de pérdidas descontadas en el momento de la adquisición de la participación.

La novedad de la norma ha podido dar lugar a una interpretación distinta de la mantenida en las líneas precedentes, a cuyo tenor la partida fiscalmente deducible podría ser aumentada en el importe de las plusvalías tácitas existentes en el momento de la adquisición de la participación y no subsistentes en el momento del cálculo de la partida fiscalmente deducible. Esta interpretación no casa con la letra de la norma ni se advierte que tenga una finalidad congruente pues ensancharía inopinadamente el importe de la partida fiscalmente deducible respecto de la corrección de valor fiscalmente deducible según la legislación precedente.

### 3.4. Reintegro de la partida fiscalmente deducible.

La segunda parte del penúltimo párrafo del artículo 12.3 del TRIS establece que las cantidades deducidas *se integrarán como ajuste positivo en la base imponible del período impositivo en el que el valor de los fondos propios al cierre del ejercicio exceda al del inicio.*

El hecho determinante de la integración es el aumento de los fondos propios, pero tomando en consideración *las aportaciones o devoluciones de aportaciones.* Una aportación fortalece los fondos propios, pero no da lugar al reintegro, y, por la misma razón, una devolución de aportaciones motiva una disminución de los fondos propios pero no frustra el reintegro. Por tanto, el aumento de los fondos propios que determina el reintegro ha de tener su origen en la obtención de beneficios.

La obtención de beneficios provoca el reintegro de la partida fiscalmente deducible, incluso cuando se efectúa una devolución de aportaciones que impide el crecimiento de los fondos propios. La norma, ya se ha visto, sale al paso de esta eventualidad y ordena la indiferencia respecto del reintegro. Ahora bien, los fondos propios también pueden disminuir por causa de la distribución de reservas o de dividendos a cuenta. Entonces cabe inquirir si tales atribuciones patrimoniales en favor de los socios frustran o no el reintegro de la partida fiscalmente deducible.

El análisis completo de la cuestión exige ponerla en relación con las normas concernientes a la eliminación de la doble imposición de dividendos y plusvalías así como con la denominada recuperación de valor del artículo 19.6 del TRIS. Con todo, puede realizarse también un análisis parcial tomando en cuenta exclusivamente el artículo 12.3 del TRIS.

Pues bien, tratándose de una distribución de dividendos con cargo a reservas se produce una disminución de los fondos propios jurídicamente distinta de la derivada de una devolución de aportaciones. Es cierto que para el socio que ha adquirido la participación constantes las reservas distribuidas el efecto de dicha distribución y el de la devolución de aportaciones es el mismo, pero la naturaleza jurídica de una y otra es diferente, de manera tal que una interpretación sistemática rechazaría su asimilación a los efectos del reintegro de la partida fiscalmente deducible.

El dividendo a cuenta también provoca una disminución de los fondos propios, pero tampoco puede ser asimilado a una devolución de aportaciones por más que su efecto práctico para el socio pueda ser el mismo.

En suma, la apelación que la norma hace a las devoluciones de aportaciones para impedir que frustren el reintegro de la partida fiscalmente deducible inherente a la obtención de beneficios tal vez hubiera debido proyectarse también sobre la distribución de dividendos con cargo a reservas existentes en el momento de la adquisición de la participación, y sobre la distribución de dividendos a cuenta. Pero no ha sido así.

Como ya se ha indicado, el análisis pleno de la cuestión exige tomar en cuenta la eliminación de la doble imposición de dividendos y plusvalías así como la recuperación de valor, lo que se hace en apartados sucesivos.

Una vez concretado el hecho que desencadena el reintegro ha de determinarse su importe. Lo que se integra en la base imponible son *las cantidades deducidas*. Cuando las cantidades deducidas derivaron exclusivamente de la diferencia entre los fondos propios iniciales y finales la cantidad a integrar es la diferencia entre los fondos propios finales e iniciales con el límite, claro está, de las cantidades deducidas. Pero cuando las cantidades a deducir fueron minoradas en el importe de los gastos fiscalmente no deducibles la determinación de la cantidad a integrar no es del todo clara.

La literalidad de la norma parece llevar a prorratear las cantidades deducidas respecto de la diferencia de fondos propios: cantidades deducidas  $\times$  diferencia de fondos propios finales e iniciales del ejercicio/diferencia de fondos propios iniciales y finales totales. Esta integración puede consumarse en un solo período impositivo, cuando numerador y denominador son iguales, o en varios períodos impositivos, tantos como hayan transcurrido para que se produzca dicha igualdad considerando todos los episodios de integración.

Panorama, ciertamente, no exento de cierta complejidad si se toma en consideración, entre otros aspectos, que el sentido de la evolución de los fondos propios puede ser diferente a lo largo de los períodos impositivos y la posible concurrencia de gastos no deducibles por razones meramente temporales.

#### 4. EFECTOS DERIVADOS DE LA PARTIDA FISCALMENTE DEDUCIBLE

El sexto párrafo del artículo 12.3 establece que *las cantidades deducidas minorarán el valor de dichas participaciones teniendo la consideración, a efectos fiscales, de corrección de valor, depreciación o deterioro de la participación*.

La partida fiscalmente surte dos efectos derivados:

- Determina un valor fiscal de la participación distinto de su valor contable.
- Tiene la consideración de corrección de valor a todos los efectos.

Por tanto, cuando se transmita la participación, la renta a computar será la contable aumentada en el importe de la partida fiscalmente deducible no integrada.

Se aprecia así que la partida fiscalmente deducible no implica una minoración permanente de la renta, sino meramente temporal, al igual que sucede con la corrección de valor contable que haya tenido eficacia fiscal. Esta circunstancia deberá reflejarse adecuadamente en los términos previstos en la norma de registro y valoración 13.<sup>a</sup> del PGC y, además, por imposición de la propia norma fiscal, darse cuenta de ella en la memoria de las cuentas anuales mediante la mención de *las cantidades deducidas en cada período impositivo, la diferencia en el ejercicio de los fondos propios de la entidad participada, así como las cantidades integradas en la base imponible del período y las pendientes de integrar.*

#### 4.1. La doble imposición de dividendos.

En los dos subapartados siguientes se comenta la relación entre los métodos para eliminar la doble imposición de dividendos y la partida fiscalmente deducible.

##### 4.1.1. Dividendos de fuente interna.

Antes de examinar la incidencia de la partida fiscalmente deducible en la deducción para eliminar la doble imposición de dividendos de fuente interna conviene apuntar algunas observaciones acerca de la relación entre el artículo 30.4 e) del TRIS y la normativa contable.

##### 4.1.1.1. El deterioro derivado de la distribución de beneficios.

El artículo 30.4 e) del TRIS establece que no se aplicará la deducción para evitar la doble imposición de dividendos cuando la distribución del beneficio *no determine la integración de renta en la base imponible o cuando dicha distribución haya producido una pérdida por deterioro del valor de la participación.*

La norma de registro y valoración 9.<sup>a</sup> del PGC prevé que se computarán como ingresos *los dividendos de activos financieros devengados con posterioridad al momento de la adquisición.* Inversamente, no se computarán como ingresos *los dividendos acordados por el órgano competente en el momento de la adquisición, ni tampoco los dividendos distribuidos (que) proceden inequívocamente de resultados generados con anterioridad a la fecha de adquisición porque se hayan distribuido importes superiores a los beneficios generados por la participada desde la adquisición.*

Ambos supuestos tienen en común que los beneficios distribuidos estaban económicamente incluidos en el precio de adquisición de la participación, y, por ello, en el primero se contabiliza un activo financiero específico y en el segundo se minorará el precio de adquisición de la participación. Fuera de estos dos supuestos toda distribución de beneficios debe contabilizarse como un ingreso, y, consecuentemente, determinar la integración de renta en el resultado contable y en la base imponible.

El PGC no contempla expresamente que la distribución de un dividendo pueda determinar el deterioro de la participación. Bajo la vigencia del PGC de 1990 tal supuesto se identificaba con el de

la distribución de beneficios generados antes de la toma de la participación, pero ahora estos beneficios deben menguar el precio de adquisición. ¿Cuándo, entonces, la distribución del beneficio supone un deterioro de la participación? Tal vez la respuesta más ortodoxa sea que la distribución del dividendo no puede ser causa de deterioro, pues, en efecto, el dividendo, de acuerdo con las normas contables, o es ingreso o forma parte del precio de adquisición.

Hay otra respuesta menos ortodoxa pero que sirve para dar contenido a la norma fiscal parcialmente transcrita, la cual, como se ha visto, supone que sí puede existir un deterioro por causa de la distribución del dividendo, y que consiste en reconducir el deterioro al supuesto de distribución de beneficios latentes en el momento de la adquisición de la participación materializados posteriormente, si bien este supuesto más probablemente deba ser contemplado como determinante de minoración del precio de adquisición.

Respecto a la deducción para evitar la doble imposición de dividendos la interpretación que deba prevalecer es irrelevante pues tal deducción no procede en ningún caso, esto es, tanto si estamos ante un supuesto de minoración del precio de adquisición como de deterioro.

#### 4.1.1.2. Efectos de la partida fiscalmente deducible respecto de la deducción.

Dicho lo anterior, lo que ahora nos ocupa es determinar los efectos que la partida fiscalmente pueda tener sobre la deducción para evitar la doble imposición de dividendos.

Pues bien, como quiera que la partida fiscalmente deducible tiene la consideración de deterioro, impedirá la deducción. Ahora bien, esto solo debería ser así cuando exista una relación de causa a efecto entre la distribución del dividendo y la disminución de fondos propios que da lugar a la partida fiscalmente deducible. Por tanto, cuando para determinar el importe de la partida fiscalmente deducible se hayan tomado en consideración gastos fiscalmente no deducibles la inaplicación de la deducción para evitar la doble imposición de dividendos solamente alcanzará hasta el importe de la partida fiscalmente deducible. Mas si estos gastos son de carácter temporal tal vez debería prevalecer la solución contraria, esto es, inaplicar la deducción sobre el importe de los fondos propios minorados a causa de la distribución de dividendos.

Sí podrá simultanearse la partida fiscalmente deducible y la deducción para evitar la doble imposición de dividendos cuando el sujeto pasivo pruebe que un importe equivalente a aquella se ha integrado en la base imponible de la persona o entidad de quien fue adquirida la participación, con fundamento en lo previsto en los números 1.º y 2.º del artículo 30.4 del TRIS.

#### 4.1.2. Dividendos de fuente extranjera exentos.

El artículo 21.4 del TRIS establece que *si se hubiera aplicado la exención a los dividendos de fuente extranjera, no se podrá integrar en la base imponible la depreciación de la participación,*

*cualquiera que sea la forma y el período impositivo en que se ponga de manifiesto, hasta el importe de dichos dividendos.*

Esta norma admite dos interpretaciones: la puramente literal, en cuya virtud una vez aplicada la exención a los dividendos de fuente extranjera cualquier deterioro de la participación o incluso las pérdidas habidas en su transmisión no se integran en la base imponible y la sistemática, en cuya virtud el deterioro o las pérdidas concernidas son aquellas que se derivan de la distribución del dividendo.

Cualquiera que fuere la interpretación procedente, la partida fiscalmente deducible no podrá integrarse en la base imponible por cuanto tiene la consideración de *depreciación*, cuando concorra con un dividendo de fuente extranjera exento derivado de la propia participación, en los términos previstos en el referido artículo.

#### *4.1.3. Dividendos de fuente extranjera sujetos al método de imputación.*

El artículo 32.5 del TRIS establece que *no se integrará en la base imponible del sujeto pasivo que percibe los dividendos o la participación en los beneficios la pérdida por deterioro del valor de la participación derivada de la distribución de los beneficios, cualquiera que sea la forma y el período impositivo en que dicha pérdida se ponga de manifiesto, excepto que el importe de los citados beneficios haya tributado en España a través de cualquier transmisión de la participación, y añade que cuando el dividendo o la participación en beneficios no determine la integración de renta en la base imponible por no tener la consideración de ingreso, procederá aplicar la deducción cuando el sujeto pasivo pruebe que un importe equivalente a ese dividendo o participación en beneficios ha tributado en España a través de cualquier transmisión de la participación.*

No es el momento de examinar si, tal y como presupone la norma, la distribución del beneficio puede determinar el deterioro de la participación o, por el contrario, tal distribución solo puede determinar una minoración del valor de adquisición o la liquidación de un activo financiero representativo del valor de adquisición del cupón que incorpora el derecho al dividendo.

Lo relevante, en este momento, es destacar la incompatibilidad entre la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRIS y la imputación o deducción de los impuestos satisfechos en el extranjero respecto del beneficio del que procede el dividendo a que se refiere el artículo 32 del TRIS.

Ya se han explicado en un apartado anterior los supuestos en los que puede existir una partida fiscalmente deducible sobre la base de un descenso de los fondos propios no determinado por la concurrencia de pérdidas sino por la distribución de beneficios. Pues bien, cuando tal distribución motive un deterioro de la participación o la no integración de renta en la base imponible, no pueden practicarse, al tiempo, la imputación o deducción de los impuestos extranjeros y la deducción de la partida fiscalmente deducible.

Ahora bien, cuando se pruebe la tributación en España de las plusvalías obtenidas por la persona o entidad de quien fue adquirida la participación en los términos mencionados, podrán simul-

tanearse ambas deducciones, esto es, la partida fiscalmente deducible y la correspondiente a los impuestos extranjeros.

## 4.2. La doble imposición de plusvalías.

La doble imposición de plusvalías de cartera se elimina a través de una deducción vinculada a la tributación de los beneficios generados durante el tiempo de tenencia de la participación, en los términos previstos en el artículo 30.5 del TRIS, o de la exención plena de la plusvalía, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 del TRIS, según se trate de instrumentos de patrimonio españoles o extranjeros, respectivamente.

### 4.2.1. Plusvalías de fuente interna.

Para el cálculo de la deducción por plusvalías de fuente interna ha de notarse que el importe de la partida fiscalmente deducible aumenta el importe de la plusvalía, lo que deberá tomarse en consideración a los efectos de la selección de la base de cálculo de la deducción, esto es, rentas computadas derivadas de la transmisión frente a beneficios generados y acumulados durante el tiempo de tenencia de la participación, la menor de las dos.

### 4.2.2. Plusvalías de fuente extranjera.

El artículo 21.2 b) del TRIS excluye de la exención de la plusvalía de fuente extranjera aquella porción de la misma que se corresponda con *alguna corrección de valor sobre la participación transmitida que hubiera resultado fiscalmente deducible*.

La partida fiscalmente deducible, en cuanto corrección de valor a efectos fiscales, determina un correlativo aumento de la renta derivada de la transmisión que no podrá disfrutar de exención.

Véase, entonces, que la partida fiscalmente deducible opera del mismo modo que la corrección de valor contable.

## 4.3. La deducción por reinversión.

El artículo 42.7 del TRIS establece, a los efectos de calcular la base de la deducción, que *no formarán parte de la renta obtenida en la transmisión el importe de las pérdidas por deterioro... en cuanto las pérdidas hubieran sido fiscalmente deducibles*.

Por tanto, la partida fiscalmente deducible aumenta la renta gravable derivada de la transmisión de la participación pero no la base de cálculo de la reinversión.

#### 4.4. El régimen de los grupos fiscales.

##### 4.4.1. La partida fiscalmente deducible y la formación de la base imponible consolidada.

A efectos de la formación de la base imponible individual de las distintas entidades del grupo fiscal la partida fiscalmente deducible correspondiente a participaciones sobre otras entidades del grupo fiscal también deberá ser tomada en consideración.

La corrección de valor de una participación intragrupo debe ser eliminada, y la reversión de la corrección de valor motiva la correspondiente incorporación, con signo opuesto, de acuerdo con las reglas generales para la determinación de la base imponible del grupo fiscal previstas en el artículo 71 del TRIS.

La partida fiscalmente deducible tiene la consideración de corrección de valor, y, consecuentemente, motivará la eliminación y la incorporación en los términos expuestos.

La eliminación se practicará en el período impositivo en el que surta efecto la partida fiscalmente deducible. La incorporación en el período impositivo en el que la partida fiscalmente deducible deba integrar la base imponible como ajuste positivo.

La consideración que la partida fiscalmente deducible tiene de corrección de valor determina que respecto de la misma sea aplicable lo previsto en el artículo 73.3 del TRIS, para el caso de abandono del grupo por parte de la entidad participada. Por consiguiente, si la entidad participada asume la compensación de bases imponibles negativas la partida fiscalmente deducible será objeto de incorporación con signo negativo, pero si no se produce tal asunción no habrá lugar a la referida incorporación.

En fin, la partida fiscalmente deducible corre la suerte de la corrección de valor contable.

##### 4.4.2. La congruencia de la partida fiscalmente deducible en el régimen de los grupos fiscales.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe reflexionar respecto de la coherencia de aplicar la partida fiscalmente deducible en el régimen de los grupos fiscales. Y también respecto de las causas de una eventual ausencia de la corrección de valor contable, mediando pérdidas de una entidad del grupo, basada en la existencia de un valor recuperable en términos de valor razonable o de flujo de efectivo que excede del valor contable de la participación, y sus efectos respecto de lo previsto en el artículo 73.3 del TRIS. Ambas cuestiones están estrechamente relacionadas, como seguidamente se verá.

Puesto que la base imponible negativa padecida por una entidad del grupo se integra en el proceso de determinación de la base imponible consolidada parece claro que la partida fiscalmente deducible duplica dicha base imponible negativa, de lo que puede inferirse que la partida fiscalmente deducible es superflua o, alternativamente, que no lo es pero que debe ser objeto de eliminación y posterior incorpo-

ración bajo los términos previstos en el artículo 73.3 del TRIS, esto es, según se ha indicado, cuando la entidad que sufrió la base imponible negativa abandone el grupo fiscal y *asuma el derecho a la compensación de la base imponible negativa correspondiente a la pérdida que determinó la corrección de valor*, de manera tal que si la referida base imponible negativa se compensó con otras positivas en el proceso de formación de la base imponible consolidada la incorporación no será procedente.

El mandato contenido en el artículo 73.3 del TRIS parte de un supuesto lógico, a saber, que las pérdidas de la entidad dependiente motivan la correspondiente corrección de valor en sede de la dominante o de la entidad del grupo que en la misma participa. Este supuesto era totalmente válido bajo la regulación contable del PGC de 1990, donde, en efecto, la corrección de valor se vinculaba al descenso del valor teórico causado por pérdidas. En el vigente PGC tal vinculación no existe, de manera tal que las pérdidas no siempre obligan a practicar una corrección de valor. Véase, entonces, que el supuesto lógico en el que se asienta el artículo 73.3 desaparece. ¿Se deriva de ello algún inconveniente?

Ninguno si la entidad dominante acertó en la estimación del valor recuperable, pero si no acertó con ocasión de la transmisión de la participación se producirá una pérdida que motiva, en principio, un doble cómputo de la pérdida sufrida por la entidad participada en cuanto la misma hubiera sido compensada en el proceso de formación de la base imponible del grupo fiscal, doble cómputo que no se produce si la entidad dominante hubiera practicado la correspondiente corrección de valor pues en tal caso la reversión de la misma la neutraliza.

Vigente el PGC de 1990 la regularización del doble cómputo de la pérdida se podía basar en el incumplimiento palmario de la norma 8.<sup>a</sup> de valoración, la cual, como se ha señalado, convocaba al valor teórico como elemento determinante de la corrección de valor. Bajo el vigente PGC la regularización se habrá de basar en el incumplimiento de la norma de registro y valoración 9.<sup>a</sup> con el fundamento de la prueba de una estimación deficiente del deterioro. Ya no existe el amparo del incumplimiento palmario, sino del fallo en la estimación. La situación es distinta. Véase, incluso, que la estimación pudo ser correcta y, sin embargo, aparecer pérdidas en la transmisión de la participación ajenas a un deterioro motivado por las pérdidas. Todo esto puede suceder.

Para evitar la conflictividad que se dibuja tras la reflexión precedente bastaría con configurar la partida fiscalmente deducible, en el ámbito de los grupos fiscales, como una eliminación que ha de practicarse necesariamente en respuesta a una integración también necesaria de la misma en la base imponible de la entidad dominante o participe. En suma, la obligatoriedad de la partida fiscalmente deducible en el régimen de los grupos fiscales salvaría la dificultad descrita, si bien, para ser exactos, la partida fiscalmente deducible debería, al efecto de determinar el valor fiscal de la participación, despojarse de los gastos fiscalmente no deducibles.

Véase, entonces, cómo la partida fiscalmente deducible podría jugar el papel de neutralizar del doble cómputo de pérdidas de una manera automática. Sin embargo, el legislador no ha sido sensible a esta posibilidad, tal vez porque confie en que el descenso de fondos propios por causa de pérdidas motivará una corrección de valor en el contexto de una adecuada estimación del valor recuperable. Con todo, hubiera sido preferible asegurar la regularidad de la situación tributaria aprovechando el pie que daba la partida fiscalmente deducible, en méritos a aliviar la conflictividad.

#### 4.5. El régimen de fusiones y operaciones asimiladas.

La partida fiscalmente deducible, al igual que el deterioro contable, está asociada a la tenencia de una participación que, como consecuencia de una operación de fusión o asimilada, puede desaparecer.

Así sucede cuando se absorbe a la entidad participada. En este supuesto, a los efectos de calcular la diferencia de fusión fiscal, habrá de minorarse el *precio de adquisición* a que se refiere en el artículo 89.3 del TRIS en el importe acumulado de la partida fiscalmente deducible. ¿Recobran efectividad los gastos fiscalmente no deducibles, bajo la capa de la diferencia de fusión?

Del mismo modo, en caso de canje de la participación por causa de fusión de la entidad participada, los instrumentos de patrimonio recibidos se valorarán tomando en consideración la partida fiscalmente deducible acumulada, que surtirá, lógicamente, un efecto de minoración.

#### 4.6. El régimen de transparencia fiscal internacional.

A causa del régimen de transparencia fiscal internacional determinadas rentas positivas, obtenidas por una entidad residente en el extranjero y controlada por entidades y/o personas físicas residentes en territorio español, son incluidas en la base imponible de la imposición personal de las mismas, en los términos previstos en el artículo 107 del TRIS.

Comoquiera que las rentas negativas no son objeto de inclusión se plantea la cuestión de la viabilidad de la partida fiscalmente deducible.

Podría sostenerse que la partida fiscalmente deducible es equivalente a la renta negativa, y que, por tanto, su admisión representa la inclusión de la renta negativa. Este argumento es cuestionable porque tal equivalencia no es necesaria.

La transparencia fiscal internacional ordena la inclusión de determinadas rentas positivas en la base imponible, pero no establece nada respecto del deterioro de la participación, de manera tal que es posible sostener la aplicación del régimen de la partida fiscalmente deducible.

Ciertamente, en relación con la transparencia fiscal interna, los tribunales de justicia han venido considerando improcedente la deducción por deterioro con base en la expresa prohibición normativa de imputación de la base imponible negativa. En la transparencia fiscal internacional no existe tal prohibición, y, sobre todo, la renta de la entidad no tiene necesariamente la misma composición que la renta positiva imputable.

Por todo ello, la exclusión incondicional de la partida fiscalmente deducible no parece correcta, pero sí podría serlo su depuración en el importe de la renta tipificada como susceptible de inclusión en cuanto presentase carácter negativo.

#### 4.7. La deducción en concepto de fondo de comercio financiero extranjero.

El apartado 5 del artículo 12 del TRIS establece una partida fiscalmente deducible al margen de cualquier reflejo en contabilidad construida en función del fondo de comercio implícito en el valor de adquisición de la participación sobre determinadas entidades no residentes en territorio español.

Esta partida fiscalmente deducible es *compatible, en su caso, con las pérdidas por deterioro a que se refiere el apartado 3* del artículo 12. En consecuencia, teniendo la partida fiscalmente deducible la consideración de *deterioro de la participación*, ha de admitirse que ambas partidas fiscalmente deducibles tengan cabida en la misma liquidación.

En la redacción original del artículo 12.5 del TRIS la compatibilidad se predicaba respecto de la depreciación contable fiscalmente deducible bajo el respeto del límite previsto en el artículo 12.3 del TRIS. Ahora, con la misma redacción, la compatibilidad se extiende al nuevo concepto que anida en el artículo 12.3 del TRIS, esto es, la partida fiscalmente deducible.

Ambas partidas tienen un fundamento común consistente en crear una deducción fiscal sin respaldo contable pero construidas en función de características contables que concurren en la entidad participada.

Se advierte, sin embargo, que la regulación de la partida fiscalmente deducible del apartado 3 es más acabada que la del apartado 5. En efecto, la consideración que a aquella se da como *corrección de valor, depreciación o deterioro de la participación*, la inserta en la estructura de la base imponible y de ciertas deducciones de la cuota íntegra, según se ha expuesto anteriormente, lo que no puede decirse de la partida fiscalmente deducible del apartado 5, por más que algunas consultas administrativas hayan intentado colmar este vacío calificándola como menor valor de la participación a efectos fiscales, lo cual es técnicamente correcto y probablemente responda al espíritu de la norma, cuya imperfección, ahora, es más notoria.

En el fondo la partida fiscalmente deducible del apartado 5 implica una suerte de excepción al límite fiscal del apartado 3, lo que refuerza su compatibilidad con la partida fiscalmente deducible de este apartado.

### 5. EL LÍMITE FISCAL RESPECTO DEL DETERIORO CONTABLE

Los tres primeros párrafos del artículo 12.3 del TRIS apenas han sufrido variación a raíz de la nueva redacción establecida por la Ley 4/2008. En efecto, tales párrafos establecen un límite respecto del deterioro contable, de manera tal que dentro de dicho límite el referido deterioro será fiscalmente deducible.

El límite es *la diferencia positiva entre el valor de los fondos propios al inicio y al cierre del ejercicio, debiendo tenerse en cuenta las aportaciones o devoluciones de aportaciones realizadas en él.*

No se ha modificado, pues, la redacción establecida por la Ley 16/2007, la cual, a su vez, no implicó sino una mera modificación terminológica respecto de la redacción original.

### 5.1. **Ámbito de aplicación.**

Si se toma en consideración el tenor literal del primer párrafo del artículo 12.3 del TRIS ha de concluirse que el régimen del límite fiscal se aplica respecto de dos tipos de instrumentos de patrimonio:

- Emitidos por entidades que no coticen en un mercado regulado.
- Inversiones financieras en entidades del grupo, multigrupo y asociadas, coticen o no en un mercado regulado.

En el primer grupo se encuentran los instrumentos financieros disponibles para la venta no cotizados en un mercado regulado. Por tanto, los que coticen en un mercado regulado no están sujetos al límite fiscal, siendo fiscalmente deducible el deterioro contable. En consecuencia, según exista o no cotización en un mercado regulado opera o no el límite fiscal, y de ahí la importancia del concepto *mercado regulado*, aspecto este que está íntimamente relacionado con la determinación del valor razonable.

Las Bolsas de Valores de la Ley del Mercado de Valores son, desde luego, mercados regulados, pero también lo serán los mercados similares de todos los Estados miembros de la Unión Europea, y los constituidos en otros Estados que tengan una configuración semejante a las referidas Bolsas, en particular en lo concerniente a las garantías de correcta y transparente determinación de los precios.

En el segundo grupo se encuentran los instrumentos financieros emitidos por entidades del grupo, multigrupo y asociadas.

De estas entidades se hizo mención en el subapartado 3.1 a los efectos de delimitar los instrumentos financieros que podían disfrutar de la partida fiscalmente deducible. Ahora nos encontramos con que estos instrumentos financieros también están afectados por el límite fiscal, y, claro está, ha de examinarse la relación entre ese límite y aquella partida, tal y como se dejó apuntado en el subapartado 1.3.

Desde luego parece claro que no podrán simultanearse en el mismo período impositivo. No lo es tanto si pueden aplicarse alternativamente.

La literalidad del precepto lleva a interpretar que, cuando existe deterioro contable, el sujeto pasivo podrá considerarlo fiscalmente deducible, dentro del límite fiscal. Así se desprende del segundo inciso del párrafo primero del artículo 12.3 del TRIS, el cual, en inequívoca referencia al régimen del límite fiscal, establece que *este mismo criterio se aplicará a las participaciones en el capital de entidades del grupo, multigrupo y asociadas*.

Frente a la interpretación precedente se levanta otra que, pretendiendo apoyo en el principio de especialidad, ha sido explicitada por la consulta vinculante 147-09, de 30 de marzo, de la Dirección General de Tributos, de 30 de marzo, en la que se advierte que *la redacción dada al artículo 12.3 del TRLIS por la Ley 4/2008 en sus párrafos cuarto a séptimo, no establece un régimen alternativo, sino especial para determinar la corrección fiscal del valor de las participaciones tenidas en las empresas del grupo, multigrupo y asociadas, de manera que regula un tratamiento fiscal específico para este tipo de participaciones al margen de su tratamiento contable, todo ello por aplicación del principio de especialidad.*

Esta interpretación está cuajada de méritos prácticos.

En primer lugar, procura que, en caso de inversiones financieras relevantes, los gastos fiscalmente no deducibles de la entidad participada no se reflejen en sede de la entidad inversora a través de la corrección de valor. Naturalmente, el reconocimiento de este mérito implica, a su vez, entender que la norma relativa a los gastos fiscalmente no deducibles carece de aplicación en relación con la determinación del límite fiscal respecto del deterioro contable.

En segundo lugar, hace desaparecer los complicados problemas de relación entre el régimen del límite fiscal y el de la partida fiscalmente deducible. Cuestiones tales como la elección de uno u otro, la forma de optar, las reversiones, y otras muchas más que la prolija realidad pondría sobre la mesa, quedan superadas radicalmente.

En tercer lugar, no parece inapropiado yugular la ventaja fiscal que hubiera conferido a los sujetos pasivos la alternancia de regímenes fiscales, porque el régimen de la partida fiscalmente deducible podría ser considerado en sí mismo una ventaja fiscal, bajo ciertas matizaciones que más adelante se expondrán.

Véase, entonces, que la incomodidad que pudiera suscitar la adecuación de la interpretación administrativa al tenor literal del artículo 12.3 del TRIS ha de ser debidamente atemperada.

Así pues, de acuerdo con la interpretación administrativa, los instrumentos de patrimonio representativos de la participación en entidades del grupo, multigrupo y asociadas se rigen exclusivamente por la partida fiscalmente deducible.

## 5.2. Determinación de la cuantía del límite.

En este punto la única cuestión relevante es si en el cálculo del límite fiscal deben tomarse en consideración los gastos fiscalmente no deducibles. La redacción de la norma permite sostener una tesis y su contraria. Sin embargo, considerando la ubicación del párrafo concerniente a los gastos fiscalmente no deducibles parece más idóneo entender que la restricción solo se aplica en relación con la partida fiscalmente deducible.

En consecuencia, el límite se calculará en función de la evolución de los fondos propios, para cuya determinación se hace remisión a los criterios examinados anteriormente.

## 6. LA RECUPERACIÓN DE VALOR

El proyecto de lo que luego ha sido la Ley 4/2008 propuso una nueva redacción del artículo 19.6 del TRIS en la que la expresión *reversión del deterioro* se sustituía por la de *recuperación de valor*, regresando, de esta manera, a la redacción original del artículo citado que fue modificada por la Ley 16/2007. Pero el viaje al pasado no prosperó ya que el texto proyectado fue eliminado en el Senado.

No importa tanto averiguar la causa de tan singular peripecia legislativa como indagar por la interpretación que cabe dar al artículo 19.6 del TRIS.

El artículo 19.6 establece que *la reversión del deterioro del valor de los elementos patrimoniales que hayan sido objeto de una corrección valorativa por deterioro se imputará en el período impositivo en el que se haya producido dicha reversión, sea en la entidad que practicó la corrección o en otra vinculada con ella.*

¿Qué es la *reversión del deterioro*?

A falta de una definición fiscal ha de acudirse al sentido contable. Pues bien, en varias normas de registro y valoración encontramos tal expresión, pero no su definición ni descripción. En el subgrupo 79 se define la reversión como una *corrección valorativa por la recuperación de valor*.

La recuperación de valor es el fundamento de la reversión y a ella obliga, y la reversión es la expresión contable de la recuperación de valor. La esencia es la recuperación de valor, y su manifestación o reflejo contable es la reversión. En su virtud, se practicará una corrección de valor respecto del activo afectado.

Puesto que la esencia de la *reversión del deterioro* es la *recuperación de valor*, podría concluirse que ambas expresiones tienen la misma significación. Desde esta interpretación la enmienda de supresión triunfadora en el Senado carecería de efectos prácticos.

Para que la enmienda triunfadora tuviera efectos prácticos sería preciso entender que *reversión del deterioro* es diferente de *recuperación de valor*. Y realmente lo es, porque, como se ha dicho, la reversión es la expresión contable de la recuperación de valor. Y así sucede que la recuperación de valor de un activo transmitido a una entidad vinculada no da lugar a la expresión contable de dicha recuperación de valor o *reversión del deterioro*. Es decir, la *recuperación de valor* se ha producido, pero no ha lugar a la *reversión del deterioro* en el sentido de obligación contable que se impone a la entidad adquirente del activo.

Ahora bien, esta interpretación vaciaría de contenido el artículo 19.6. No es, por tanto, admisible, por más que deba reconocerse que la enmienda triunfadora ha empeorado el texto normativo proyectado. Sin duda la expresión correcta es *recuperación de valor*, pero de ahí no debe seguirse la validez de una interpretación que frustra la finalidad del precepto.

El artículo 19.6 del TRIS despliega su máxima eficacia en relación con los instrumentos de patrimonio, y de aquí que sea pertinente examinar cuándo se produce una *recuperación de valor*. La respuesta teórica es sencilla y deriva directamente del artículo 39 del Código de Comercio: *si las razones que motivaron las correcciones de valor hubieren dejado de existir*.

Estas razones son diferentes en función de la categoría a la que pertenezcan los instrumentos de patrimonio afectados.

Tratándose de activos financieros disponibles para la venta valorados por el valor razonable la recuperación de valor se identifica con el *incremento de valor razonable*.

Tratándose de activos financieros disponibles para la venta valorados al coste, puesto que la corrección de valor se determina en función del patrimonio neto corregido por las plusvalías tácitas existentes, la obtención de beneficios puede ser tomado como un signo de recuperación de valor.

Tratándose de inversiones financieras en sociedades del grupo, multigrupo y asociadas cabe entender lo mismo.

Por el contrario, no parece que pueda ser tomada como recuperación de valor la aparición de plusvalías tácitas puesto que el límite fiscal del artículo 12.3 del TRIS priva de eficacia cualquier deterioro basado en factores distintos de la evolución de los fondos propios corregidos en el importe de las operaciones de capital.

En suma, bajo la interpretación que se propone, la modificación del artículo 19.6 por la Ley 16/2007 (sustitución de la expresión *recuperación de valor* por *reversión del deterioro*) y el frustrado intento de vuelta a la redacción original no habrán tenido efecto práctico alguno.

## 7. PROBLEMAS TRANSITORIOS

La partida fiscalmente deducible supone, en relación con las entidades del grupo, multigrupo y asociadas, el tránsito de un sistema basado en la depreciación contable, fiscalmente limitada, a otro en el que el deterioro contable es irrelevante. Ahora bien, la dotación practicada en los períodos impositivos anteriores a la Ley 4/2008 puede revertir en 2008 o siguientes. Y puede hacerlo a pesar de que no existan beneficios en la entidad participada. También puede suceder lo inverso, esto es, que no haya reversión contable cuando sí hay aumento de los fondos propios debido a la acumulación de beneficios. Nótese que la reversión contable ya no está necesariamente vinculada a la evolución de los fondos propios de la entidad participada, pues tampoco lo está el deterioro contable.

Dotaciones que tuvieron efecto de acuerdo con la normativa anterior revierten bajo la vigente; o no revierten cuando, caso de haber continuado la normativa anterior, sí lo hubieran hecho. Para estas situaciones no hay regulación expresa.

Ciertamente, la anterior redacción del artículo 12.3 del TRIS tampoco regulaba los efectos, de la reversión, pero ello no era necesario puesto que la normativa fiscal descansaba en la contable y con arreglo a esta la obtención de beneficios por la participada motivaba la reversión. Tras la Ley 4/2008 la normativa fiscal no descansa en la contable, ni, de acuerdo con el vigente PGC la obtención de beneficios por la participada determina, necesariamente, la reversión contable.

Dos interpretaciones se vislumbran:

- Aplicar analógicamente el sistema de integración en la base imponible de la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRIS. En este caso solo se integraría en la base imponible el aumento de fondos propios a causa de la acumulación de beneficios, aun cuando la reversión contable fuere mayor. Pero tal aumento se integraría aun cuando no hubiere reversión contable o fuere menor.
- Integrar en la base imponible la reversión contable en cuanto hubiere sido fiscalmente deducible, por aplicación directa del artículo 10.3 del TRIS, y también la dotación no revertida cuando concurren beneficios en la entidad participada, en base a la recuperación de valor del artículo 19.6 del TRIS.

Ambas soluciones tienen puntos fuertes y débiles.

El primer criterio aplica la normativa vigente en 2008 y siguientes, pero lo hace de manera forzada ya que el artículo 12.3 del TRIS refiere la integración en la base imponible a la partida fiscalmente deducible, la cual no existía en 2007 y anteriores.

El segundo criterio tiene sólido fundamento en el artículo 10.3 del TRIS, y más dudoso, por lo que se refiere a la integración en la base imponible de las dotaciones no revertidas cuando existen beneficios en la entidad participada, en el artículo 19.6 del TRIS, por los motivos ya expuestos en un apartado anterior.

El espíritu de la normativa vigente empuja hacia la primera interpretación, y la letra lo hace hacia la segunda.

En efecto, la nueva redacción del artículo 12.3 del TRIS significa que lo relevante ha dejado de ser la dotación/reversión contables, y ha pasado a serlo la evolución de los fondos propios de la entidad participada. Además, la filosofía que anima la nueva disposición transitoria vigésimo novena del TRIS es neutralizar la reversión contable cuando no está respaldada por una evolución positiva de los fondos propios. Por otra parte, esa evolución positiva de los fondos propios debido a la obtención de beneficios es la que motivaba, bajo la normativa contable y fiscal precedentes, la integración en la base imponible de las dotaciones que tuvieron la consideración de fiscalmente deducibles.

La interpretación literal conducirá a la base imponible todas las dotaciones revertidas que, en su día, fueron fiscalmente deducibles, incluso aunque no existan beneficios en las entidades participadas pero, al tiempo, alejará aquellas que no reviertan (por ejemplo, porque existen minusvalías

latentes o un valor recuperable insuficiente en términos de descuento de flujos de efectivo o de valor razonable), aun cuando existan beneficios en las entidades participadas.

La naturaleza y envergadura de los problemas planteados tal vez amerite un régimen transitorio, por más que los principios subyacentes a las normativas vigente y derogada, tanto contables como fiscales, ofrezcan mimbres para soluciones interpretativas.

## 8. ASPECTOS DE POLÍTICA FISCAL

La partida fiscalmente deducible creada por la Ley 4/2008 suscita múltiples reflexiones en el ámbito de la política fiscal, las cuales pueden ser agrupadas en tres bloques. En el primero están comprendidas todas aquellas que versan sobre la función de la partida fiscalmente deducible en el vigente sistema de tributación sobre los beneficios de las empresas, en el segundo las que descansan en la contemplación de los imperativos derivados de la globalización, y en el tercero las concernientes a su relación con los paraísos fiscales.

Todas estas reflexiones, a su vez, están vinculadas por el hecho de que el deterioro de los instrumentos de patrimonio sobre entidades dependientes, multigrupo, y asociadas se inscribe en el ámbito, más amplio, de las relaciones financieras intragrupo. Y, tratándose de grupos multinacionales, en el todavía más amplio de las relaciones financieras transfronterizas.

### 8.1. La función de la partida fiscalmente deducible en el sistema de tributación sobre los beneficios.

Para calibrar dicha función se plantea un conjunto de reflexiones:

- ¿Neutralidad fiscal o ventaja fiscal?
- ¿Afinar en la determinación de la base imponible o desconocer la pérdida efectiva?
- ¿Interferir indebidamente en la tributación de entidades participadas no residentes en territorio español o rendir más coherente la tributación por el Impuesto sobre Sociedades?
- ¿Transitar hacia la tributación en grupo o perturbar la tributación en grupo?
- ¿Respeto o indiferencia frente a la normativa comunitaria?
- ¿Cohonestar irregularidades pasadas o vigorizar su superación?
- ¿Simplificar o complicar?

Sin duda podrían plantearse algunas más, pero las enumeradas ofrecen suficiente estímulo para efectuar un acercamiento crítico a la partida fiscalmente deducible.

### 8.1.1. Neutralidad o ventaja fiscal.

La nueva regulación contable del deterioro de las inversiones financieras en entidades del grupo, multigrupo y asociadas impide la corrección de valor cuando las pérdidas sufridas por la entidad participada son inferiores a las plusvalías tácitas existentes en su patrimonio, ya se trate del mayor valor de los activos o menor valor de los pasivos o de un fondo de comercio latente. Por el contrario, en la regulación contable precedente tales plusvalías latentes no exoneraban, ante las pérdidas contables, de practicar la corrección de valor.

La regulación contable del deterioro ha cambiado significativamente. De una regulación en la que la pérdida contable obligaba en todo caso a la corrección de valor (excepto si, naturalmente, el valor contable de la participación fuera inferior a su valor teórico, en el importe concurrente), se ha pasado a otra en la que la existencia de plusvalías tácitas impide la corrección de valor que hubiera podido derivarse de las pérdidas contables.

Por tanto, caso de no haberse introducido la partida fiscalmente deducible u otra técnica similar, la carga tributaria de los sujetos pasivos en los que se presentara el supuesto de pérdidas contables y plusvalías latentes hubiera aumentado respecto de la situación anterior a la entrada en vigor del vigente PGC.

En este sentido podría sostenerse que la partida fiscalmente deducible habría venido a restaurar la situación anterior a la nueva regulación contable, sin que ello suponga, por tanto, ventaja fiscal alguna.

Algunas objeciones cabe hacer a tal conclusión.

En primer lugar, la partida fiscalmente deducible no está supeditada a la corrección de valor contable. Por el contrario, en la regulación precedente en ausencia de corrección de valor contable no había posibilidad de deducción fiscal aun cuando la entidad participada hubiera sufrido pérdidas contables. Por tanto se podrá presentar el caso de obtención y distribución de beneficios sin la existencia de base imponible, cercenada por la partida fiscalmente deducible.

En segundo lugar, la partida fiscalmente deducible trata igual a los desiguales. En efecto, la partida fiscalmente deducible, más aún tras la clarificación establecida por la consulta V147-09, se aplica tanto si la inversión financiera se ha deteriorado como si no lo ha hecho.

En tercer lugar, la partida fiscalmente deducible implica preterir la regulación contable del deterioro en el contexto de un tributo que halla su acomodo en el resultado contable como índice de capacidad económica. Y lo hace en una línea contraria a la que, con carácter general, ha venido inspirando las correcciones del resultado contable previstas por las normas fiscales para determinar la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, a saber, aumentar, a tal efecto, el resultado contable excesivamente teñido por consideraciones basadas en el principio de prudencia valorativa. La partida fiscalmente deducible representa lo inverso pues podrá corregir el resultado contable para disminuir la base imponible ante una norma contable que se despega del principio de prudencia valorativa.

Véase, entonces, que frente a una primera impresión de neutralidad, se abren no despreciables connotaciones de ventaja fiscal.

Las tres objeciones, bien se ve, se insertan en la estela de los principios básicos de la imposición, pero pueden ser matizadas. Así, podría mantenerse que la partida fiscalmente deducible procura un tratamiento igual ante un hecho constatado, a saber, la existencia de pérdidas contables en la entidad participada, de manera tal que solo se tomaría como hecho relevante las pérdidas contables pero no las plusvalías latentes a los efectos de construir el juicio de igualdad. Por tanto, dependiendo de los materiales que se tomen para efectuar tal construcción el enjuiciamiento tendrá uno u otro signo.

El desconocimiento de la plusvalía latente es perfectamente lógico en un sistema contable donde prime el principio de prudencia valorativa. Sin embargo, tras la modificación del Código de Comercio tal primado ha sido derribado. ¿Recoge la fiscalidad lo que abandona la contabilidad? Así lo parece. ¿Para proteger la igualdad? No está claro, porque la consideración de todas las circunstancias concurrentes, incluidas las plusvalías latentes, a los efectos de proyectar el juicio de igualdad, no parece un criterio descarriado.

#### *8.1.2. Afinar en la determinación de la base imponible o desconocer la pérdida efectiva.*

La minoración de la partida fiscalmente deducible en el importe de los gastos fiscalmente no deducibles tiene por objeto evitar que surtan efecto en sede de la entidad tenedora de la inversión financiera los gastos fiscalmente no deducibles habidos en la entidad participada.

Parece coherente que la negación de la eficacia fiscal del gasto contable se proyecte tanto sobre la entidad participada como sobre la entidad partícipe.

Tal vez pudiera aducirse que, siendo cierto lo anterior, no lo es menos que todos los gastos contables minoran el valor de la entidad participada, sean o no deducibles, y que, por tanto, si de lo que se trata es de reconocer el deterioro efectivamente padecido por la entidad participada carece de sentido recortarlo en el importe de los gastos fiscalmente no deducibles. Más exactamente, si con ocasión de la transmisión de la participación la renta contable no se aumenta en el importe de los gastos fiscalmente no deducibles habidos durante el tiempo de tenencia de la participación recortar el importe del deterioro fiscalmente computable en dicho importe implica una incongruencia.

La incongruencia aparentemente es clara. Si los gastos no deducibles merman el deterioro fiscalmente deducible deberían también aumentar la renta gravable derivada de la transmisión de la participación o disminuir la pérdida sufrida. Véase un ejemplo extremo en el que la entidad participada pierde todo su patrimonio a causa de una sanción administrativa, de manera que deviene inactiva y la participación sobre la misma se transmite por un valor simbólico que determina una minusvalía por un importe equivalente al de la sanción. Pues bien, si el importe de la minusvalía no

se corrige en el importe de la sanción, esta habrá surtido efecto en sede de la entidad inversora, de manera tal que lo que se niega vía deterioro se admite vía minusvalía.

Podría argumentarse que es correcto que no se corrija la minusvalía porque se produciría doble imposición en caso de que la entidad participada obtuviera beneficios en el futuro, ya que los mismos habrían de tributar plenamente. Este argumento es correcto, pero lo que en el fondo revela es, en primer lugar, que los gastos fiscalmente no deducibles surten efecto práctico a través del sistema de compensación de pérdidas, fundamentado en la base imponible negativa y no en la pérdida contable, con independencia de cuál sea el tratamiento del deterioro en sede de la entidad inversora, y en segundo lugar, que el argumento comentado es válido bajo la hipótesis de que la entidad participada obtenga beneficios en el futuro.

Puede apreciarse que la exclusión de los gastos fiscalmente no deducibles para calcular el deterioro fiscalmente computable es una medida que tiene un efecto diverso según cuál sea la situación que se presente:

- Cuando la entidad participada deviene inactiva y no obtiene ulteriores beneficios, se consume la deducción de los gastos fiscalmente no deducibles en sede de la entidad inversora a través de la minusvalía derivada de la transmisión de la participación.
- Cuando la entidad participada obtiene beneficios ulteriores, los gastos fiscalmente no deducibles no se deducen debido a que reducen la base imponible negativa a compensar.

Véase, entonces, que la norma relativa al papel de los gastos fiscalmente no deducibles en el cálculo del deterioro fiscalmente computable no es responsable del no cómputo de dichos gastos fiscalmente no deducibles, y, además, que no impide su cómputo cuando la entidad participada deviene inactiva y se transmite la participación.

Pero las conclusiones precedentes no desmerecen el papel de la norma restrictiva de los gastos fiscalmente no deducibles en relación con el deterioro. Simplemente matizan su verdadera función, la cual consiste, por relación a la regulación precedente, en introducir en la tributación de la entidad partícipe el efecto de no cómputo de gastos fiscalmente no deducibles sufridos por la entidad participada, durante el tiempo de tenencia de la participación. Por lo tanto introduce dicho efecto con carácter temporal.

Se trata, por tanto, de una norma que, en términos atemporales, no produce efectos distintos de los ya existentes con anterioridad a su aprobación, pero que en términos temporales, por el contrario, introduce unos notables efectos en sede de la entidad partícipe, anteriormente inexistentes, que se mantienen durante el tiempo de tenencia de la participación, esto es, hasta su baja generalmente por transmisión, momento en el cual tales efectos cesan en la medida en que el valor fiscal de la participación incorpora los gastos fiscalmente no deducibles sufridos por la participada.

¿Ameritan unos efectos de carácter meramente temporal el establecimiento de una norma cuya aplicación se adivina compleja?

No es necesario remontarse a construcciones filosóficas de alto rango para constatar lo decisivo del tiempo. En rigor, el cálculo financiero no se concibe sin el tiempo. Desdeñar el tiempo en la configuración de la tributación de los beneficios de las empresas no sería razonable. Por ello la respuesta ha de ser positiva.

De acuerdo con lo expuesto, la transmisión de la participación determina la extinción de los efectos de la minoración de la partida fiscalmente deducible en el importe de los gastos fiscalmente deducibles, o, dicho de otra manera, estos gastos devienen, a efectos prácticos, fiscalmente deducibles, excepto si la entidad participada que sufrió las pérdidas obtiene beneficios posteriormente susceptibles de compensación. Así, ante una situación de inactividad en la entidad participada interesa a la entidad participe desprenderse de la participación.

El legislador no ha considerado pertinente adoptar una norma cautelar para neutralizar los efectos de una transmisión de la participación entre entidades vinculadas. Dicha transmisión podría tener como objetivo frustrar la minoración de la partida fiscalmente deducible en el importe de los gastos fiscalmente no deducibles.

Ciertos antecedentes postulaban la introducción de la norma cautelar. Recuérdese la norma cautelar del artículo 19.6 del TRIS, destinada a evitar que una transmisión de ese tipo pueda frustrar la eficacia fiscal de la recuperación de valor, o los conflictos surgidos alrededor de la deducción por reinversión, finalmente superados mediante una profunda modificación normativa a raíz de la derrota de buena parte de las tesis administrativas basadas en una aplicación de la norma que buscaba el amparo de la interpretación teleológica que el TEAC, vinculado por dicho método interpretativo por imposición de lo previsto en el artículo 3 del Código Civil, entendió no logrado.

Cuestión distinta es que, a la vista del caso concreto, proceda la aplicación de una norma general antiabuso. Mas cuando el abuso se puede prever lo más certero es descabezarlo mediante una norma antiabuso específica, en méritos a la seguridad jurídica y a la aplicación fluida de la norma. No se trata, en modo alguno, de constreñir la regularización de la situación tributaria al perímetro de la norma antiabuso específica, sino de tipificar como abusivo lo que realmente lo es de manera indisputada y previsible. En términos más amplios, lo que ha de conseguirse es un equilibrio entre los dos tipos de normas antiabuso, generales y específicas.

### *8.1.3. Interferencia o coherencia en la tributación de las inversiones financieras en el exterior.*

La partida fiscalmente deducible también se aplica respecto de las entidades participadas residentes en el extranjero. Y tal partida habrá de ser depurada en el importe de los gastos fiscalmente no deducibles determinados de acuerdo con la legislación española.

En el apartado precedente se ha concluido que es congruente calcular el deterioro fiscalmente eficaz tomando en consideración los gastos fiscalmente no deducibles. Cabe inquirir si tal congruencia perdura cuando la entidad participada reside en el extranjero.

Desde luego, la forma de calcular la partida fiscalmente deducible no interfiere, en absoluto, en la soberanía fiscal del país donde resida la entidad participada. Nótese que el régimen de la partida fiscalmente deducible es materia imponible de la entidad inversora. La norma no trata de gravar rentas extranjeras no distribuidas sino de determinar la pérdida fiscal de la entidad residente derivada de las pérdidas sufridas por la entidad no residente.

Lo incongruente sería dar un trato diferente y peor a la inversión financiera interna. Que el legislador desee cercenar aquella porción del deterioro que deriva de gastos fiscalmente no deducibles con arreglo a las normas españolas es de todo punto congruente.

Dicho esto, no cabe duda de que la aplicación de normas fiscales españolas relativas a los gastos fiscalmente no deducibles, respecto de hechos producidos en el extranjero y sometidos a un ordenamiento jurídico distinto del español, trae el eco de lo dificultoso, por más que la progresiva uniformidad contable al compás de la extensión de las normas internacionales de información financiera preste un trasfondo común en la representación de los gastos contables, lo que ha de suponer alguna ayuda.

Ahora bien, claudicar ante la dificultad, con el efecto de hacer de peor condición a la inversión financiera sobre entidades residentes en territorio español, carecería de una sólida justificación.

#### *8.1.4. Transitar hacia la tributación de los grupos fiscales o perturbarla.*

La partida fiscalmente deducible surte, en el régimen de tributación individual, una suerte de introducción limitada y parcial del régimen de los grupos fiscales. En efecto, si no existe otra divergencia entre resultado contable y base imponible de la entidad participada que los gastos fiscalmente no deducibles, el efecto práctico de la partida fiscalmente deducible es el mismo que el de la agregación de la base imponible de la entidad dependiente en el régimen de los grupos fiscales.

Desde esta perspectiva la partida fiscalmente implica una suerte de acercamiento del régimen individual al régimen de los grupos fiscales y, todavía más, en el ámbito de un perímetro mucho mayor.

La valoración de tal acercamiento no puede ser sino positiva pues el grupo representa la realidad y la entidad integrada en un grupo tan solo un fragmento de esa realidad acotado en función de la forma jurídica, como ya puso de manifiesto Moonitz en la primera mitad del siglo pasado y la pujante realidad de las normas internacionales de información financiera ha venido a corroborar.

Se comentó en el apartado 4.4 que la partida fiscalmente deducible también juega en relación con las participaciones sobre entidades del grupo fiscal. Computa en la determinación de la base imponible individual y debe ser eliminada e incorporada llegado el caso. Se expuso también el posible papel de la partida fiscalmente deducible cuando no se practicaba la corrección de valor contable a pesar de la existencia de pérdidas contables. Ahora ha de completarse la exposición comparando la nueva situación con la precedente.

Bajo la hipótesis de una corrección de valor igual al importe de las pérdidas contables, en la regulación anterior a la Ley 4/2008 se eliminaba tal corrección y la participación quedaba valorada a efectos fiscales por el valor contable, de manera tal que cuando la misma se transmitía y no procedía la incorporación por haberse efectuado la compensación de la base imponible negativa individual se producía el efecto práctico de la no deducción de los gastos fiscalmente no deducibles (la base imponible negativa, todo lo demás igual, es la diferencia entre la pérdida contable y los gastos fiscalmente no deducibles). Cuando sí procedía la incorporación también se mantenía el efecto de no deducción de los gastos fiscalmente no deducibles, pero en este caso bajo la forma de una base imponible negativa susceptible de compensación en sede de la entidad participada en cuya determinación tales gastos no habían sido deducidos. En suma, el régimen de los grupos fiscales procuraba el efecto de no deducción de los gastos fiscalmente no deducibles y su mantenimiento en el momento de transmisión de la participación.

Tras la Ley 4/2008, y la introducción de la partida fiscalmente deducible, es posible que se haya perturbado dicho efecto. Nótese que la base imponible individual de la entidad participe no recoge la corrección contable de valor sino la partida fiscalmente deducible y que, por tanto, esta es la magnitud que ha de eliminarse y, al tiempo, la que determina el valor fiscal de la participación, de manera que ese valor es superior al contable, todas las demás cosas iguales, en el importe de los gastos fiscalmente no deducibles. Y así, cuando se transmita la participación, la renta gravable a efectos fiscales será inferior a la contable en el importe de los gastos fiscalmente no deducibles.

Esta es la interpretación que se desprende del mandato, ya comentado, del artículo 12.3 del TRIS, según el cual *las cantidades deducidas minorarán el valor de dichas participaciones, teniendo la consideración, a efectos fiscales, de corrección de valor, depreciación o deterioro de la participación.*

Por tanto, la magnitud a eliminar es la partida fiscalmente deducible, como también lo es la magnitud a incorporar (excepto que no exista base imponible negativa en el momento de la transmisión de la participación por haberse compensado con anterioridad, lo cual es irrelevante en relación con la cuestión que nos ocupa) y, finalmente, y esto es lo relevante, también es la magnitud que determina el valor fiscal de la participación. Este es el punto decisivo: la determinación del valor fiscal de la participación en función de la partida fiscalmente deducible y no en función de la corrección de valor contable implica un retroceso perturbador respecto de la situación precedente en la que, como ha quedado expuesto, los gastos fiscalmente no deducibles se gravaban. Ahora, por el contrario, los gastos fiscalmente no deducibles se deducirán subrepticamente de la base imponible correspondiente al período impositivo en el que se transmita la participación a través de la determinación del valor fiscal de la participación en función de la partida fiscalmente deducible.

La interpretación precedente podrá ser satisfactoria desde un punto de vista puramente mecánico. Pero no cabe duda de que, caso de ser acertada, provoca una perturbación inadmisibles en relación con la situación anterior. En la situación anterior, el efecto de no deducción de los gastos fiscalmente no deducibles estaba plenamente logrado en el régimen de los grupos fiscales y, ahora, tras la Ley 4/2008, con la que se pretende proyectar ese efecto de manera absoluta, aparentemente se desliza la perturbación descrita.

Todo ello aconseja una interpretación correctiva de la norma. Y, a tal efecto, podría proponerse que la norma de minoración del valor de la participación en el importe de la partida fiscalmente deducible contenida en el artículo 12.3 del TRIS no fuese aplicable respecto de la determinación del valor fiscal de la participación determinante de una relación de dependencia en el régimen de los grupos fiscales.

Desde luego, mediante dicha interpretación se salva la perturbación. Tal vez pudiera tacharse de forzada, en la medida en que el artículo 12.3 del TRIS es aplicable con carácter general, pero ha de señalarse que la norma general siempre cede ante la especial, y que aunque no exista una norma especial para determinar el valor fiscal en el caso de la participación en el contexto de los grupos fiscales la misma puede entenderse implícita en la remisión que, a efectos de las eliminaciones e incorporaciones, se efectúa por el artículo 71.2 del TRIS al Código de Comercio.

Nótese que las participaciones intragrupo deben eliminarse, y que tal eliminación no incide sobre la base imponible del grupo fiscal, de manera tal que en el régimen de los grupos fiscales el valor fiscal de la participación no debería procurar un efecto específico, bastando, a tal efecto, que prevaleciese el valor contable de la participación, esto es, que el valor contable sea aplicable a efectos fiscales.

Por encima de todo, la interpretación que se postula es valedora de la intención del legislador, que, desde luego, no ha podido ser la de perturbar un régimen fiscal que ya lograba la finalidad que, ahora, se establece con mayor proyección.

#### *8.1.5. Respeto o indiferencia frente a la normativa comunitaria.*

Las pérdidas contables sufridas por una entidad participada residente en algún Estado miembro de la Unión Europea fundamentaban, con arreglo a la redacción del artículo 12.3 del TRIS anterior a la Ley 4/2008, la deducción de la corrección de valor contable dentro del límite fiscal. En este sentido las filiales europeas recibían el mismo trato que las filiales españolas, tanto si estas últimas formaban parte de un grupo fiscal como si no lo hacían, e incluso en comparación con las primeras el tratamiento podía ser más liviano debido al efecto, ampliamente comentado en párrafos anteriores, de la no integración en la base imponible consolidada de los gastos fiscalmente no deducibles sufridos por la entidad participada.

La nueva regulación contable podría romper la igualdad de trato. En efecto, en el régimen de los grupos fiscales la pérdida contable de la entidad dependiente se integrará en la base imponible aunque no se deba practicar una corrección de valor contable, pero en el régimen individual la pérdida de la entidad participada no surtirá efecto en sede de la entidad partícipe cuando no proceda practicar la corrección de valor contable. Ahora bien, las filiales extranjeras, incluidas las europeas, no pueden formar parte de los grupos fiscales. Así, se podría dar el caso de dos filiales, una española y otra europea, ambas con las mismas características relevantes e incursas en idénticas circunstancias, cuyas pérdidas contables surtieran distinto efecto frente a la entidad matriz.

Escapa de las posibilidades del autor determinar si esa diferencia de trato restringiría alguna libertad comunitaria, señaladamente el derecho de establecimiento.

Ahora bien, la partida fiscalmente deducible restaura la igualdad de trato, ya que respecto de la participación en las filiales extranjeras cabe aplicar la partida fiscalmente deducible en las mismas condiciones que cabe hacerlo respecto de las entidades filiales españolas. En este sentido puede afirmarse que la partida fiscalmente deducible evita un posible conflicto con el ordenamiento comunitario.

También lo hubiera evitado la inclusión de las filiales europeas en el régimen de los grupos fiscales. Y, seguramente, esta era una opción más adecuada.

### *8.1.6. Cohonestar irregularidades pasadas o vigorizar su superación.*

La lectura de algunas resoluciones del TEAC y, hasta el momento, de una sentencia de la Audiencia Nacional, avisa de la existencia de una operación tendente a burlar el límite fiscal respecto del deterioro contable (diferencia entre los fondos propios iniciales y finales según la redacción del artículo 12.3 del TRIS anterior a la Ley 4/2008), consistente en interponer una entidad instrumental entre la adquirida y la adquirente al efecto de que aquella contabilice una corrección de valor por el importe de la diferencia entre el valor de adquisición de la participación y su valor teórico causando así pérdidas contables sobre las que apoyar una corrección de valor en la entidad adquirente. El efecto práctico, bien se ve, consiste en la pretensión de que tal corrección de valor sea fiscalmente deducible aun cuando la entidad adquirida no hubiere sufrido pérdidas contables. Esta pretensión, hasta el momento, no ha prosperado.

Tal vez pudiera sostenerse que la nueva norma relativa a la partida fiscalmente deducible viene a cerrar una supuesta deficiencia del régimen fiscal precedente (deterioro contable sujeto a límite fiscal), y buscarse en ello un apoyo para mantener la regularidad de la operación descrita realizada en períodos impositivos anteriores a los afectados por la Ley 4/2008.

En efecto, con arreglo a la nueva norma la participación sobre la entidad interpuesta estará sujeta al régimen de la partida fiscalmente deducible (cuando, como es habitual, medie la relación de grupo, multigrupo o asociada) y tal partida fiscalmente deducible será, todas las demás cosas iguales, nula, puesto que la diferencia entre los fondos propios iniciales y finales quedará neutralizada porque la corrección de valor practicada por la entidad instrumental no será fiscalmente deducible, de manera tal que es cierto que lo que antes resolvía la interpretación de la norma atendiendo a su espíritu y finalidad ahora lo resuelve la propia literalidad de la nueva norma.

Ahora bien, la nueva normativa no ha venido a reforzar el límite fiscal, sino a establecer un régimen totalmente novedoso en relación con determinadas participaciones. Por tanto el régimen de la partida fiscalmente deducible difícilmente puede ser visto como una modificación del límite

fiscal al deterioro contable previsto en la redacción original de la Ley 4/2008. Se trata, más bien, de un régimen distinto y, de acuerdo con la consulta antes mencionada de la Dirección General de Tributos, no alternativo del régimen del límite fiscal sino autónomo y específico de las participaciones sobre entidades del grupo, multigrupo y asociadas.

Pero, además, y esto es lo relevante, la lectura de la jurisprudencia de los últimos años enseña que las reformas acometidas para poner coto a abusos cometidos al amparo de la ambigüedad o imperfección de las normas no han frustrado el buen fin de las regularizaciones administrativas. Recuérdense, entre otras, las sentencias concernientes a la operación de *lease-back*, a la transmisión de participaciones a través de la venta de derechos de suscripción preferente, a las primas únicas, a las cesiones de crédito o a la incorporación de la corrección de valor en el contexto de los grupos fiscales, todas ellas ya sentenciadas por los tribunales de justicia a favor de las tesis administrativas mucho después de que se produjeran las modificaciones normativas específicamente destinadas a impedir las irregularidades concurrentes. Modificaciones normativas, por tanto, doblemente eficientes, pues, de una parte, no han acorazado las posiciones ilegítimas, y de otra, han contribuido a apuntalar la seguridad jurídica. La lectura de la resolución del TEAC de 17 de mayo de 2007, concerniente a la no deducción de determinados gastos financieros, sugiere que estamos ante un caso que podría engrosar el elenco precedente.

En consecuencia, aunque pudiera verse en la modificación del artículo 12.3 del TRIS el objetivo de salvar una deficiencia de la redacción precedente, de ahí no podría seguirse la regularidad de la aplicación abusiva de la norma desconocedora de su verdadero espíritu y finalidad.

La nueva norma no cohonestará irregularidades pasadas.

En el otro extremo de la palanca podemos situar la interpretación según la cual la nueva norma habría venido a indicar cuál es la verdadera voluntad del legislador en relación con la eficacia fiscal del deterioro contable, con el efecto práctico de menguar el límite fiscal respecto de los períodos no afectados por la Ley 4/2008 en el importe de los gastos fiscalmente no deducibles, e incluso en relación con operaciones carentes de tinte abusivo. No parece que la fuerza de esta interpretación pueda conducir a un punto de equilibrio.

#### 8.1.7. *Simplificar o complicar.*

La respuesta, en este punto, no es dudosa. La nueva regulación es bastante más complicada que la precedente, por los siguientes motivos:

- Consta de dos regímenes distintos según la clasificación de la participación.
- Deben identificarse los gastos fiscalmente no deducibles en sede de la entidad participada.
- El régimen de la partida fiscalmente deducible se desvincula del soporte contable.

La consulta de la DGT anteriormente mencionada ha clarificado la relación entre los dos regímenes, lo cual realmente era muy necesario puesto que el texto legal suscitaba interpretaciones diversas. El sentido de la clarificación alivia la complejidad. En efecto, al reconducir forzosamente a las participaciones en sociedades del grupo, multigrupo y asociadas al régimen de la partida fiscalmente deducible, se descarta la situación de alternatividad entre dicho régimen y el del límite, que, sin duda, hubiera sido una fuente de conflictos.

La identificación de los gastos fiscalmente no deducibles en sede de la entidad participada podría presentar dificultades no desdeñables en el caso de entidades asociadas y multigrupo. Distinto es el caso de las entidades del grupo mercantil puesto que la consolidación contable procura un conocimiento por parte de la entidad dominante que facilita la identificación de los gastos fiscalmente no deducibles.

En el procedimiento de inspección tributaria deberá comprobarse el importe de los gastos fiscalmente no deducibles. Cuando la situación tributaria de la entidad participada haya sido comprobada, el resultado de la misma, en lo concerniente a los gastos fiscalmente no deducibles, vinculará a la Administración tributaria, pero no así al obligado tributario.

Cuando la situación tributaria de la entidad participada no haya sido comprobada, deberá efectuarse la comprobación de los gastos fiscalmente no deducibles a efectos de la determinación de la partida fiscalmente deducible. La forma en cómo deba efectuarse esta comprobación presenta algunas interrogantes: ¿Deberá hacerse frente a la entidad partícipe, con los materiales probatorios que esta tenga a su disposición? ¿Deberá hacerse frente a la entidad participada mediante un procedimiento de comprobación parcial? ¿Deberá hacerse mediante un requerimiento individualizado de información? ¿Será procedente concluir el procedimiento de inspección tributaria sin efectuar la comprobación de los gastos fiscalmente no deducibles, habilitándose así un supuesto de liquidación provisional? No es fácil responder a todas estas cuestiones, por más que la práctica tienda siempre a transitar hacia las soluciones más operativas.

¿Vincula a la Administración tributaria la comprobación de los gastos fiscalmente no deducibles efectuada para determinar la partida fiscalmente deducible en relación con la situación tributaria de la entidad participada? Parece que la respuesta ha de ser positiva, pues no parece lógico que los gastos tengan distinta consideración por razón de la obligación tributaria en la que deban surtir efectos.

Por último, la desvinculación de la contabilidad, esto es, la existencia de una partida fiscalmente deducible sin el debido reflejo contable, margina los controles contables relativos a la recuperación de valor, y ello también apunta hacia la necesidad de metodologías específicas de comprobación.

Pero frente a los elementos de complejidad enumerados también debe señalarse otro que opera en sentido contrario, cual es la no necesidad de evaluación de la plusvalía tácita o latente existente en el momento de la determinación del deterioro contable.

## 8.2. Los grupos multinacionales.

La eficacia fiscal de la situación económica y financiera de una entidad del grupo en otra u otras del propio grupo cobra una especial significación en el contexto de los grupos multinacionales. Ahora bien, el artículo 12.3 del TRIS también se proyecta respecto de las entidades participadas pertenecientes a este tipo de grupos. Y puesto que la partida fiscalmente deducible se nutre esencialmente de las pérdidas sufridas por la entidad participada se puede afirmar que el referido precepto también versa sobre la compensación transfronteriza de pérdidas. Es decir, versa sobre una cuestión señera de la fiscalidad internacional. Baste para justificar la afirmación precedente recordar algunas de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la materia: *Futura, ICI, Amid, Marks&Spencer, Rewe; OyAA, Shell, Lidl, Stahlwerk*. Por el contrario, en el Modelo de convenio de la OCDE esta cuestión se aborda de manera marginal.

### 8.2.1. La compensación transfronteriza de pérdidas.

La compensación transfronteriza de pérdidas siempre ha sido una cuestión difícil cuya importancia práctica ha aumentado progresivamente a medida que lo han hecho los grupos multinacionales. Se duda respecto de la procedencia de la compensación, es decir, si las pérdidas sufridas por las entidades participadas extranjeras deben minorar la renta gravable de la entidad matriz o de otra entidad perteneciente al grupo.

Puesto que en no pocos países las plusvalías derivadas de la transmisión de la participación no se integran en la base imponible bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, bien pudiera pensarse que las minusvalías tampoco deberían integrarse en la base imponible, y por ende tampoco las pérdidas sufridas por la entidad participada, sea por el conducto del deterioro o de la partida fiscalmente deducible.

Ahora bien, lo cierto es que la entidad matriz que sufre la minusvalía o el deterioro ve reducida su capacidad económica. Su patrimonio neto disminuye, y si tal disminución carece de eficacia fiscal deberá pagar impuestos sobre una suma superior a la renta obtenida.

Podría argumentarse que la integración de la minusvalía o del deterioro en la base imponible en unión a la compensación de pérdidas en sede de la entidad filial implica el doble efecto de las pérdidas. Nótese que este argumento no sería válido en relación con las pérdidas por deterioro o partida fiscalmente deducible ya que la recuperación de valor determina el correspondiente aumento de la base imponible.

Por tanto, el doble cómputo de pérdidas a causa de su compensación en sede de la entidad participada no es un argumento pertinente para mantener el no cómputo de dichas pérdidas, tratándose del deterioro o de la partida fiscalmente deducible. Continúa siendo válido para el caso de minusvalías derivadas de la transmisión de la participación.

Sin embargo, debe advertirse que en bastantes países la compensación de pérdidas se deniega en los supuestos de cambio sustancial de la composición del grupo social.

Los razonamientos precedentes apuntan a que las pérdidas transfronterizas deben ser objeto de compensación en sede de la entidad matriz.

En este sentido el artículo 12.3 del TRIS, en cuanto permite la compensación de las referidas pérdidas y, además, descarta la compensación de la pérdida imputable a los gastos fiscalmente no deducibles, parece acertado.

Debe notarse que en las líneas anteriores se ha esgrimido como argumento nuclear la preservación de la capacidad económica de la entidad matriz. ¿Cuál es la entidad matriz? Pregunta que pudiera parecer ingenua, pero que no lo es porque en todo grupo de empresas puede distinguirse a la entidad matriz del grupo y a las entidades matrices de segundo grado, en ocasiones puramente instrumentales, que determinan una participación de carácter indirecto en sede de la entidad matriz. Pues bien, la entidad matriz a la que nos venimos refiriendo es la entidad matriz del grupo de empresas, la cual en ocasiones tendrá la participación directa y en otras la indirecta, pero, en todo caso, ostenta el interés económico y el control efectivo.

Se deduce de lo expuesto que así como parece correcta la compensación transfronteriza de pérdidas en sede de la entidad matriz del grupo de empresas, no lo parece la compensación en sede de cualquier otra entidad del grupo que ostente la participación directa, aun cuando la misma sea la que por tener en su activo la participación deba registrar en sus cuentas individuales el deterioro. Nótese que la tenencia de la participación en sede de una entidad intermedia es algo puramente circunstancial y, en cualquier caso, dependiente de la voluntad de la entidad matriz del grupo o dominante, lo que, en definitiva, implica dejar al arbitrio de la mencionada entidad la base imponible de la entidad intermedia, que sufriría el impacto de unas pérdidas que le son totalmente ajenas.

El criterio expuesto se fundamenta en el principio de territorialidad, a cuyo tenor las jurisdicciones fiscales están legitimadas para gravar las rentas producidas en su territorio. Rentas que no se podrán gravar a causa de la importación de unas pérdidas imputables a territorio extranjero que neutralizan los beneficios habidos en el territorio de la residencia de la matriz intermedia o formal, en nuestro caso el territorio español.

Dicho lo anterior ha de observarse que tanto la redacción original del artículo 12.3 del TRIS como la salida de la Ley 4/2008 no han abordado esta importante cuestión. Y esta era y es, realmente, la cuestión. La depuración de los gastos fiscalmente no deducibles parece correcta, pero, en el rico panorama de la fiscalidad internacional, es un aspecto accesorio del problema central, esto es, la procedencia misma de la compensación de las pérdidas transfronterizas.

De acuerdo con lo expuesto, el sistema de imposición sobre los beneficios debería admitir la compensación transfronteriza de pérdidas en relación con la entidad matriz del grupo o matriz real, pero no en relación con una entidad matriz subordinada o matriz formal.

Ahora bien, el contexto de unas reformas urgidas por la reforma contable tal vez no sea el más apropiado para una regulación como la sugerida. El vehículo apropiado tal vez fue la Ley 36/2006. Y, naturalmente, el futuro está abierto.

### *8.2.2. La estrategia de la Comisión de la Unión Europea y la compensación transfronteriza de pérdidas.*

Yace en la vía muerta la estrategia de la Comisión relativa a la base imponible común consolidada europea. Uno de sus objetivos era, precisamente, permitir la compensación transfronteriza de pérdidas. Tal compensación derivaría de que el impuesto recaería sobre la renta consolidada.

La partida fiscalmente deducible también permite la compensación transfronteriza de pérdidas. Pero hay una gran diferencia. En efecto, en el régimen de base imponible común consolidada la pérdida se soporta por todas las jurisdicciones fiscales europeas en las que el grupo multinacional tenga presencia y siempre que, a su vez, la pérdida se genere en una entidad europea, mientras que en el régimen de la partida fiscalmente deducible la jurisdicción fiscal afectada será la española, en la medida en que sea una entidad residente en territorio español la que ostente la participación sobre la que ha sufrido las pérdidas.

El artículo 12.3 del TRIS, tanto en su redacción original como en la establecida por la Ley 4/2008, abre la puerta a la compensación transfronteriza de pérdidas en relación con la entidad que mantiene la inversión financiera, ya sea una matriz real o formal. De esta forma se ofrece una oportunidad para que los grupos multinacionales coloquen en sede de entidades filiales españolas participaciones extranjeras determinantes de pérdidas potenciales.

Se podrá objetar que la concurrencia de pérdidas es un evento de imposible estimación en el momento de decidir la colocación de la participación en sede de una entidad residente en territorio español del grupo multinacional. Pero esa objeción no es consistente. Lo relevante no es que la pérdida sea sobrevenida y no planificada, sino que la pérdida de una filial del grupo multinacional no español no debe neutralizar la tributación de las rentas obtenidas por otra u otras filiales de ese grupo residentes en territorio español.

La cuestión a resolver en el ámbito internacional no era la depuración de los gastos fiscalmente no deducibles sino la procedencia de la compensación transfronteriza de pérdidas. Este problema se remonta, realmente, a los propios orígenes del Impuesto sobre Sociedades, pues el deterioro, depreciación o envilecimiento de la participación se ha venido considerando partida fiscalmente deducible aun cuando la entidad participada fuera residente en el extranjero y la entidad tenedora de la participación no fuese la matriz del grupo de empresas. La Ley 43/1995 fue continuista en este punto, pero en ella ya se contenía un atisbo de percepción del problema en la medida en que la entidad de tenencia de valores extranjeros quedaba extramuros del grupo fiscal. Tal restricción fue levantada por el Real Decreto-Ley 3/2000. La Ley 4/2008 nada ha remediado.

La solución inmediata del problema descrito consiste en reservar la compensación transfronteriza de pérdidas a las entidades matrices del grupo de empresas. Esta simple medida liberaría al Impuesto sobre Sociedades de un carga, que fue tolerable en los años precedentes a la globalización, pero que hoy en día pesa notablemente. Se trata de una solución cuyo fundamento último es posibilitar el correcto juego del principio de territorialidad, o dicho de otra manera, impedir que las rentas obtenidas en territorio español dejen de tributar efectivamente por el Impuesto sobre Sociedades por causa de unas pérdidas totalmente desconectadas del territorio español.

Ahora bien, la medida precitada excluiría de la compensación transfronteriza de pérdidas a las entidades matrices subsidiarias dependientes de entidades matrices del grupo de empresas de carácter europeo, lo que podría considerarse contrario al derecho de establecimiento comunitario. Tal objeción no se plantearía en el contexto de una tributación sobre los beneficios basada en el beneficio contable consolidado, pues, por definición, tal beneficio solo es imputable a la entidad matriz del grupo. El efecto práctico consistiría en residenciar la compensación de pérdidas en sede de la entidad matriz del grupo en sentido mercantil.

### 8.3. Paraísos fiscales.

La referencia penalizadora respecto de los paraísos fiscales arranca con la Ley 18/1991, y ha ganado sucesiva extensión en la imposición directa. La disposición adicional primera de la Ley 36/2006 incorporó nuevas técnicas de restricción en relación con las jurisdicciones fiscales propicias a la degradación fiscal o carentes de transparencia. Estas técnicas, posteriormente perfiladas por lo previsto en la disposición adicional primera del Real Decreto 1804/2008, no han sido incorporadas en la reforma del artículo 12.3 del TRIS. En efecto, la exclusión de la deducción del deterioro continúa basándose en la apelación a los países y territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales.

Sin embargo, tratándose de entidades residentes en algún Estado miembro de la Unión Europea la deducción será posible siempre que el obligado tributario acredite que la constitución y operativa de la entidad participada *responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades empresariales*.

Este enfoque permite superar los posibles reproches de infracción de la normativa comunitaria, a tenor de las pautas sentadas por el Tribunal de Justicia (*Lankhorst, Cadbury Schweppes, Thin Cap Group*, entre otras), que pueden resumirse de la siguiente manera:

- El derecho de establecimiento no puede ser utilizado para eludir normas fiscales nacionales.
- La motivación fiscal en la constitución de una sociedad no implica por sí misma abuso.
- Las normas antiabuso que se proyectan exclusivamente sobre situaciones transfronterizas, cuando las mismas situaciones puramente internas no están contempladas, son determinantes de una restricción a la libertad de movimiento de capitales.

- La restricción puede estar justificada si la norma antiabuso combate montajes puramente artificiales, los cuales podrían presentarse cuando la sociedad constituida carece de implantación económica y no realiza actividades empresariales.
- La norma antiabuso debe ser adecuada para evitar el abuso y no ir más allá de lo necesario al efecto, esto es, cumplir con el principio de proporcionalidad.

En el supuesto que nos ocupa la norma excluye la deducción del deterioro cuando media un paraíso fiscal, lo cual podría ser restrictivo del derecho de establecimiento, pero exceptúa tal exclusión cuando se prueba la existencia de motivos económicos válidos y la realización de actividades empresariales, circunstancias ambas cuya ausencia permite entender que la norma antiabuso persigue frustrar montajes puramente artificiales. En suma, si bien es cierto que la norma restrictiva no se construye por referencia al puro artificio, sino al paraíso fiscal, la justificación que elimina la restricción se configura sobre el reverso de lo artificioso, a saber, la motivación económica válida y la realización de actividades empresariales.

La arquitectura de la norma parece sólida: la existencia del paraíso fiscal justifica la cautela y la prueba de la motivación económica y la realización de actividades empresariales justifica su levantamiento.

Nótese la gran diferencia con la interpretación más rigorista del artículo 96.2 del TRIS, a cuyo tenor es preciso probar la concurrencia de motivos económicos válidos para aplicar el régimen especial de las fusiones y operaciones asimiladas. Esta interpretación no parte de un supuesto irregular, sino que desentendiéndose de dicho aspecto se centra en la exigencia de la prueba de la motivación económica válida a modo de condición de aplicación del régimen especial. No es objeto del presente trabajo examinar la interpretación del artículo 96.2 del TRIS, pero es oportuno resaltar la función diversa que realiza la motivación económica válida en los dos preceptos convocados, a saber, el artículo 12.3 y el 96.2 (según la interpretación rigorista), ambos del TRIS, pues en tanto que en el primero concurre la irregularidad concretada en el paraíso fiscal, en el segundo (según la interpretación rigorista) no se requiere la concurrencia de irregularidad, por más que eventualmente pudiera existir.

La utilización que el artículo 12.3 del TRIS efectúa de la motivación económica válida enlaza perfectamente con lo establecido en el Modelo de convenio de la OCDE, donde, en efecto, se configura como un remedio concedido al obligado tributario que ha incurrido en el supuesto de hecho de una norma antiabuso para evitar su aplicación.

En otro orden de cosas, se opina que la restricción relativa a los paraísos fiscales se aplica a los dos regímenes del artículo 12.3 del TRIS, pues si bien es cierto que la ubicación sistemática de aquella no ayuda a tal interpretación, la remisión que el párrafo dedicado a la partida fiscalmente deducible efectúa a *las condiciones establecidas en este apartado* permite mantener tal opinión.

Dicho esto, puesto que la restricción cede en el caso de que la entidad participada consolide *su cuentas con las de la entidad que realiza el deterioro en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio*, la realidad es que el ámbito de la restricción queda reducido a la partida fiscalmente dedu-

cible relativa a entidades multigrupo y asociadas, pues estas no consolidan sus cuentas en sentido propio, esto es, por el método de integración global que es el aplicable a las entidades que están en relación de dependencia en los términos del citado artículo.

Por tanto, la nueva partida fiscalmente sigue las pautas que, respecto de los paraísos y la consolidación, ya había marcado la redacción original del artículo 12.3 del TRIS, con carácter general. Tal vez se hubiera podido ser más exigente en relación con la partida fiscalmente deducible, ya que la misma, como se ha comentado, es deducible aun cuando no exista deterioro.