

Cuestión distinta, que no se discute, es que a la par que nos encontramos ante un concepto autónomo de derecho comunitario, constituya también un concepto jurídico indeterminado.

La Directiva comunitaria define el concepto de "valor normal de mercado" abstrayéndolo de su aplicación a un supuesto concreto de determinación de la base imponible, por lo que se recoge en un precepto independiente, que trata exclusivamente de su fijación⁷². De esta forma, se configura como el importe total que, para obtener los bienes o servicios en cuestión, un destinatario, en la misma fase de comercialización en la que se efectúe la entrega de bienes o la prestación de servicios, debería pagar en condiciones de libre competencia, a un proveedor independiente dentro del territorio del Estado miembro de imposición de la entrega o prestación.

Prevé también el legislador comunitario la posibilidad de que no pueda establecerse una entrega de bienes o una prestación de servicios comparable. En este caso, por "valor normal de mercado" se entenderá:

- Con respecto a los bienes, un importe no inferior al precio de compra de tales bienes o de bienes similares o, a falta de precio de compra, el precio de coste, evaluados tales precios en el momento de la entrega. Este contenido es análogo a la recogida en la norma comunitaria para los supuestos de autoconsumo de bienes⁷³.
- Con respecto a un servicio, un importe no inferior a la totalidad del coste que la prestación del mismo suponga para el sujeto pasivo. Al igual que en el caso anterior, este contenido es análogo al previsto para los supuestos de autoconsumo de servicios⁷⁴

A diferencia de la norma comunitaria, nuestra norma interna no recoge en un precepto independiente el concepto de "valor normal de mercado", definiéndolo exclusivamente para las operaciones vinculadas, a pesar de que a dicho concepto se refieren, con mayor o menor acierto, tanto desde el punto de vista de su adecuación a la norma comunitaria, como desde el de la fijación de su contenido, otras reglas de determinación de la base imponible⁷⁵.

⁷² Artículo 72 de la Directiva 2006/112/CE.

⁷³ El artículo 74 de la Directiva 2006/112/CE recoge esta regla de concreción de la base imponible para los casos de destino o de afectación por un sujeto pasivo de un bien de su empresa, o de tenencia de bienes por un sujeto pasivo o por sus derechohabientes cuya actividad económica imponible haya cesado, recogidos en los artículos 16 a 18 de la Directiva, en donde se delimitan los distintos supuestos de autoconsumo de bienes.

⁷⁴ El artículo 75 de la Directiva prevé este contenido de la base imponible para las prestaciones de servicios consistente en la utilización de un bien afectado a una empresa para las necesidades privadas del sujeto pasivo y para las prestaciones de servicios efectuadas a título gratuito, previstas en el artículo 26 de la Directiva, en donde se recogen los supuestos de autoconsumo de servicios.

⁷⁵ Sin perjuicio de su correcta adecuación a la Directiva comunitaria, entre estas reglas se incluyen las dos recogidas en el artículo 79.uno de la LIVA, referidas a operaciones en que la contraprestación no consista en dinero total o parcialmente, si bien en el mismo se alude a la base imponible que "se hubiese acordado en condiciones normales de mercado" respecto de la primera y al "valor en el mercado" en el segundo. También el artículo 79.dos, relativo a operaciones en las que por precio único se entregan bienes o se prestan servicios de diversa naturaleza (hemos de entender esencialmente que tributan a tipos impositivos diferentes). El artículo 79.tres, referente al autoconsumo de bienes, alude al "valor de los bienes en el momento en que se efectúe la entrega", lo que ha sido interpretado tanto por la Administración como por la jurisprudencia interna como similar al "valor normal de mercado".

Es esta la primera de las cuestiones que se plantean cuando nos referimos al concepto de "valor normal de mercado". Dando por supuesto que las reglas del artículo 79 de la LIVA, al margen de la relativa a operaciones vinculadas, se ajustan a la norma comunitaria, lo que plantea dudas razonables, indudablemente la primera de las conclusiones a las que debería llegarse es que, ante la falta de una definición legal interna de "valor normal de mercado", deberemos acudir para su aplicación a los distintos supuestos al precepto de la Directiva que lo recoge y aplicar exclusivamente éste y no otro por referencia a otras normas tributarias internas, e inclusive tampoco puede acudirse al recogido para las operaciones vinculadas en cuanto, de un lado se refiere exclusivamente a este supuesto concreto, y además tampoco lo aplicaremos en tanto en cuanto podamos considerar que este último no se ajusta plenamente al precepto comunitario que ahora se está examinando, dada la razón anteriormente expuesta (ante la inexistencia de un concepto de "valor normal de mercado" independiente de las distintas reglas, debemos acudir al fijado por la norma comunitaria).

Puntualizado lo anterior, el legislador interno en el artículo 79.cinco de la LIVA determina la base imponible de las operaciones vinculadas, cuando concurra alguna de las tres circunstancias que se han examinado anteriormente, acudiendo al "valor normal de mercado", respecto del que recoge en sus dos primeros párrafos una transposición más o menos literal del precepto comunitario.

Difiere en dos puntos concretos. El primero, al recoger el concepto general por remisión a bienes o servicios comparables, se alude a "ese mismo momento", esto es, al momento en que se produce la operación y no otro distinto, anterior o posterior. De esta forma, las regularizaciones tributarias no pueden concretar el valor normal de mercado por referencia a fechas o momentos distintos a aquel en que ha tenido lugar el devengo de la operación.

Por otro lado, al remitirse a los supuestos de autoconsumo de bienes, en los casos en los que no existan bienes comparables, mientras el precepto comunitario alude a "un importe no inferior al precio de compra", el artículo de la norma nacional se refiere a "un importe igual o superior" al precio de adquisición o de compra de tales bienes o de bienes similares. La diferenciación entre uno y otro precepto no es baladí, puesto que, en primer lugar, los preceptos que regulan los supuestos del autoconsumo de bienes en el ámbito interno y en el comunitario, difieren en cuanto a su redacción, mientras que el artículo 79.cinco no alude a la regla interna del autoconsumo de bienes, sino que refleja con mayor fidelidad el precepto comunitario. En segundo lugar, el precepto comunitario no se refiere a un importe "superior" al precio de compra, sino que, en estos casos en los que no existen bienes comparables, la base imponible será "un importe no inferior al precio de compra"; mientras que en nuestra norma interna se acoge a que pueda ser superior. Indudablemente, si las partes intervinientes en la operación vinculada han fijado un precio inferior al de mercado, pero en todo caso superior al de adquisición o compra del bien por parte del proveedor en el momento en que se realiza la operación, no hay que dudar que éste sería el trasladable a la base imponible del impuesto. Ahora bien, no puede interpretarse el precepto más allá de este supuesto concreto que se acaba de apuntar y, por ello, no se puede determinar un importe superior al de compra en otros supuestos en los que no existan bienes comparables.

La diferencia más notable que nuestro precepto interno tiene respecto del comunitario se refiere al último párrafo del apartado cinco del artículo 79, pues éste no tiene equivalente en el precepto comunitario. El legislador nacional alude a que, tanto en el caso en el que existan bienes o servicios comparables (regla general de concreción del valor de mercado), como en el supuesto de que no existan bienes o servicios

comparables (reglas especiales que recogen las previstas para los autoconsumos de bienes y de servicios), será de aplicación, en cuanto proceda, lo dispuesto en el artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

La remisión a las normas reguladoras del impuesto sobre sociedades plantea diversas cuestiones. La primera es la posibilidad o no de aplicar en el ámbito del IVA las normas reguladoras de la imposición directa, y, en todo caso, el alcance que pueden tener esta remisión. En relación con el primer aspecto, tanto el TJUE como el Abogado General han mantenido la tesis de la inaplicabilidad al IVA de las normas reguladoras de la imposición directa, no siendo pertinentes para la aplicación del régimen común del IVA, esencialmente por cuanto la fiscalidad directa pertenece al ámbito de la soberanía de cada Estado miembro⁷⁶. Si el concepto de "valor normal de mercado" en relación con el IVA es un concepto autónomo de derecho comunitario, la conclusión anterior es aplicable también a éste ya que con él se trata de lograr una aplicación uniforme del régimen común del IVA en el ámbito comunitario, por lo que no puede verse afectado por las normas internas reguladoras de la imposición directa, máxime cuando sobre las mismas no existe una armonización a nivel comunitario que permita obtener un concepto uniforme aplicable por el conjunto de los Estados miembros. Además, no debe olvidarse que la naturaleza y finalidad de la regla de valoración en el IVA difiere de la prevista en la imposición directa.

Ello nos lleva a plantearnos el alcance de la remisión que efectúa el artículo 79.cinco al Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Queda claro que la remisión debería en todo caso ceñirse al propio concepto y a los métodos de determinación del "valor normal de mercado", previstos en los apartados 1 y 4 del artículo 16 del Texto Refundido. Al margen de la similitud o no entre ambos conceptos, el de la LIVA y el de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, en la primera, transcribiendo la regulación comunitaria, distingue en función de la existencia o no de bienes o servicios comparables con el que pretende valorarse, lo que no es trasladable al Impuesto sobre Sociedades. Por ello, si bien podría aceptarse que el método de determinación previsto en el apartado 4.1º.a) del artículo 16 del Texto Refundido es equiparable al previsto en la LIVA cuando existen bienes o servicios comparables; no sucede lo mismo con los restantes métodos. Por ello, la remisión no puede identificarse con la posibilidad de aplicar todos los métodos previstos en la imposición directa. La LIVA prevé, ante la inexistencia de bienes o servicios comparables unos métodos de determinación del "valor normal de mercado" (remisión a las normas de determinación de la base imponible de los autoconsumos de bienes y de servicios) respecto de los que no puede predicarse su analogía con los previstos en las letras b) y c) del punto 1º del apartado 4 citado. En relación con bienes o servicios comparables, la LIVA y la Directiva comunitaria, partiendo del concepto de "valor normal de mercado", deja en manos de los Estados miembros el método de cálculo, siempre dentro de los parámetros que fija el precepto e, indudablemente, los principios inspiradores de la regla especial de determinación de la base imponible para operaciones vinculadas, que no es otra que la de evitar el fraude o abuso de la norma, y, por otro, de los principios inspiradores del régimen común del IVA, de forma que no se falsee la libre competencia, pero tampoco se creen obstáculos al principio de neutralidad impositiva en su vertiente de igualdad de trato para sujetos que realizan operaciones análogas.

⁷⁶ Así lo han mantenido en relación con el "Modelo de Convenio OCDE" en la sentencia de 23 de marzo de 2006, asunto C-210/04, *FCE Bank*, y el escrito de Conclusiones presentado por el Abogado General el 29 de septiembre de 2005.

La remisión que realiza la LIVA queda muy limitada, pues sólo puede aceptarse en relación con la existencia de bienes o servicios comparables y, aun en este caso, debe plantearse la aplicabilidad de las normas de la imposición directa al IVA, como se ha apuntado anteriormente. Sólo y en la medida en que el método fijado para el Impuesto sobre Sociedades en la citada letra a) del punto 1º del apartado 4, en relación con la existencia de bienes o servicios comparables tenga acogida en el seno de la redacción dada por la LIVA y por la Directiva 2006/112/CE y, esencialmente, pueda encontrar acomodo en los principios reguladores del régimen común del IVA, podría considerarse de aplicación el método previsto en el precepto recogido en la imposición directa.

A pesar de estas consideraciones, aún en el supuesto que se acaba de plantear, la aplicación sin más del método que se ha señalado puede plantear problemas de adecuación al IVA⁷⁷.

Siempre que no existiendo bienes o servicios comparables, no pueda determinarse el valor normal de mercado, no podremos acudir a la imposición directa, sino que deberemos aplicar las reglas que prevé la propia LIVA, acudiendo para ello a las reguladoras de los autoconsumos de bienes o de servicios.

Finalmente, hemos de plantearnos si la remisión que la LIVA efectúa al artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, comprende también otros apartados distintos a los que nos hemos referido. La Administración tributaria, y concretamente la DGT así lo entiende, si bien ello plantea los mismos problemas que hasta ahora se han apuntado. Así, se ha considerado que el apartado 7 del artículo 16 queda comprendido también en la remisión que efectúa la LIVA. Se trata de los acuerdos previos de valoración que, como se ha indicado, plantean las mismas cuestiones que se han puesto de manifiesto. En la medida en que dichos acuerdos previos de valoración se ajusten a los dictados de la LIVA así como a los principios que rigen este impuesto podría aceptarse que la base imponible pueda fijarse por remisión a estos acuerdos. Ahora bien, la adecuación de este apartado y su ajuste a la LIVA plantea otros problemas adicionales de importancia. En primer lugar, el precepto prevé la posibilidad de aplicar el resultado del acuerdo a situaciones anteriores a su aprobación, pues puede aplicarse al período impositivo en curso, lo que no puede trasladarse al IVA. Este impuesto además no es un impuesto periódico, lo que hace que la base imponible deba determinarse operación por operación, y que deba fijarla el sujeto pasivo, no la Administración a través de un acuerdo. Por otro lado la valoración fijada por la Administración se aplicará a toda operación vinculada de igual naturaleza, lo que no ocurre en IVA, en donde tan sólo deberá determinarse por su valor de mercado cuando concurra alguna de las circunstancias que establece el artículo 79.cinco de la LIVA. En definitiva la naturaleza y finalidad que en la imposición directa tienen los acuerdos previos de valoración hacen que los resultados de dichos acuerdos no sean trasladables al IVA sin más.

No sólo la DGT considera que resulta de aplicación, sino que ha extendido la remisión efectuada por la LIVA al artículo 16 del Impuesto sobre Sociedades, al ámbito de la imposición sobre la renta, considerando que los artículos 43.1º.f) de la Ley 35/2006, de

⁷⁷ Es el caso, por ejemplo, de las relaciones entre el sujeto pasivo y el personal dependiente, en donde la determinación de la base imponible en las operaciones vinculadas, como ha señalado la DGT (consulta V1072-08 de 28/05/2008) deberá fijarse en atención al precio ofertado al público por los bienes entregados, deduciendo los descuentos que se ofrecen a colectivos similares a los trabajadores de la consultante así como los descuentos de carácter promocional que se encuentran en vigor en el momento de devengo.

28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas físicas y la Disposición adicional segunda del Reglamento del IRPF deben interpretarse de tal forma que permiten esta posibilidad. Recordemos que estos preceptos desarrollan, para el IRPF, la posibilidad de los sujetos pasivos de concluir con la Administración tributaria un acuerdo previo de valoración en los mismos términos que, en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades (artículo 16.7 de su Ley reguladora) y por ello, la DGT considera que la referencia que realiza el artículo 79.cinco de la LIVA al artículo 16 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, ha de entenderse hecha, en los mismos términos, a lo dispuesto por los preceptos del IRPF citados, que se corresponde con la posibilidad de los sujetos pasivos de concluir tales acuerdos previos de valoración al efecto de tener plena certidumbre en el cálculo del valor de mercado de las operaciones vinculadas, de forma tal que pueden aplicarse también respecto del Impuesto sobre el Valor Añadido⁷⁸.

La conclusión que podría adoptarse en este extremo no es otra que la imposibilidad de acudir a estos acuerdos previos de valoración para que tengan efecto sobre la LIVA, ni mucho menos a otras normas ajenas y no estipuladas directamente por el artículo 79.cinco; todo ello sin perjuicio de, considerando este precepto, el valor de mercado fijado en dichos acuerdos sea coincidente con el que resultaría por la aplicación del precepto de la LIVA.

5. Bibliografía

García Prats, F. A.: “Las operaciones vinculadas y los precios de transferencia: La aplicación del principio de libre competencia. Valoración a valor de mercado”, en la obra colectiva *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, dirigida por Teodoro Cordón Ezquerro; Centro de Estudios Financieros, 2010.

Herrera Molina: “Contraprestaciones no monetarias y operaciones vinculadas en el IVA. Apunte de Derecho interno y comunitario a propósito de la STJCE de 2 de junio de 1994”, *Impuestos*, 10/1995.

Almudí Cid, J. M. y Martínez Lago, M. A.: “Prevención del fraude y operaciones vinculadas en el Impuesto sobre el Valor Añadido. A propósito de la extemporánea e incompleta solicitud de autorización de España a la Unión Europea para incorporar un régimen de operaciones vinculadas en el IVA”, *Quincena Fiscal*, 4/2006.

García-Herrera Blanco, C.: “Las operaciones vinculadas y el IVA (Sentencia del TJCE de 29 de mayo de 1997)”, *Impuestos*, Tomo II, 1998.

García Novoa, C.: “Modificaciones en la regulación del IVA introducidas por la Ley de Prevención del Fraude”, *Quincena Fiscal*, 13/2007.

Jabalera Rodríguez, A.: “Operaciones vinculadas en el IVA: Régimen comunitario y experiencias comparadas”, *Crónica Tributaria* 129/2008, I.E.F.

⁷⁸ Consulta V1492-07 de 05/07/2007, en donde se acepta la valoración en relación con las empresas del sector eléctrico en relación con los precios fijados a sus empleados, partiendo de la propuesta de valoración aprobada de la que se deduce el valor de mercado que ha de aplicarse en los suministros de energía eléctrica a los empleados, que se fundamenta en lo dispuesto por el artículo 43.1º.f) de la actual Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas físicas. Hay que señalar que en este caso concreto, el valor de mercado se había fijado en atención al precio ofertado al público por los bienes entregados, deduciendo los descuentos que se ofrecen a colectivos similares a los trabajadores de la consultante así como los descuentos de carácter promocional que se encuentran en vigor en el momento de devengo (lo que equivale a establecer un sistema de determinación de la base imponible análogo al previsto en la consulta V1072-08 de 28/05/2008 citada en nota anterior).

- Checa González, C.: *Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal*, Thomson-Aranzadi, 2007.
- Moreno Fernández, I.: *La tributación de las operaciones vinculadas*, Aranzadi, 2003.
- Longás Lafuente, A.: *Impuesto sobre el Valor Añadido*; Centro de Estudios Financieros, Tomo I, 2011.
- Bunes Ibarra, J. M. (dir.): *Manual del Impuesto sobre el Valor Añadido*, Instituto de Estudios Fiscales, 2008.

**LA REFORMA DEL IMPUESTO DE SOCIEDADES DE GIBRALTAR
DECLARADA AYUDA DE ESTADO INCOMPATIBLE CON EL DERECHO
COMUNITARIO. COMENTARIO DE URGENCIA A LA SENTENCIA DEL
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 15-NOVIEMBRE DE
-2011, ASUNTOS ACUMULADOS C-106 Y 107/09 P**

Lilo Piña Garrido

Instituto de Estudios Fiscales

El pasado 15 de noviembre se ha pronunciado finalmente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre un asunto que arrancó en 2002, cuando las autoridades británicas notificaron a la Comisión Europea las propuestas de reforma del sistema de tributación de sociedades que el Gobierno de Gibraltar quería poner en marcha.

En aquel momento las dos medidas estrella de que disponía Gibraltar para atraer sociedades extrapatrimoniales –*offshore*– a su territorio resultaban ya sospechosas desde el punto de vista del Derecho Comunitario. El régimen de las sociedades exentas –*exempt companies*– creado en 1967 –y modificado posteriormente en varias ocasiones– había sido considerado Ayuda de Estado contraria al Tratado por la Comisión europea en una Decisión de 11 de julio de 2002 –D/289755–, aunque más tarde el Tribunal de Primera Instancia (TPI) la consideró ayuda existente, permitiendo con ello su subsistencia –sentencia de 30 de abril de 2002, asuntos acumulados T-195 y 207/01–. La aplicación de tipos reducidos a determinadas sociedades –las llamadas *qualifying companies*– fue considerado también Ayuda de Estado y en este caso no fue calificado de Ayuda existente por el TPI por haber sido introducido en 1983, siendo ya Gran Bretaña miembro de la Unión Europea, de modo que fue declarada ilegal e incompatible con el Derecho Comunitario –Decisión de la Comisión Europea también de 11 de julio de 2002, D/289757, y misma sentencia del TPI citada más arriba⁷⁹.

En este contexto Gibraltar decidió diseñar un nuevo sistema tributario que debía sustituir al anterior –en el que junto al impuesto de sociedades que debían pagar las sociedades gibraltareñas existían estos dos regímenes especiales que hemos reseñado para las sociedades extraterritoriales–, nuevo sistema que se presentaba como plenamente adaptado a las normas de la Unión Europea y que consistía en un combinado de varias figuras tributarias para gravar a las sociedades, básicamente un impuesto sobre las nóminas –por cada trabajador contratado–, un impuesto por superficie ocupada –según el tamaño del local o locales utilizados en su actividad–, la suma de los cuales no podía superar el 15 por 100 de los beneficios de la empresa; y una tasa de registro⁸⁰.

Sin embargo, la Comisión examinó el proyecto y llegó a la conclusión en su Decisión 2005/261/CE, de 30 de marzo de 2004, de que el nuevo régimen constituía también ayuda de Estado y no era compatible con el TFUE⁸¹.

⁷⁹ Vid. al respecto J. I. Moreno Fernández, “La autonomía de las regiones y el Derecho Comunitario: los beneficios fiscales autonómicos como potenciales “ayudas de Estado” contrarias al Mercado Común”, en el libro *Homenaje al profesor Ayala*, dirigido por E. Gonzalez, 2007, p. 234-237.

⁸⁰ Pueden encontrarse los detalles en la Decisión de la Comisión 2005/262 o en la Sentencia del TPI de 18-diciembre-2008 que examinamos en el texto –apdos 17 a 25–.

⁸¹ Ese mismo 30 de marzo de 2004, la Comisión emitió otra Decisión –2005/77/CE– relativa al régimen de

Constituía Ayuda de Estado por razones de selectividad regional –apdos 98 y ss de la Decisión- y de selectividad material –apdos 128 y ss-.

En cuanto a esta última -en la que nos centraremos en este trabajo, porque es en ella en la que se basa la sentencia del TJUE que queremos comentar- la autoridad comunitaria destaca que “... un impuesto sobre las nóminas con arreglo al cual todas las empresas deben contribuir mediante un importe fijo por empleado y año puede, por lo menos en ciertas circunstancias, considerarse como selectivo cuando se aplica a falta de un sistema impositivo general para los beneficios de las sociedades y reemplaza a tal sistema. Esto ocurre cuando se tienen en cuenta las características específicas de la economía de Gibraltar y en especial la existencia de un amplio sector extraterritorial sin ninguna presencia fiscal, que escaparía a cualquier impuesto bajo el sistema impositivo de nóminas y tasa por ocupación de superficie. Aunque tal sistema se aplica formalmente sin discriminación a todas las empresas, de hecho beneficia a las “empresas exentas” actuales que no tienen ningún empleado en Gibraltar. Constituye una ventaja específica a favor de estas empresas sin presencia real en Gibraltar, que por consiguiente no incurrir en el impuesto de sociedades” –párr 143 de la Decisión-. “El mismo razonamiento se aplica igualmente a una tasa por superficie ocupada... Tal medida también beneficia a las actuales “empresas exentas” que no tienen normalmente ninguna presencia física en Gibraltar” –en el mismo párr.-.

España, que formuló alegaciones en el procedimiento abierto, criticó sobre todo la competencia desleal que Gibraltar protagonizaba con su fiscalidad especialmente baja tanto respecto a los baremos españoles, como respecto a los británicos, competencia que favorecería la deslocalización de empresas y perjudicaba especialmente nuestros intereses –*vid* apdos 72 a de la Decisión-. Pero también destacó el hecho de que “(l)as empresas extraterritoriales no resultarían afectadas por dos de los nuevos impuestos: alrededor de 8000 empresas sin ninguna presencia física en Gibraltar quedarían exentas. La reforma no modifica la situación fiscal de las empresas sin personal o locales en Gibraltar” –párr. 77 de la Decisión-.

La Comisión consideró, pues, que los nuevos impuestos que Gibraltar pretendía aplicar constituían Ayudas de Estado, incompatibles con el mercado común, ya que no podían justificarse por ninguna de las razones contempladas en el art. 87 TFUE, porque Gibraltar no es una de las regiones incluidas en el mapa de Ayudas regionales de Gran Bretaña y los objetivos de las medidas nada tenían que ver con fomentar la realización de un proyecto importante de interés europeo, poner remedio a una grave perturbación de la economía del país, o promover la cultura o la conservación del patrimonio -*vid* párr. 157 a 162 de la Decisión-. Y por tanto no autorizó la ejecución de la reforma.

Gran Bretaña y Gibraltar impugnaron esta Decisión ante el Tribunal de Primera Instancia de la UE y este apoyó sus tesis en la sentencia de 18 de diciembre de 2008, asuntos T-211 y 215/04.

El TPI, a diferencia de la Comisión, entendió que las medidas fiscales proyectadas por Gibraltar no constituían Ayudas de Estado, pues no concurría en ellas ni selectividad regional, ni selectividad material.

ayudas ejecutado por el Reino Unido a favor de sociedades de Gibraltar beneficiarias de tipos impositivos reducidos, en la que confirma su calificación de ayudas incompatibles con el Tratado, pero renuncia a exigir su devolución a los sujetos beneficiados por razones de confianza legítima y para no colocarles en peor situación que la de las empresas que optaron en su momento por el régimen de exención que el TPI consideró ayuda existente.

No existe selectividad regional, en su opinión, desde el momento en que se cumplen los requisitos de autonomía que obligan a tomar como marco de referencia para determinar el carácter general o no de la norma examinada el territorio de la región y no el del Estado al que pertenece, los requisitos de la famosa sentencia de las Azores –S TJUE 6-septiembre-2006, asunto C-88/03-. El TPI entiende que Gibraltar dispone de autonomía institucional, procedimental y económica. Nosotros no compartimos totalmente sus razonamientos, pero no queremos tampoco detenernos mucho en ellos⁸², puesto que lo que pretendemos es dar noticia de la última y definitiva sentencia sobre este asunto que ha sido la recientemente recaída y emitida por el TJUE, que sólo aborda los argumentos relativos a la selectividad material.

Sobre esta selectividad material, el TPI, remitiéndose a la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas (98/C 383/03, publicada en el DOCE de 10-diciembre-1998), y concretamente a su pto 16⁸³, afirma que sería preciso identificar un régimen tributario “común” o “normal” en Gibraltar con el que pueda compararse el que es calificado de ayuda de Estado –el que se propone introducir en su territorio el Peñón-. Este último, para poder ser considerado ayuda de Estado, debe ser un régimen específico reservado a sólo ciertos sectores económicos o empresas, no justificado conforme a la naturaleza y estructura del sistema fiscal, y por ello selectivo desde un punto de vista material. Pues bien, a juicio del Tribunal, la Comisión no ha realizado esta tarea y, por ello, anula su Decisión –*vid* párr. 141 y ss de la sentencia⁸⁴-.

Tanto la Comisión, como España recurrieron la sentencia del TPI ante el TUE y este acaba de pronunciarse el 15 de noviembre pasado.

En la nueva sentencia el Tribunal de Justicia de la UE, apoyándose también en la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas, llega a una

⁸² El Tribunal entiende que Gibraltar dispone de autonomía procedimental porque aunque el gobierno central de Gran Bretaña dispone jurídicamente de facultades para intervenir en su procedimiento legislativo, nunca lo ha hecho en materia fiscal –*vid* párr. 89 a 100-. Nosotros pensamos que si es posible esa intervención, es irrelevante que hasta ahora no se hayan ejercido esas potestades, de modo que la conclusión debería haber sido que Gibraltar no es un territorio tan autónomo como parece.

Además el tribunal mantiene que las transferencias económicas que Gibraltar recibe por distintos conceptos del gobierno británico no tienen relación de causa a efecto con la reforma fiscal que se propone y por ello no alteran, ni restringen su autonomía económica. Nosotros opinamos que las ayudas económicas que reciben muchas regiones europeas –también españolas, y estamos pensando obviamente en el País Vasco y Navarra- son las que les permiten en numerosas ocasiones implantar regímenes fiscales más beneficiosos para los contribuyentes que los que rigen en el resto del territorio de los Estados a los que pertenecen, regímenes que no podrían permitirse el lujo de tener si fuesen Estados independientes que tuviesen que hacer frente solas a todos sus gastos públicos. Y que, por tanto, no cumplen en realidad el requisito de la autonomía económica tal y como lo formuló el Tribunal de la UE en su sentencia de las Azores –aunque es cierto que el mismo Tribunal siempre lo ha interpretado y aplicado de forma tan laxa como hace ahora en esta sentencia de Gibraltar-.

⁸³ “Para aplicar el apartado 1 del art. 92” –actual art. 87 TFUE- “a una medida fiscal, resulta especialmente pertinente el hecho de que esta medida establezca una excepción a la aplicación del sistema fiscal a favor de determinadas empresas del Estado miembro. Por lo tanto, conviene determinar, en primer lugar, el régimen común aplicable. A continuación, debe examinarse si la excepción a este régimen o las diferencias en el mismo están justificadas “por la naturaleza o la economía del sistema” fiscal, es decir, si se derivan directamente de los principios fundadores o directivos del sistema fiscal del Estado miembro en cuestión. De no ser así, serían constitutivas de ayuda estatal”.

⁸⁴ En el párr. 180, sobre la situación de no sujeción a ningún impuesto de las empresas extraterritoriales en Gibraltar, el Tribunal afirma que los casos mencionados tanto por la Comisión, como por España, son puramente hipotéticos y no los considera un argumento de peso.

conclusión diferente a la del Tribunal de Primera Instancia y declara que el proyectado nuevo régimen fiscal de Gibraltar sí constituye ayuda de Estado y es incompatible con el Tratado. Y lo hace analizando tan sólo las alegaciones relativas a la selectividad material de las medidas. Le basta este estudio para tomar una decisión.

Después de recordar en qué consisten las Ayudas de Estado de acuerdo con su propia jurisprudencia –“no sólo las prestaciones positivas, como las propias subvenciones, sino también las intervenciones de Estado que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos”, párr. 71; “una medida mediante la cual las autoridades públicas conceden a determinadas empresas un trato fiscal ventajoso que, aunque no implique una transferencia de fondos estatales coloque a los beneficiarios en una situación financiera más favorable que a los restantes contribuyentes”, párr. 72-, recuerda que el Tratado sólo prohíbe las medidas selectivas, no las generales, esto es, no permite las que favorecen a “determinadas empresas o producciones en relación con otras que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable, habida cuenta del objetivo perseguido por el referido régimen” –párr 75-.

Examinando los razonamientos del TPI en la sentencia recurrida, el más alto Tribunal llega a la conclusión de que en la medida en que los nuevos tributos de Gibraltar favorecen a las sociedades extraterritoriales, son selectivos desde un punto de vista material y constituyen Ayudas de Estado. No acepta, pues, otros argumentos de la Comisión, como los relativos al favorecimiento de empresas sin beneficios –excluidas de gravamen-, por un lado, y de empresas altamente rentables –dado el límite de tributación del 15 por 100 de los beneficios obtenidos-, por otro –*vid.* párr. 77 a 84 de la sentencia-.

El art. 87 TCE –recuerda- exige examinar las normas analizadas de acuerdo con los efectos que producen, no según sus objetivos o causas, y “el planteamiento del Tribunal de Primera Instancia, basado únicamente en la consideración de la técnica jurídica utilizada por el proyecto de reforma fiscal, no permite examinar los efectos de la medida fiscal en cuestión y excluye, a priori, la posibilidad de calificar de “ventaja selectiva” la inexistencia de imposición por lo que respecta a las sociedades extraterritoriales” –párr. 88-.

Y es que, como hemos visto, el Tribunal de Primera Instancia considera que la Comisión no ha conseguido identificar un régimen general de Impuesto de Sociedades en Gibraltar con el que pueda compararse el régimen de que disfrutaban las sociedades extrapatrimoniales, de modo que este –la ausencia de todo régimen tributario, su no sujeción a impuesto alguno en Gibraltar, en realidad- no puede ser calificado de régimen especial, excepcional, selectivo constitutivo de Ayuda de Estado. Y ahora el Tribunal de Justicia entiende que el análisis del primer tribunal es demasiado formal, se deja llevar por la técnica jurídica que ha seguido estratégicamente el legislador gibraltareño y no ha tomado en consideración los efectos que se producirían con la aplicación efectiva del nuevo sistema fiscal. Y son estos efectos lo que permitirán saber si se ha concedido –o se pretende conceder- una ventaja selectiva a un determinado grupo de contribuyentes o no.

Es cierto que para calificar a un régimen de selectivo o específico debe establecer un tratamiento fiscal más beneficioso o ventajoso que el previsto en el régimen normal, de acuerdo con la jurisprudencia del propio TJUE, “sin embargo,... esta jurisprudencia no supedita la calificación de un sistema fiscal como “selectivo” al hecho de que esté

concebido de forma que las empresas que eventualmente se vean favorecidas por una ventaja selectiva estén, en general, sujetas a las mismas cargas fiscales que las otras empresas, pero se beneficien de normas que establezcan excepciones, de modo que la ventaja selectiva pueda identificarse como la diferencia entre la carga fiscal normal y la soportada por estas primeras empresas.

En efecto, comprender el criterio de selectividad de esa forma presupondría, contrariamente a la jurisprudencia..., que para que un régimen fiscal pudiera calificarse de selectivo, debería estar concebido con arreglo a una determinada técnica jurídica, lo que daría lugar a que las normas fiscales nacionales no estuvieran sujetas al control en materia de Ayudas de Estado por el mero hecho de haber recurrido a otra técnica jurídica aunque produjesen, de Derecho o de hecho, los mismos efectos.

Estas consideraciones son sobre todo válidas para un sistema fiscal que, como en el caso de autos, en vez de disponer normas generales para el conjunto de las empresas, estableciendo excepciones a favor de determinadas empresas, conduce a un resultado idéntico ajustando y combinando las normas fiscales de forma que la propia aplicación de estas dé lugar a una carga fiscal diferenciada para las diversas empresas” –párr. 90 a 93-.

Por tanto, aunque la Comisión no localizara una ley del Impuesto de Sociedades, que establezca el “régimen normal” de tributación en Gibraltar, frente al cual pudiera calificarse de excepcional y específico el régimen de las sociedades *off-shore*, es evidente que en el Peñón –si la reforma saliese adelante- existiría un régimen normal –definido en el conjunto de normas que regulan el impuesto sobre nóminas, el impuesto sobre espacios ocupados y la tasa de registro, fundamentalmente- del que escaparían las sociedades extraterritoriales, que no estarían en absoluto gravadas y por tanto pagarían cero euros en impuestos en Gibraltar.

El marco de referencia a la luz del cual debe examinarse la posible existencia de una Ayuda de Estado –por selectividad material- está formado por la combinación de los impuestos que hemos citado que gravan bases imponibles como el número de trabajadores asalariados y los espacios ocupados por una empresa –párr 100-. “Teniendo en cuenta las características del antedicho régimen... se observa que el régimen controvertido, al combinar esas bases, aun cuando estas se basan en criterios, por sí mismos de carácter general, lleva a cabo de hecho una discriminación entre sociedades que se encuentran en una situación comparable tomando en consideración el objetivo perseguido por el proyecto de reforma fiscal, a saber, la introducción de un sistema general de imposición para todas las sociedades establecidas en Gibraltar” –párr 101-. “De este modo, la combinación de esas bases imponibles no tiene únicamente como consecuencia conducir a una imposición que depende del número de empleados y de los locales ocupados, sino que además excluye totalmente de cualquier imposición, debido a la inexistencia de otras bases imponibles, a las sociedades extraterritoriales, pues estas no tienen empleados y tampoco ocupan local alguno” –párr 102-.

Las empresas excluidas de gravamen constituyen un grupo definido, con características propias y específicas, y pertenecen así a una categoría privilegiada, ya que “la circunstancia de que las sociedades extraterritoriales no estén sujetas a imposición no es una consecuencia aleatoria del régimen de que se trata, sino la consecuencia ineluctable del hecho de que las bases imponibles estén precisamente concebidas de forma que las sociedades extraterritoriales, que por su naturaleza no tienen empleados, ni ocupan locales, no disponen de base imponible con arreglo a lo dispuesto en el proyecto de reforma fiscal” –párr. 106-.

Esta forma de argumentar supone un cambio y un punto de inflexión en la jurisprudencia del Tribunal, nos parece. Admite como término de comparación, como régimen normal o estándar de tributación, con el que debe medirse el supuestamente constitutivo de ayuda de Estado –que no es más que una no sujeción; ni menos, por cierto-, un conjunto de tributos diversos ninguno de los cuales es un impuesto sobre sociedades al uso.

Y probablemente por si esta forma de proceder pudiera merecer alguna crítica, el Tribunal se justifica indicando que si bien es preciso fijar esos dos términos, un marco de referencia –el régimen normal- y la excepción –la Ayuda de Estado selectiva desde un punto de vista material- porque así se indica en la Comunicación de la Comisión sobre ayudas estatales y fiscalidad directa, esta forma de proceder no es la única posible, pues en el mismo apdo 16 de la Comunicación –vid nuestra nota 5- se menciona ese método únicamente como “especialmente pertinente”, no como el único disponible – párr 131; vid también 132 y 133 de la sentencia-.

Y además tampoco es preciso seguir al pie de la letra lo dispuesto en la Comunicación, puesto que esta “como medida de orden interno adoptada por la Administración, no puede calificarse de norma jurídica”. Claro que a continuación, el Tribunal reconoce su valor en cuanto que “establece... una regla de conducta indicativa de la práctica que debe seguirse y de la cual la Administración no puede apartarse, en un determinado caso, sin dar razones que sean compatibles con el principio de igualdad de trato” –párr 128⁸⁵-.

En definitiva, el Tribunal acaba de dictar una sentencia innovadora, favorable para España desde luego –y saludada con entusiasmo por la Comisión Europea⁸⁶-, que impide a Gibraltar poner en marcha la reforma que preparó en 2002 y le obliga a someter a las sociedades extraterritoriales al mismo régimen fiscal que a las sociedades con sede y actividad en Gibraltar, pues no pueden aquellas sociedades resultar privilegiadas con un régimen más beneficioso –que es considerado ayuda de Estado

⁸⁵ Se sigue así lo que ya se indicaba en la sentencia de 9-junio-2011, Diputación Foral de Vizcaya y otros/Comisión, asuntos C- 465 y 470/09P, y en la sentencia de 28-junio-2005, *Dansk Rorindustri y otros/Comisión*, asuntos C-189, 202, 208 y 213/02.

En esta última encontramos unas reflexiones del Tribunal más desarrolladas –aunque algo ambiguas e indeterminadas aún- acerca de la naturaleza y eficacia de estos actos de *soft-law* emanados de la Comisión europea:

En el párr. 209 se dice: dado su carácter de “medidas internas adoptadas por la administración”, “el Tribunal de Justicia ha declarado ya que, si bien éstas no pueden calificarse de norma jurídica a cuya observancia está obligada en cualquier caso la administración, establecen sin embargo una regla de conducta indicativa de la práctica que debe seguirse y de la cual la administración no puede apartarse, en un determinado caso, sin dar razones que sean compatibles con el principio de igualdad de trato. Por consiguiente, dichas medidas constituyen un acto de carácter general cuya ilegalidad pueden invocar los funcionarios y agentes afectados en apoyo de un recurso interpuesto contra decisiones individuales adoptadas con arreglo a las mismas (véase la sentencia de 15 de enero de 2002, *Libéros/Comisión*, C-171/00 P, Rec. p. I-451, apartado 35)”. En el párr. 210: “Dicha jurisprudencia se aplica *a fortiori* a unas reglas de conducta que pretenden producir efectos externos, como es el caso de las Directrices, que están dirigidas a los operadores económicos”.

Y por último en el párr. 211: “Al adoptar estas reglas de conducta y anunciar mediante su publicación que las aplicará en lo sucesivo a los casos contemplados en ellas, la institución en cuestión se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de tales reglas, so pena de verse sancionada, en su caso, por violación de los principios generales del Derecho, tales como la igualdad de trato o la protección de la confianza legítima. Por lo tanto, no cabe excluir que, bajo ciertos requisitos y en función de su contenido, dichas reglas de conducta de alcance general puedan producir efectos jurídicos”.

⁸⁶ Vid. MEMO/11/784.

incompatible con el Tratado-. Ciertamente es que Gibraltar ya había renunciado a seguir adelante con aquella reforma y tiene en vigor desde el 1 de enero de 2011 un sistema en el que todas las sociedades tributan al 10 por 100 -siguiendo el ejemplo de países como Irlanda, Chipre o Malta en Europa⁸⁷-. Pero no se podía lograr más atacando el sistema fiscal del Peñón por la vía de las ayudas de Estado.

⁸⁷ Razón por la que en su prensa se comenta la noticia de esta sentencia con displicencia y destacando que el Tribunal no se ha pronunciado sobre la selectividad regional, de modo que –al menos de momento– queda a salvo la capacidad de Gibraltar de establecer un régimen fiscal diferenciado del británico, que es algo para ellos muy importante –*vid. Gibraltar Chronicle*, 16-noviembre-2011–.

EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. ¿UN IMPUESTO EN CRISIS? (II)

Eduardo Sanz Gadea

Licenciado en Derecho y Ciencias Económicas

1. ¿Qué lecciones se pueden extraer de todo lo sucedido en los últimos veinte años en relación con una eventual reforma del Impuesto sobre Sociedades?

1.1. Las propuestas de reforma fundamental no están maduras, de manera tal que no sería recomendable embarcarse en ellas.

Como se ha indicado, las ventajas e inconvenientes de las propuestas de reforma radical pueden ser analizadas respecto de una economía cerrada o abierta. Ahora bien, si desde la perspectiva teórica ambos análisis son posibles, en el contexto actual de la economía global únicamente tiene sentido el análisis relativo a una economía abierta.

Desde esta perspectiva se advierte que el sistema *Comprehensive Business Income Tax (CBIT)* implica un aumento de la presión fiscal sobre las rentas del capital en sede de la jurisdicción fiscal donde reside la empresa, que podría ser compensada mediante un descenso del tipo de gravamen.

Este sistema de tributación tiene la ventaja de superar radicalmente la subcapitalización, pero lo hace a costa de ampliar la doble imposición económica a menos que el país de residencia del prestamista no grave los intereses. En el contexto del sistema de la OCDE los intereses pueden ser gravados por el país de la residencia del prestamista. Por tanto, la implantación del sistema *CBIT* exigiría, si se desea evitar la doble imposición, una modificación profunda del sistema OCDE, o la aceptación de un nuevo supuesto de doble imposición económica. Como quiera que el sistema de la OCDE está diseñado para evitar la doble imposición jurídica, pero no la económica, la aceptación de un nuevo supuesto de doble imposición económica no conculcaría los fundamentos de dicho sistema OCDE.

En realidad, el sistema *CBIT* supondría regresar a una situación práctica muy próxima a una retención generalizada sobre los intereses pagados a los prestamistas residentes y no residentes. En la medida en que el tipo de gravamen del impuesto sobre los beneficios ha venido descendiendo a lo largo de los últimos años en todos los países, y considerando que el límite de retención en los convenios bilaterales sobre los intereses oscila entre el 15 y el 10 por 100, la convergencia recaudatoria entre el sistema *CBIT* y el sistema de retención generalizada sobre los intereses se acentúa.

Bien se comprende que el sistema *CBIT* se compadece muy mal con lo previsto en la Directiva de intereses y cánones⁸⁸ ya que la misma tiene por finalidad eliminar, bajo determinadas circunstancias, la retención sobre esos conceptos.

Con todo, la consistencia teórica del sistema *CBIT* es sólida. En efecto, implicaría la tributación sobre una magnitud que representa la capacidad de generación de renta de la empresa con independencia de la forma en cómo se financie. En suma supondría centrar la base imponible no en el resultado contable sino en el resultado operativo. Esta indiferencia del tributo frente a la forma de financiación es una característica fundamental en el contexto de la economía global, y positiva.

⁸⁸ Directiva 49/2003.

En términos generales, la implantación de este sistema incrementaría la recaudación a favor de los países importadores de capitales y no disminuiría la de los países exportadores, aunque a costa de admitir doble imposición económica, al igual que acontece respecto de los dividendos. El nuevo equilibrio recaudatorio podría venir por el camino de la reducción del tipo de gravamen.

Bien se comprende que la implantación de este sistema, en sí mismo atractivo, solo sería posible efectuarla en un amplio marco de cooperación multilateral.

El sistema *Allowance for Corporate Equity (ACE)* es, en cierto modo, el opuesto al sistema *CBIT*. Desde luego, alcanza la neutralidad en relación con las fuentes de financiación, como el sistema *CBIT*, puesto que la deducción nominal iguala la fiscalidad de los fondos propios y el del endeudamiento, en sede de la entidad. Ahora bien, la deducción nominal ha de tributar en sede de los socios, al igual que los intereses tributan en sede de los prestamistas. Bien se comprende que, tratándose de accionistas no residentes, ello exigiría la coordinación con los sistemas fiscales de los países de residencia de dichos accionistas, lo que, evidentemente, no sucede. La realidad, entonces, es que el sistema *ACE* puede operar, en la práctica, a modo de disminución generalizada de la tributación de las entidades jurídicas, en suma, como una estrategia de competencia fiscal⁸⁹.

El sistema *Allowance for Shareholders Equity (ASE)* traslada la neutralidad a los proveedores de capital, sea a título de instrumentos de capital o de pasivos financieros. En cierto modo es un sistema sucedáneo del sistema de imputación, en cuanto busca la neutralidad por medio de la eliminación de la doble imposición de dividendos en sede de los socios.

También el sistema de *cash-flow* procura neutralidad en cuanto en la determinación de la base imponible no se toman en cuenta los intereses.

Ninguno de los sistemas precedentes, excepto el de imputación, el *ACE* en Bélgica, y el *ASE* en Noruega ha sido implantado en los países de nuestro entorno. Ninguno de ellos, pese a sus méritos teóricos, ha alcanzado la madurez suficiente y la adecuación a las políticas del entorno que conduce a los boletines oficiales.

Con todo, sí ponen de relieve cuál es el problema central de la imposición sobre la renta, a saber, la tributación de los dividendos e intereses en cuanto remuneración de los inversores. Esa tributación debe procurar la neutralidad y la equitativa distribución de las competencias para gravar entre las distintas jurisdicciones fiscales, en el contexto de economías abiertas e inmersas en la globalización.

En cuanto al sistema de imputación, más que una propuesta de reforma fundamental, es un sistema en declive, no por causa de defectos intrínsecos, sino porque en el contexto de la globalización su aplicación requiere un grado de reciprocidad y cooperación ínter administrativo que los países han preferido desdeñar, regresando así al denominado método clásico. Por tanto no constituye una opción realista de reforma que, por otra parte, se residenciaría más bien en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

1.2. La pertenencia a la Unión Europea obligaría a una toma de posición frente al proyecto *Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*.

⁸⁹ Bélgica permite la renuncia parcial a la deducción nominal para posibilitar a las filiales de grupos multinacionales evitar la legislación sobre transparencia fiscal internacional. *European Tax Handbook*, 2010.

Ahora, en el momento inicial de la andadura del proyecto de directiva, ha de configurarse una posición, que puede ser flexible, e incluso discreta, pero que debe formularse con precisión⁹⁰. Lo aconsejable, a los efectos de definir una posición, es que se contemple la iniciativa de la Comisión desde una triple perspectiva. En este sentido, cabe definir tres conjuntos, integrados cada uno de ellos por varias preguntas, cuyas respuestas permitirán calibrar la adecuación del proyecto a los principios de la imposición, el mercado interior, y el entorno jurídico-político.

Adecuación a principios de la imposición: ¿Sirve el CCCTB a los principios de la imposición en mayor medida que lo hace el modelo vigente de tributación sobre los beneficios? ¿Es más sencillo, neutral y equitativo? ¿Distribuye bien la recaudación entre jurisdicciones fiscales?, ¿Coadyuva a limitar la competencia fiscal, atenuando las prácticas fiscales heterodoxas?⁹¹ ¿Supera los obstáculos fiscales? ¿Es compatible con el acervo OCDE relativo a la tributación sobre los beneficios?⁹²

Adecuación al mercado interior: ¿Supera las distorsiones económicas de origen fiscal? ¿Hubiera sido más útil abordar la convergencia de los tipos de gravamen?

Adecuación jurídico-política: ¿Interesa a los Estados miembros ser elegidos como autoridad fiscal principal o es irrelevante? ¿Se creará una suerte de mercado en el que las distintas jurisdicciones fiscales competirán por atraer a la entidad dominante? ¿Tendremos a consecuencia de la implantación de la directiva un conjunto selecto de Estados miembros agraciados por la condición de autoridad fiscal principal y otro conjunto, tal vez más numeroso, que serán autoridad fiscal subsidiaria? ¿Cómo se configurará la relación calidad /precio que orientará la decisión de las multinacionales electoras? ¿Se ponderará la accesibilidad a las instancias administrativas, la seguridad jurídica, los *rulings*, la justicia tributaria sólida y rápida, los acuerdos flexibles? ¿Engendrará la aplicación de la fórmula de reparto predeterminada fricciones entre los Estados miembros?

Se observará que, entre las cuestiones a solventar para definir una posición, no se ha hecho referencia a los aspectos puramente técnicos del articulado de la propuesta presentada por la Comisión, ni a las expectativas recaudatorias. El articulado, sin duda, necesita perfeccionamientos importantes, y en cuanto a los aspectos recaudatorios, que, al parecer, no pintan mal para España, deben ser contemplados con escepticismo. En algunos de los hasta ahora escasos estudios relativos a los efectos de distribución de bases imponibles entre los distintos Estados miembros España aparece como ganadora⁹³, pero en todos ellos se avisa de las severas limitaciones o restricciones padecidas. En cualquier caso, no es recomendable establecer una posición a la vista de un hipotético reparto favorable.

⁹⁰ Schon, W.: *The European Commission's Report on Company Taxation: A Magic Fórmula for European Taxation?* El autor sugiere que el agudo problema de los precios de transferencia quedaría muy aliviado. En el mismo sentido L. Mutén, obra citada.

⁹¹ Agundez-García, A.: *The Delineation and Apportionment of an EU Consolidated Tax Base for Multijurisdictional Corporate Income Taxation: A Review of Issues and Options*. La autora, sobre la base de un análisis de la literatura disponible, concluye que no existe evidencia sólida. Por el contrario Owens, J.: *Taxation policy: Enhancing Competitiveness and Growth in a European Way* (Brussels Tax Forum, 2008) opina que el sistema CCCTB agudizará la competencia fiscal a través de los tipos de gravamen

⁹² Schon, W.: *The European Commission's Report on Company Taxation: A Magic Formula for European Taxation?* (European Taxation 2002). La respuesta del autor, que se comparte, es rotundamente negativa.

⁹³ "Study on the Economic and Budgetary Impact of the Introduction of a Common Consolidated Tax Base in the European Union", *Commission Staff Working Document. Impact Assessment*.

Para definir la posición, en efecto, los aspectos de técnica tributaria y recaudatorios ocupan un lugar secundario frente a los concernientes a principios, mercado interior, y, por encima de todo, los político-administrativos, miopemente desatendidos en no pocas ocasiones porque son unas normas, como las de gestión, que no pertenecen al núcleo del tributo, las que inciden en ellos. Ahora bien, tras esas normas de gestión se atisba la médula de la soberanía⁹⁴.

En consecuencia, la posición ha de derivar de una decisión política, no técnica. Y en esa tarea política se intuye que la concurrencia, o no, de la fragmentación entre países centrales y periféricos, y la posición que presumiblemente vaya a ocupar un determinado país, en nuestro caso España, son realidades de imprescindible consideración y valoración. Porque, en efecto, tal fragmentación entre países, si así cuaja definitivamente como efecto práctico, aunque tal vez no deseado, de la futura directiva, es dudoso que sirva al interés europeo, y si, adicionalmente, la posición de un determinado país será presumiblemente predominantemente periférica, es claro que no puede ser conforme a su interés nacional.

En el *Informe Bolkstein* se dice que la disparidad de presión fiscal efectiva de los distintos impuestos sobre los beneficios existentes en los diferentes Estados miembros de la Unión Europea crea una distorsión incompatible con el buen funcionamiento del mercado interior, y que la dispersión de los tipos nominales de gravamen es la principal causa de esa disparidad⁹⁵. Esta misma idea se desprende de la literatura disponible⁹⁶. Sin embargo, el proyecto nada establece en relación con los tipos de gravamen.

Desde luego, una unificación de la base imponible más una horquilla de tipos de gravamen hubiera ahogado la libertad de los Estados miembros respecto de la configuración del Impuesto sobre Sociedades, pero lo que no está claro es la razón por la cual, a la vista de la construcción del mercado interior, no se ha optado por seguir la senda de la horquilla de tipos de gravamen⁹⁷, técnicamente más sencilla que el sistema *CCCTB*, aun cuando políticamente más dificultosa frente a los países más propensos a la competencia fiscal, y, desde luego, frente a las pretensiones de los grupos multinacionales, mucho más confortables en el ambiente de dicha competencia.

Seguramente ambos intereses, el de la competencia fiscal y el de los grupos multinacionales, han descartado la vía de la horquilla de tipos de gravamen en cuanto alternativa al modelo de base imponible común consolidada europea, lo que, a la postre, resta grados de libertad efectiva a los Estados miembros en orden a definir la potencia recaudatoria de sus respectivos impuestos sobre los beneficios⁹⁸.

1.3. Debería acometerse la modificación del régimen de la subcapitalización

El artículo 20 del TRIS está aquejado de una gran obsolescencia⁹⁹. En rigor está basado sobre una filosofía superada. La subcapitalización no nace de una financiación

⁹⁴ Martín Jiménez, A. y Calderón Carrero, J. L.: “Administrative aspects. Administrative Cooperation”. En la obra colectiva *Common Consolidated Corporate Tax Base*.

⁹⁵ *El Informe Ruding (1992)* propuso una horquilla de tipos de gravamen del 30-45.

⁹⁶ Nicomede, G.: “Corporate income tax and economic distortions” *Taxation Papers (2009)*.

⁹⁷ Nijkamp, H.: “Ambitious Plan for EU Company Tax Reform fails to address critical issues”, *Ec Tax Review (2002-1)*

⁹⁸ Spengel, C.: “The Common Consolidated Corporate Tax Base”, en *Corporation Tax: Battling with the Boundaries*, Oxford, 2007.

⁹⁹ Palao Taboada, C.: “La subcapitalización”, capítulo 22 de la obra colectiva *Fiscalidad Internacional*, dirigida por Fernando Serrano Antón.

vinculada con no residentes, sino de una financiación impuesta, sea interna o de terceros, por la entidad dominante por motivos fiscales.

Tipificar los elementos objetivos determinantes de la subcapitalización y depurar proporcionadamente su impacto es el camino para una reforma fructífera de la norma anti subcapitalización. Pues bien, los mojones del camino a seguir ya se han concretado en los criterios establecidos en la resolución del Ecofin de junio de 2010.

En esta resolución se establecen tres índices determinantes de la existencia de subcapitalización:

- El nivel de deuda respecto de los fondos propios excesivo.
- El importe de los intereses netos pagados por la compañía rebasa un límite calculado sobre los beneficios antes de los intereses e impuestos (ebit) o de los intereses, impuestos, deterioro y amortización (ebitda)
- El nivel de deuda respecto de los fondos propios es excesivo por comparación con el nivel de deuda respecto de los fondos propios del grupo.

La combinación de los tres índices precedentes permite construir una norma anti subcapitalización realmente eficiente, aceptable para las distintas jurisdicciones fiscales, y equitativa.

En efecto, un parámetro objetivo basado en los dos primeros criterios es bastante sólido y fácil de aplicar, pero puede incurrir en un rigor excesivo que el tercer índice se encarga de atemperar. Nótese que este tercer índice se fundamenta plenamente en el principio de libre concurrencia en cuanto la estructura financiera del grupo necesariamente lo es frente a terceros. Por tanto, la comparación así delimitada está amparada en la más pura ortodoxia representada por la doctrina de la OCDE, la cual, al tiempo, es expresión de un consenso internacional enraizado en principios de justicia tributaria.

Ahora bien, para que la comparación sea adecuada las magnitudes tomadas en consideración han de ser homogéneas. En este sentido se sugieren las siguientes fracciones:

- intereses consolidados/ activo consolidado.
- intereses individuales/ activo individual que forma parte del consolidado.

Por tanto, en el denominador de la segunda fracción no entran las carteras de valores representativas de la participación en entidades del grupo. Esto es importante, porque resuelve el problema de la concurrencia de intereses, internos o externos, con inversiones financieras cuyas rentas están exentas, y lo hace, y esto también es importante, bajo una regla perfectamente inscribible en el principio de libre concurrencia, de manera tal que dicha regla estaría amparada por la doctrina del Tribunal de Justicia relativa a la causa de justificación del reparto equilibrado de la competencia para gravar entre los Estados miembros¹⁰⁰.

No es conveniente tomar como índice de comparación los fondos propios, a menos que se depuren de las variaciones de los mismos derivadas de operaciones puramente internas, esto es, que se tomen los fondos propios que las distintas compañías aportan al balance consolidado, y no aquellos que corresponden a sus balances individuales.

¹⁰⁰ SGI (311-08).

En suma, lo importante en orden a la correcta construcción del índice de comparación es la homogeneidad y significación de las magnitudes escogidas.

Si se contempla con perspectiva, una norma anti subcapitalización así construida no es más que una regla de distribución de los intereses pagados a terceros por el grupo entre las empresas que lo integran. Una regla así concebida impide la deducción de intereses que son pura creación de operaciones internas diseñadas con finalidad fiscal, pero también las limitaciones radicales a la deducción de intereses pagados a terceros. La bandera de una regla así concebida es la proporcionalidad.

Ahora bien, ilusorio sería creer que una regla así concebida, por muy meditado y estudiado que hubiera sido su proceso de elaboración, y elevados y justos los principios que la animen, será inmune a toda clase de contravenciones, de manera tal que, como cualquier otra norma, precisará el auxilio de las normas anti abuso de carácter general. Estas normas, en cuanto último recurso de la justicia tributaria, no podrán, en modo alguno, quedar al margen del encauzamiento de casos singulares, también en el ámbito de la subcapitalización.

En suma, será la rigurosa colaboración de ambos tipos de normas, como así lo muestra el activismo legislativo de los países de nuestro entorno en esta materia, y, por encima de todo, la resolución del Ecofin, antes mencionada, que, desde luego, sin ser vinculante sí señala el camino a seguir, el remedio jurídico que rinda el máximo servicio a la equidad y a la seguridad jurídica.

En fin, la riqueza de la vida impide cerrar la puerta a una prueba basada en los datos del mercado financiero, correctora del resultado derivado de la fórmula que se propone u otra similar.

1.4. Debería mantenerse la relación del actual Impuesto sobre Sociedades con el consenso internacional IFRS.

Las modificaciones del TRLIS derivadas de la reforma contable no han quebrado, acertadamente, el vínculo entre la base imponible y el resultado contable, actualmente regulado en el artículo 10.3 del TRLIS.

El resultado contable se determina de acuerdo con las normas establecidas en el Código de Comercio y en el Plan general de Contabilidad que las desarrollan. El resultado contable es, por tanto, una magnitud derivada de la aplicación, a los hechos contables, de la ley y su desarrollo reglamentario. Es una magnitud perfectamente amparada por el principio de reserva de ley.

Este modo de determinar la base imponible implica una interrelación entre las normas tributarias y las normas mercantiles, lo que no significa, en modo alguno, que sea la pura técnica contable la que determina la base imponible del Impuesto sobre Sociedades¹⁰¹. En rigor, esta interrelación no es nueva¹⁰², aun cuando la Ley 43/1995 la

¹⁰¹ Clavijo Hernández, F.: “Impuesto sobre Sociedades (I)”, en *Curso de Derecho Tributario* (Clavijo, Ferreiro, Martín Queralt, Tejerizo, Pérez Royo, pag 231

¹⁰² Sainz de Bujanda, F.: “Los métodos de determinación de las bases imponibles y su proyección sobre la estructura del sistema tributario” *Hacienda y Derecho* VI, pág. 189 y sigs. En referencia a la Ley de Utilidades el autor señala que *he aquí, por tanto, un primer núcleo de empresarios – como se ve el de mayor entidad dentro de la economía del país-sometido a tributación con arreglo a Balance...y añade ...en el impuesto sobre el beneficio empresarial, como en cualquier otro sector tributario, corresponde al Derecho, fundamentalmente, ofrecer una configuración normativa del hecho imponible y de la base sin entrar a definir, con pretensiones de validez científica general, las realidades extrajurídicas que subyacen a la imposición, por ejemplo, esta tan controvertida, de la renta, en su modalidad de beneficio*

haya explicitado nítidamente. Se trata, bien se ve, de una interrelación entre normas contables y fiscales, pero no entre normas fiscales y puras técnicas contables. Nótese que, a partir de la incorporación de los principios de contabilidad generalmente aceptados al Código de Comercio operada por la Ley 19/1989, el proceso de llevanza de contabilidad está sometido al imperio de la ley, lo que ha determinado el alumbramiento del Derecho contable¹⁰³.

La modificación del régimen jurídico de la contabilidad, operada por la Ley 16/2007, no ha supuesto un paso atrás en la configuración del Derecho contable, antes bien, las materias sujetas a regulación mediante norma legal se han incrementado. Tampoco ha supuesto la aceptación, ni condicional ni incondicional, de las normas ifrs, pues las normas que se aplican en relación con las cuentas anuales son las contenidas en el Código de Comercio y en el Plan General de Contabilidad. No ha habido ni invasión de las normas ifrs, ni retraimiento del legislador contable español. Cuestión distinta es que el nuevo entramado normativo de la contabilidad pivote sobre la filosofía de las normas ifrs.

La estrategia del legislador contable español ha sido conservar las fuentes de producción de normas contables, Código de Comercio y Plan General de Contabilidad, y atender, como se ha indicado, a la filosofía contable de la IASB, de manera tal que, de una parte, las normas contables tienen rango legal o reglamentario y, de otra, se insertan en el contexto del consenso contable internacional.

Naturalmente, este planteamiento exige un esfuerzo notable al ICAC y, en general, a todos quienes aplican normas contables, como así lo ha puesto de manifiesto la reciente modificación del Plan general de Contabilidad, máxime si se toma en consideración que la IASB está empeñada de manera constante en el perfeccionamiento y ampliación de su producción técnica.

empresarial...y precisa ...este respeto a la legalidad extra fiscal no deberá ir más allá de lo estrictamente indispensable para que la aplicación de todo el Derecho se ajuste a criterios armónicos. Cuando la ley fiscal amplíe o reduzca las definiciones o conceptos de instituciones jurídicas formulados en otras leyes, para acomodarlos mejor a las exigencias de la tributación, es evidente que deberá prevalecer el mandato de la Ley fiscal...Estos textos fueron leídos por el autor con ocasión de su ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación, y en la contestación formulada por Garrigues este indica que Sainz de Bujanda concibe el Derecho Fiscal como una rama del Derecho cuyos conceptos cardinales-entre ellos, el de la base-son elaborados sin servidumbre a otras disciplinas...pero la autonomía no supone, he dicho antes, ruptura de la unidad del ordenamiento, ni colisión violenta con nociones elaboradas por el Derecho privado...La noción de beneficio neto, por ejemplo, es propia del Derecho tributario, en la medida en que este se sirve de ella para configurar determinadas figuras tributarias, pero justamente en este campo el orador, en quien aún laten con fuerza sus ideas de antiguo mercantilista, vuelve insistentemente la mirada a conceptos extraídos del Derecho privado de la materia del comercio. Así vemos discurrir, como asidero firme de toda la disertación, referencias continuas a la función jurídica del balance y a la fuerza probatoria de los libros de contabilidad...

¹⁰³ Fernández- Pirla, J. M.: “Una aportación a la construcción del Derecho contable” (IPC,1986), pág. 47 y sigs., donde el autor señala que *...la cuestión subyacente está en el estudio y aceptación de los llamados principios contables generalmente aceptados...su captación en las Directrices de la Comunidad Económica Europea y, por último, la creación y desarrollo de la Comisión de Normas Internacionales de Contabilidad (IASC) para su difusión y cumplimiento entre los Estados miembros son aportaciones básicas para la creación del Derecho que destacan además su significado internacional. El paso de convertir tales principios generalmente aceptados en normas de Derecho, aunque con toda la discrecionalidad que su aplicación puede comportar, es la tarea que hoy se viene realizando, y cuya culminación generará el derecho contable...por ello los principios de contabilidad generalmente aceptados lo han de ser a nivel internacional.*

Claro está, todo ello repercute en el Impuesto sobre Sociedades. Y no es extraño que se presente un cierto desasosiego, ante una eventual inestabilidad normativa, y también ante algunos aspectos de la normativa contable que no se avienen bien con la finalidad de la obligación tributaria, de manera tal que es posible identificar ámbitos de conflicto¹⁰⁴, lo que permitirá estimular el perfeccionamiento de la relación entre normas contables y fiscales¹⁰⁵.

Hay otro desasosiego, totalmente diverso del anterior en su origen y naturaleza. En efecto, la filosofía contable de la IASB está basada en el principio de preferencia del fondo sobre la forma. La forma es aparente y ofrece seguridad, pero no siempre es portadora de la realidad. El fondo ha de buscarse y no es tarea fácil, aun cuando, si bien hecha, rinde la verdad y, por ende, la equidad en todos los ámbitos jurídicos.

Las polémicas entabladas en relación con la convergencia entre normas contables y fiscales en el ámbito de las operaciones vinculadas son un claro ejemplo de esa tensión o desasosiego.

Romper el cordón umbilical que liga la base imponible del Impuesto sobre Sociedades con el resultado contable, además de suponer una desviación de la esencia y fundamentos de la imposición sobre los beneficios¹⁰⁶, no sería una opción acertada.

En efecto, de una parte, la brisa de las innovaciones contables, creadora de inestabilidad en el corto plazo, en largo contribuye a la razonabilidad financiera y buena comprensión del tributo, así como a su más adecuada gestión, y de otra, la preferencia del fondo sobre la forma sana el resultado contable y con ello la base imponible. En fin, anclar la base imponible del Impuesto sobre Sociedades en el ámbito del consenso contable internacional a través de ese cordón umbilical, actualmente consagrado en el artículo 10.3 del TRLIS, no es un logro menor. Y, en cualquier caso, unas normas fiscales autónomas que pretendieran la regulación total de la base imponible tendrían que arrancar de los conceptos contables¹⁰⁷, siendo por ello más aconsejable corregir el resultado contable en lo que se estime pertinente¹⁰⁸.

1.5. Debería prestarse acrecida atención a la configuración de la tributación de las entidades en cuanto pertenecientes a grupos de proyección multinacional.

Ya se ha visto que existe una notable preocupación en los Estados Unidos en relación con el tratamiento de las rentas obtenidas en el exterior por los grupos multinacionales.

A raíz del Real Decreto-Ley 3/2000 se modificó sustancialmente el tratamiento de las rentas de fuente extranjera, estableciéndose la exención de dividendos y plusvalías de cartera de valores extranjeros, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, pudiéndose incorporar al grupo fiscal la denominada entidad de tenencia de valores extranjeros

¹⁰⁴ Báez Moreno, A.: *Normas Contables e Impuesto sobre Sociedades*. Capítulo II y Conclusiones.

¹⁰⁵ Calvo Bailo, J. A.: *Manual para la Declaración y Contabilización del Impuesto sobre Sociedades*, capítulos 1 a 5.

¹⁰⁶ Albiñana García-Quintana, C.: La Tributación del Beneficio de la Empresa y de sus partícipes. Escribe el autor que *sería imperdonable que tratando, de modo fundamental, de la Tarifa III de la Contribución de Utilidades, no dedicáramos algunos párrafos a la contabilidad como base sobre la que descansa dicha imposición, por ser la única que en forma sistemática y ordenada puede dar a conocer la situación de un patrimonio y los resultados de una gestión...Y es que, además, siendo la significación originaria de renta o beneficio una noción de contabilidad, justo es que hoy se reconozca a la contabilidad la función de mostrar esa renta o beneficio* (pág. 19).

¹⁰⁷ Sevilla Segura, V.: *Política y Técnica Tributarias*, pág. 424.

¹⁰⁸ Gota Losada, A.: *Tratado del Impuesto sobre Sociedades*. Tomo II, pág. 103.

(ETVE), hasta entonces excluida del mismo. Consiguientemente España se incorporó al denominado sistema continental.

Esta opción, seguramente eficaz en el contexto de una política fiscal de internacionalización de la empresa española, entrañaba algunos riesgos recaudatorios que el tiempo se ha encargado de desvelar.

Uno de ellos es la deducción de los intereses en la parte correspondiente a las rentas exentas. En ocasiones se ha postulado su no deducción. Esta postura no parece correcta, y de hecho las normas que en este sentido existieron en algún país, también en España,¹⁰⁹ han ido desapareciendo¹¹⁰ en parte bajo el impulso de la sentencia *Bosal*, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como tampoco lo es la opuesta, consistente en la deducción incondicional.

El problema planteado tiene equitativa solución en el marco de una norma anti subcapitalización, como la anteriormente propuesta, aplicada no solo respecto de las filiales de grupos extranjeros sino también respecto de la matriz o, más exactamente, de las entidades nacionales del grupo multinacional. En definitiva, la asignación de los intereses dependería, en último término, de la relación de activos individuales y consolidados, en la forma anteriormente expuesta. Una regulación así concebida está en vigor en Australia¹¹¹. Una propuesta de este corte se debate actualmente en los Estados Unidos, aunque no para restringir la deducción de intereses, sino para diferir la deducción de los correspondientes a la renta de fuente extranjera cuya tributación se produce de manera diferida, en particular los beneficios de las filiales extranjeras que no tributarán hasta su repatriación (por el exceso del impuesto en los Estados Unidos sobre el impuesto que ha gravado los beneficios en el extranjero)¹¹².

El problema de la carga financiera es particularmente severo en el régimen de las ETVE, porque, como es sabido, una cartera de valores de seis millones de euros habilita la exención de dividendos y plusvalías.

Otro riesgo recaudatorio importante es la compensación de pérdidas de entidades del grupo residentes en el extranjero. La legislación española relativa a la tributación de los beneficios de las empresas ha venido admitiendo, desde sus inicios, esta compensación, aun cuando bajo la forma de depreciación o deterioro de la participación contablemente registrada.

La vigente redacción del artículo 12.3 del TRIS permite, en esencia, esa compensación, ahora sin necesidad de reflejo contable. Véase, entonces, que el referido precepto no es sino la continuidad, perfeccionada en cuanto a la restricción respecto de los gastos fiscalmente no deducibles, de una larga tradición.

Ahora bien, el horizonte internacional en los inicios del siglo XXI dista mucho del correspondiente al de los inicios del siglo XX (primer Texto Refundido de la

¹⁰⁹ Texto Refundido de la Contribución sobre las Utilidades de la Riqueza Mobiliaria. Disposición sexta 4ª b), que rezaba así: *No serán deducibles los intereses exigidos por las empresas matrices extranjeras a sus filiales o sucursales establecidas en el Reino, por razón de los capitales invertidos por aquellas en los negocios de estas, ni por contribución a los gastos de otro establecimiento, ni por ningún otro concepto análogo que permita reducir el beneficio obtenido en España.*

¹¹⁰ Joint Committee on Taxation: *Background and Selected Issues Related to the International Tax System and Systems that Exempt Foreign Business Income* (mayo 2011).

¹¹¹ Australian Tax Office.

¹¹² Joint Committee on Taxation: *Descripción of Revenue Provisions Contained in the President's Fiscal Year 2012 Budget Proposal.*, pag 161 a 182, ambas inclusive.

Contribución de Utilidades de 1922). El Informe para la Reforma del Impuesto sobre Sociedades de 1994 no supo ver esta realidad. Tampoco el legislador de la Ley 4/2008.

La compensación de pérdidas de las filiales extranjeras tiene pleno sentido cuando la entidad que soporta la compensación es la entidad dominante o, más generalmente, el grupo fiscal que tributa en la jurisdicción fiscal donde tiene su sede la entidad dominante. Carece de sentido cuando la compensación se produce en sede de una entidad del grupo que tributa en jurisdicción fiscal distinta de aquella en la que lo hace la entidad dominante. La compensación, tan laxamente concebida, implica una suerte de elección por grupo multinacional de la jurisdicción fiscal que habrá de soportar las pérdidas de las filiales extranjeras, en claro demérito del principio de territorialidad.

Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea concernientes a la compensación de pérdidas de filiales extranjeras aportan bastantes criterios para la reflexión, y permiten entresacar la idea de que la elección de jurisdicción fiscal para la compensación de pérdidas es algo incorrecto¹¹³. ¿Acaso tiene sentido permitir la compensación de pérdidas de filiales extranjeras en sede de una entidad filial española de un grupo multinacional asentado en el extranjero?

Por eso, la compensación de pérdidas de las filiales extranjeras, asistida del reintegro de las mismas cuando se recuperen los beneficios, debería situarse en sede de la entidad dominante del grupo, pero no de las subsidiarias intermedias aun cuando éstas tengan registrada en cuentas la participación directa, con la consecuencia de que si la dominante es no residente en territorio español no procedería la compensación en sede de la entidad filial residente en territorio español.

La desiderata de la consideración del grupo mercantil en el diseño del Impuesto sobre Sociedades es la tributación obligatoria en régimen de consolidación de todas las entidades que lo integran, cualquiera que sea el lugar de su residencia. No es este el lugar apropiado para explorar esta forma de tributación, pero tal vez sí lo sea para recordar textos normativos ya olvidados pero que, en cierto modo, cobran entrañable actualidad en el contexto del universo ifrs¹¹⁴. En efecto, la tributación consolidada mundial ya existía, como potencialidad nunca concretada, en nuestro sistema tributario en la década de los cuarenta del pasado siglo, y treinta años después se formuló una propuesta en ese sentido¹¹⁵, que hoy, desde luego, es más viable habida cuenta de la obligación contable de consolidar según normas ifrs, en los términos previstos en el Reglamento 1606/2002.

1.6. Incorporar los criterios de las sentencias del Tribunal de Justicia.

En general, esta función se viene desplegando satisfactoriamente en el ámbito de la imposición directa. Baste con recordar las normas que, a estos efectos, han establecido la Ley 2/2010 o la Ley de presupuestos para 2011. La oportuna modificación de la norma fiscal opuesta al ordenamiento comunitario es la forma adecuada de depurar el ordenamiento interno.

¹¹³ Marks & Spencer (446-03); X Holding BV (337-08).

¹¹⁴ Art 4º del Decreto-Ley de 17 de julio de 1947, a cuyo tenor *A todos los efectos, se podrá considerar como unidad económica la agrupación de entidades, cualquiera que sea su nacionalidad, que dependa directa o indirectamente de una entidad española a quien corresponda la administración superior de la agrupación, por disponer del control de la misma a través de la posesión mayoritaria de acciones. En el domicilio de las sociedades españolas que, en las formas previstas u otras diferentes, ejerzan el control de otras entidades, se llevará contabilidad suficiente para que se pueda conocer y fiscalizar normalmente el funcionamiento de las filiales o controladas extranjeras y de las residentes en el extranjero.*

¹¹⁵ Alvarez Melcón, S.: *Grupos de Sociedades*, pág 217

Un ejemplo de reacción diligente a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia lo tenemos en la Ley 62/2003 la cual estableció la inaplicación del artículo 20 del TRIS frente a entidades residentes en Estados miembros de la Unión Europea al poco de conocerse la sentencia *Lankhorst*. Las sentencias posteriores de los tribunales de justicia¹¹⁶ acreditan que la exclusión de la norma anti subcapitalización del ámbito europeo era inexcusable. Ahora bien, la forma radical en cómo se ha hecho ha supuesto la renuncia al principio de libre concurrencia en el contexto europeo por lo que atañe a las relaciones financieras vinculadas, lo que parece excesivo¹¹⁷, al punto que se ha sostenido la procedencia de aplicar el artículo 16 del TRIS, bajo prueba de que el préstamo no se habría concedido por tercero independiente en condiciones normales de mercado¹¹⁸.

La atención escrupulosa al ordenamiento comunitario es bien visible en el artículo 89.3 del TRLIS, en cuya virtud se admite la eficacia fiscal de la diferencia de fusión a condición de que otro Estado miembro haya gravado la plusvalía derivada de la transmisión de la participación, por más que el efecto práctico sea la renuncia a gravar las rentas futuras derivadas de una actividad empresarial obtenidas por una entidad residente en territorio español, en la medida concurrente al importe de la citada diferencia, lo que, tal vez, hubiera podido configurar la justificación, frente a la restricción, basada en el reparto equitativo de los ingresos fiscales¹¹⁹.

En alguna ocasión anecdótica la interpretación normativa forzada, que provoca el efecto práctico de la inaplicación, ha sido utilizada a modo de sucedáneo espurio de la ortodoxa modificación normativa. Esta vía rápida para adecuar la normativa tributaria a los requerimientos de la justicia comunitaria supone una desviación de poder y perturba la seguridad jurídica¹²⁰.

1.7. Tomar en consideración que la desaparición de las barreras aduaneras y medidas de efecto equivalente ha colocado al Impuesto sobre Sociedades en la posición de un instrumento privilegiado de atracción o rechazo de la inversión exterior.

El Impuesto de Sociedades rinde una recaudación no muy elevada y bastante dependiente del ciclo económico. Pero afecta, como ningún otro tributo, a los flujos de inversión y financiación transnacionales. El Impuesto sobre Sociedades no debería desconocer esta realidad. Un Impuesto sobre Sociedades construido con mentalidad acusadamente recaudatoria recaudará menos que otro construido con mentalidad de engarzarlo en los procesos económicos y financieros nacionales y transnacionales.

En este sentido, dentro de los límites de los compromisos internacionales (OCDE, Unión Europea) y de las exigencias de la buena técnica tributaria, el Impuesto de Sociedades debería ofrecer las figuras y regímenes que procuran atracción de actividades económicas y financieras. Así, los acuerdos previos en materia de precios de transferencia, régimen de las entidades *holding*¹²¹, planes especiales de amortización, deducción por I+D+i, fusiones transfronterizas, reducción de rentas procedentes de activos intangibles, entre otros.

¹¹⁶ Tribunal Supremo, 6 de abril de 2011, entre otras.

¹¹⁷ Cordón Ezquerro T. y Gutiérrez Lousa. M.: "La Subcapitalización". Capítulo 6 de la obra colectiva *La lucha contra el fraude fiscal. Estrategias nacionales y comunitarias*, dirigidas por Collado Yurrita. M. A. y coordinada por Moreno González, S. y Sanz Díaz-Palacios, J. A.

¹¹⁸ Falcón y Tella, R. y Pulido Guerra. E. *Derecho Fiscal Internacional*, pág 243.

¹¹⁹ SGI, entre otras.

¹²⁰ Consejo de Estado: *Inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español*, pág 239.

¹²¹ Romero Flor, L. M.: *La sociedad holding española: breves consideraciones al régimen fiscal de las ETVE*.

De acuerdo con lo expuesto, se estima conveniente una política fiscal que apoye la armonización del Impuesto sobre Sociedades¹³⁹

¹³⁹ López Rodríguez, J.: “Derecho comunitario y política tributaria en materia de imposición sobre sociedades”, capítulo VII de la obra colectiva *Armonización y coordinación fiscal de la Unión Europea*.