



FACULTAD DE DERECHO

**Los grupos de sociedades y su tratamiento en el
ámbito fiscal. Diferencias con otras ramas
jurídicas.**

**LA CONSOLIDACIÓN FISCAL Y SU POTENCIALIDAD COMO
INSTRUMENTO DE CORRECCIÓN DE LA DOBLE IMPOSICIÓN
INTERNACIONAL Y DE ASIGNACIÓN DE BASES IMPONIBLES ENTRE
ESTADOS.**

Autor : Patricia Fernández Sieiro
5º E-3 A
Derecho Financiero y Tributario
Tutor: Ramón Casero Barrón

Madrid
Abril 2017

RESUMEN

Las operaciones intragrupo resultan inherentes al despliegue internacional de los grupos empresariales. Su fraccionamiento jurídico formal viene impuesto por este desenvolvimiento global. En esta realidad se ha impuesto el esquema de tributación societaria individual, convirtiendo a los denominados “precios transferencia” y a los instrumentos de corrección de la doble imposición en dos ejes centrales de la imposición societaria de los grupos económicos. Las limitaciones de los criterios de “comparabilidad” y la heterogeneidad de los mecanismos correctores contrasta con la potencialidad del esquema de consolidación fiscal supranacional. El funcionamiento del proceso de integración de los resultados individual otorga una respuesta automática a ambos frentes de la fiscalidad sobre la base de una ulterior asignación “objetiva” entre los Estados implicados de la base imponible consolidada.

***Palabras clave:** precios transferencia, consolidación fiscal, doble imposición, transnacionalidad*

ABSTRACT

Intra-group operations are inherent to the international deployment of a group of companies. Its formal legal division is imposed by this global development. In this reality the scheme of individual corporate taxation has been imposed, converting the so-called "transfer pricing" and the instruments of correction of double taxation into two central axes of the corporate taxation of group of companies. The limitations of the "comparability" criteria and the heterogeneity of the corrective mechanisms contrast with the potential of the supranational fiscal unit scheme. The functioning of the individual results integration process provides an automatic response to both fronts of taxation on the basis of a further "objective" allocation between the States involved in the consolidated tax base.

***Key words:** Transfer pricing, fiscal unit, double taxation, transnationality*

ÍNDICE

I.- Planteamiento. Alcance y potencialidad en un marco global del régimen de consolidación fiscal	6
II.- Configuración técnica del régimen especial de consolidación fiscal desde la perspectiva de la corrección de la doble imposición y precios transferencia.....	12
II.1.- Aspectos generales.....	12
II.2.- La corrección de la doble imposición económica en el marco de la consolidación fiscal.....	15
II.3.- Las operaciones vinculadas como transacción intragrupo fiscal	16
III.- Dos proyectos comunitarios. La base imponible común comunitaria y el régimen especial de consolidación fiscal. ¿Propuestas complementarias o alternativas?.....	19
III.1.- El ausente proceso armonizador en la configuración doméstica del Impuesto sobre Sociedades.....	19
III.2.- La corrección de al doble imposición en la Propuesta de base imponible común.....	22
III.3.- El ajuste de precios en las operaciones entre empresas asociadas.	24
III.4.- La eliminación de la sobreimposición económica bajo los presupuestos de la base imponible consolidada común comunitaria.	25
III.5.- El efecto fiscal diferido del resultado intragrupo en el marco del régimen de consolidación fiscal comunitario.	26
IV.- La corrección de la doble imposición internacional. Instrumentos “tradicionales” vs la consolidación fiscal supranacional.	29
IV.1.- Tres referencias esenciales en la construcción de los instrumentos “tradicionales” de corrección de la doble imposición internacional.....	29
IV.2.- Las bases de un modelo teórico de corrección de la doble imposición internacional de los beneficios empresariales bajo un esquema de consolidación fiscal.....	36
IV.2.1.- El fundamento económico de la consolidación de los resultados de las empresas del grupo.....	36

IV.2.2.- Causas inspiradoras de la fiscalidad consolidada	38
IV.2.3.- La configuración de un modelo de corrección de la doble imposición económica internacional bajo los parámetros de la consolidación fiscal.	41
V.- La vigilancia de las operaciones vinculadas. de la corrección de valores a la asignación de bases imponibles.	44
V.1.- Los precios transferencia en el marco de las operaciones intragrupo.	44
V.2.- El reparto de la base imponible consolidada como instrumento de asignación interjurisdiccional del resultado de las operaciones vinculadas.	49
VI.- Conclusiones	54
VII.- Bibliografía	58
Obras doctrinales	58
Legislación.....	61
Jurisprudencia	62
VIII.- Anexos.....	63

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

BICCIS	Base Imponible Común Consolidada del Impuesto sobre Sociedades
ETVE	Entidad de Tenencia de Valores Extranjeros
LIS	Ley del Impuesto sobre Sociedades (L 27/2014)
NOFCAC	Normas para la formulación de cuentas anuales consolidadas (RD 1159/2010)
OCDE	Organización Europea de Cooperación Económica
RD	Real Decreto
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

I.- Planteamiento. Alcance y potencialidad en un marco global del régimen de consolidación fiscal

La obligatoria consolidación mercantil de los grupos empresariales tiene su réplica en el mundo de la fiscalidad directa en una consolidación de carácter opcional, de alcance esencialmente doméstico y de aparición muy ocasional. Su delimitación se ha separado tradicionalmente del régimen mercantil al respecto. Allí donde este régimen está previsto, tiene en el ámbito interno un alcance subjetivo todavía más limitado al requerir un porcentaje de participación superior al representativo del control. La aplicación de un régimen fiscal de consolidación no es mayoritaria en el ámbito de la Unión Europea. Únicamente 10 de los 28 estados miembros lo aplican. Fuera de este ámbito geográfico resulta todavía más limitada la previsión de este régimen especial en la normativa del impuesto sobre sociedades de los diferentes países (Noruega, Estados Unidos, México, Australia, Nueva Zelanda, Corea y Japón)¹.

La consolidación contable no conoce fronteras, mientras en el ámbito fiscal la integración en una misma base de resultados obtenidos por sociedades pertenecientes al mismo grupo y residentes en Estados diferentes sigue siendo hasta la fecha, como regla general, una aspiración. A este conjunto de características se incorpora su encuadre formal habitual como régimen especial², que le atribuye, sin lugar a dudas, notas de subordinación respecto de un régimen general basado en la tributación meramente individual de aquellas entidades que alcancen la consideración de sujetos pasivos de la imposición societaria. La “opción” necesariamente “universal” de todas las entidades integrantes del grupo por la aplicación del régimen revela dos notas identificativas claramente significativas: voluntariedad y especialidad. La primera denota la convivencia de un esquema de imposición societaria individual y otro agregado. No se impone, por tanto, un sistema único de tributación consolidado a todos aquellos grupos definidos a partir de reglas, si se quiere específicamente fiscales, de interdependencia societaria. Estamos ante una dualidad difícilmente comprensible desde el punto de vista de la uniformidad impositiva. La especialidad del régimen incorpora aspectos cuya evaluación desvela cierta “degradación” de la consolidación fiscal. El legislador fiscal no lo exige, marca una preferencia, un orden. Establece como régimen general la

¹ Véase Anexo I

² En España, la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades encuadra la regulación del “régimen de consolidación fiscal” en los artículos 55 a 75 del Capítulo VI del Título VII “Regímenes tributarios especiales”.

liquidación del impuesto en sede de cada una de las sociedades a partir de la determinación de las bases imponibles y cuotas correspondientes a nivel individual.

Puede entenderse, a nuestro juicio, que la articulación de una tributación integrada de las bases imponibles generadas por las entidades pertenecientes a un mismo grupo, bajo la aplicación metodológica de las reglas de consolidación, constituye una mera concesión del regulador fiscal, perfectamente consciente de las ventajas que otorga, en términos, particularmente, de diferimiento de la tributación, y conector, igualmente, de potenciales riesgos en términos de elusión y de discutible compatibilidad con las reglas de libre concurrencia a nivel comunitario.

En efecto, al denominado régimen de consolidación fiscal en su configuración habitual se le atribuyen una serie de ventajas competitivas respecto del esquema de tributación societaria individual:

- La compensación horizontal de bases imponibles de diferente signo tiende a destacarse como uno de los aspectos más atractivos de este régimen especial. Ello se ha revelado como particularmente beneficioso ante la tendencia actual, en un marco de compensación temporalmente indefinida de los resultados fiscales adversos, de limitar porcentualmente la absorción de las bases imponibles positivas futuras³. No deben desconocerse ventajas relevantes desde la perspectiva financiera y contable de la agregación contemporánea de bases imponibles de desigual signo. Sustituye un activo contable cuyo registro exige evaluar su viable realización futura, por otro que representa, simplemente, una mayor posición financiera neta del grupo.

- El diferimiento de la factura por imposición societaria resulta inherente a la aplicación del régimen de consolidación fiscal. Tal desplazamiento temporal tiene su fundamento en las reglas más intrínsecas del proceso de integración de las cuentas individuales a nivel de grupo. El resultado consolidado prescinde de cualquier resultado derivado de una transacción intragrupo. Estas eliminaciones desaparecen, igualmente, de la base imponible consolidada, retrasando la tributación, respecto del régimen general de imposición individual, al ejercicio ulterior en que aquellas operaciones se realicen respecto de terceras entidades ajenas al grupo.

³ El régimen de compensación de bases imponibles negativas previsto en el artículo 26.1 de la LIS, ha sido particularmente endurecido en este aspecto con la incorporación a dicho texto legal de la Disposición Adicional 15ª.

- La eliminación del riesgo de ajuste administrativo de la valoración de las operaciones vinculadas integra, adicionalmente, el haber de este régimen de tributación societaria especial. Es obviamente consecuencia de la eliminación de los resultados intragrupo. Es cierto que en un contexto doméstico de aplicación aquellos eventuales ajustes están económicamente protegidos por el denominado ajuste bilateral, pero no puede ignorarse que ambos no tienen porque resultar temporalmente coincidentes, provocando una fiscalidad anticipada absolutamente ausente bajo el régimen de consolidación fiscal⁴.

- La deducción de determinados gastos o la aplicación de ciertos beneficios fiscales están sujetos a límites y condiciones. Su efectivo aprovechamiento adquiere mayor potencialidad cuantitativa y cualitativa bajo el paraguas de la consolidación fiscal⁵.

La identificación de las ventajas derivadas de la aplicación del régimen de consolidación fiscal no debe, llevarnos, sin embargo a conclusiones equivocadas. No estamos, ni mucho menos, ante un sistema de tributación societaria privilegiado. Por el contrario, una aproximación teórica al concepto de renta, como máxima expresión de capacidad económica en término de imposición societaria, nos llevaría inevitablemente a referirnos exclusivamente a la renta referida al grupo, sin que pudiera apreciarse una categoría de renta imponible cuando se derivase de una transacción intragrupo. Habilitar, paralela y preferentemente, un sistema de tributación individual, implica ignorar el principal fundamento del régimen consolidado. No hay razones para que el coste impositivo de un grupo puede resultar tan dispar bajo la aplicación de unas u otras reglas de determinación de la renta imponible. Únicamente hay una renta, pretender fraccionarla a efectos de un tratamiento fiscal individualizado conduce inevitablemente a un escenario de sobreimposiciones, de mayores posibilidades de elusión fiscal y de segura conflictividad administrativa. Aislar el régimen de consolidación fiscal en su “especialidad”, no coordinarlo con otras figuras impositivas relevantes⁶ y “domesticarlo”, implica, además de coartar su potencialidad en la resolución de

⁴ No debe desconocerse, igualmente, que con arreglo al artículo 18.3 LIS, no se requiere la documentación específica de las operaciones vinculadas para las “(...) operaciones realizadas entre entidades que se integran en un mismo grupo de consolidación fiscal (...)”.

⁵ En este sentido es relevante la referencia a la reserva de capitalización y a la reserva de nivelación (art. 62.1 LIS), a la deducibilidad de gastos financieros (art. 63 a) LIS) y a las deducciones y bonificaciones de la cuota íntegra (artículo 71 LIS).

⁶ La normativa del Impuesto sobre el Valor Añadido prevé la aplicación de un régimen especial del grupo de sociedades (artículos 163 quinquenies a 163 nonies de la Ley 37/1991, de 28 de diciembre).

aspectos esenciales de la fiscalidad más actual, amenazar su posible pervivencia incluso bajo su vigente configuración normativa.

La concepción meramente doméstica del régimen de consolidación impide una compensación transfronteriza de resultados fiscales de diferente signo. Tal limitación pone de manifiesto los riesgos de una configuración exclusivamente “interna” de este esquema integrado de imposición societario. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en relación al caso Marks & Spencer⁷ constituye, en el marco de otros pronunciamientos jurisprudenciales comunitarios, la representación paradigmática de una configuración espacialmente limitada⁸. El principio de territorialidad únicamente es justificable, a juicio del Tribunal, en base a razones de interés general, sin que sea posible invocar motivos de suficiencia financiera. El Tribunal analiza tres fundamentos:

- El equilibrio en el reparto del poder tributario, que se concreta en el tratamiento simétrico de beneficios y pérdidas. Se reclama un “coherencia” en el tratamiento de ambas magnitudes. La exención de beneficios de fuente externa, abre la “llave” a la limitación en la compensación transfronteriza de resultados adversos.
- El riesgo de una doble compensación de pérdidas fiscales.
- El riesgo de evasión fiscal.

El Tribunal de Justicia estimó que la medida restrictiva excede de lo necesario para alcanzar lo esencial de los objetivos perseguidos cuando:

⁷ SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala) de 13 de diciembre de 2005. Asunto C-446/03, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Reino Unido), mediante resolución de 16 de julio de 2003, recibida en el Tribunal de Justicia el 22 de octubre de 2003, en el procedimiento entre Marks & Spencer plc contra David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)

⁸ Siguiendo la descripción realizada al respecto por HERRERA MOLINA, Pedro Manuel (2005): http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/fiscalidad_internacional/comentarios/2005_13Dic_Herrera.pdf, puede circunscribirse fácticamente la cuestión a los siguientes supuestos de hecho: “La sociedad Marks & Spencer con sede en el Reino Unido se establece en otros Estados miembros a través de filiales. Estas entran en un proceso de crisis económica que les lleva a “cesar en su actividad comercial” (con la excepción de la filial francesa que se cede a terceros). Marks & Spencer pretende compensar con los beneficios de la matriz en el Reino Unido, acogiéndose al régimen de compensación de pérdidas intragrupo (group relief). Sin embargo, dicho régimen sólo resulta aplicable a las sociedades residentes, por lo las autoridades británicas no admiten tal pretensión. Marks & Spencer recurre invocando la libertad de establecimiento y la High Court of Justice decide suspender el procedimiento y plantar cuestión prejudicial”. Un análisis de la jurisprudencia del TJUE en el asunto “Marks&Spencer y a pronunciamientos relacionados posteriores puede encontrarse en MARTIN JIMÉNEZ, Adolfo y Otros (2016): Impuestos Directos y Libertades Fundamentales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Aranzadi. Págs 115 a 157.

- *“La filial no residente ha agotado las posibilidades de tomar en cuenta las pérdidas incurridas en su Estado de residencia en el período impositivo correspondiente a la solicitud de consolidación y en ejercicios anteriores, en su caso, mediante una transferencia de dichas pérdidas a un tercero o la imputación de éstas a los beneficios obtenidos por la filial durante ejercicios anteriores, y*
- *No existe la posibilidad de que las pérdidas de la filial extranjera puedan tenerse en cuenta en su Estado de residencia en ejercicios futuros respecto de ella misma o de un tercero, en especial, en caso de cesión de la filial a éste”⁹.*

El conjunto de circunstancias expuestas hacen difícilmente visible una supervivencia “aislada” y “especial” del régimen de consolidación fiscal. Es su supervivencia, necesariamente en un marco global, donde reside su enorme potencialidad. No puede ignorarse a este respecto la propuesta comunitaria de la denominada base imponible consolidada común. Es difícil encontrar entre las iniciativas para afrontar los retos a los que se enfrenta la fiscalidad en una economía global y digital, un instrumento con semejante capacidad para atender las tales demandas desde las perspectivas de integralidad y neutralidad. Muchas disposiciones comunitarias, entre ellas la Directiva matriz-filial, pasarían a ser absolutamente irrelevantes. Cuestiones tan cruciales como la doble imposición económica y jurídica internacional, la compensación transfronteriza de bases imponibles negativas, reestructuraciones empresariales internas, deducibilidad de los gastos financieros por préstamos intragrupo, así como asignación coordinada y eficiente de la base imponible consolidada entre las jurisdicciones fiscales implicadas, quedarían atendidas a través del mero funcionamiento de los mecanismos intrínsecos del proceso de consolidación. Una de las mencionadas ventajas –la eliminación del resultado intragrupo– tiene una derivada relevante desde la perspectiva de la eliminación de la doble imposición económica. El pago de dividendos desde una entidad filial, dominada en términos de grupo fiscal, es una transacción intragrupo y,

⁹ Apartado 55 STJCE 13.12.2005 Marks & Spencer. Se ha sugerido al respecto por algunos autores (CALDERÓN CARRERO, José Manuel (2011): Reflexiones al hilo de la STJUE X Holding BV sobre el régimen de consolidación en el Impuesto sobre sociedades, la “importación” de pérdidas extranjeras y el derecho de la Unión Europea. Crónica Tributaria. Número 138) que *“habría que reformar la normativa reguladora de consolidación fiscal permitiendo la integración y compensación de las pérdidas finales de filiales residentes en Estados miembros de la UE, siempre que concurrieran una serie de circunstancias, a saber:*

- a) *la matriz española acreditase que se han agotado las posibilidades de compensar la pérdida de la sociedad dependiente comunitaria en su Estado de residencia en ejercicios futuro; y*
- b) *la pérdida se hubiera recalculado de acuerdo con la normativa española”.*

por consiguiente, su importe ha de ser eliminado a efectos de la determinación de la base imponible consolidada. En el ámbito de la distribución de resultados intragrupo, la consolidación fiscal resuelve mecánicamente la sobreimposición económica sin la intervención de complejos y específicos mecanismos de exención y/o deducción. Pero más allá de las reglas de reparto de la base conjunta y de las cláusulas de salvaguarda, previstos en la propuesta a tal respecto, este régimen pone en evidencia la limitación, incapacidad y exceso, al margen de su enorme complejidad, con el que operan los mecanismos arbitrados por las legislaciones de los países, incluida la normativa convenida y supranacional para resolver los retos de una fiscalidad adecuada a nivel internacional. Pero por encima de cualquier otra consideración, la base imponible consolidada pone en evidencia la renta del grupo empresarial en el que al menos deberían inspirarse aquellos mecanismos para delimitar su alcance de aplicación, tanto desde la perspectiva de la no sobreimposición, como de asignación adecuada de la base imponible a cada Estado interviniente en la generación de rentas.

II.- Configuración técnica del régimen especial de consolidación fiscal desde la perspectiva de la corrección de la doble imposición y precios transferencia

II.1.- Aspectos generales.

Desde el punto de vista de ambos retos de la fiscalidad en un plano supranacional interesa destacar, con carácter introductorio, tres ámbitos esenciales en la delimitación y articulación técnica de este régimen especial: su alcance subjetivo y objetivo del grupo fiscal, las reglas de determinación de la base imponible consolidada y de las deducciones, y la reglas específicas anti-elusión previstas en el marco del régimen especial.

La definición de grupo a efectos de la tributación societaria pone de manifiesto una delimitación positiva y negativa meramente doméstica. “*Se entenderá por grupo fiscal el conjunto de entidades residentes en territorio español (...)*”. No pueden formar parte del mismo las entidades “*(...) que no sean residentes en territorio español*” El perímetro de consolidación fiscal puramente interno admite sendos puntos de conexión exterior. Se admite, en primer término, que la sociedad dominante directa sea una entidad no residente en territorio español, en cuyo caso el grupo fiscal quedaría circunscrito exclusivamente a las sociedades españolas dependientes. Adicionalmente, los establecimientos permanentes cuya titularidad corresponda a entidades no residentes pueden formar del grupo fiscal, ya sea en calidad de dominante o dependiente¹⁰. En cualquier caso, el denominador común del conjunto de reglas anteriores es la referencia territorialmente limitada al “negocio español”¹¹.

A pesar de que la normativa reguladora de la imposición societaria se apoya constantemente en el concepto mercantil de grupo de sociedades, cuya delimitación descansa en diferentes indicadores de control¹², la identificación del grupo fiscal se basa en reglas específicas de “dominio” particularmente exigentes: participación, directa o indirecta, al menos del 75 por ciento del capital social y mayoría de los derechos de

¹⁰ Artículo 58.1 y 2 LIS.

¹¹ ARVERAS ALONSO, Carlos (2015): Régimen de consolidación fiscal. Guía del Impuesto sobre Sociedades. Adaptada a la Reforma Fiscal 2015. Ed. CISS. Pág. 739

¹² Artículo 42 del Código de Comercio (Real Decreto de 22 de agosto de 1885).

voto. Estamos, por tanto, ante la necesaria concurrencia de un control cualificado tanto en términos económicos como políticos¹³.

La determinación de la base imponible bajo este régimen especial descansa en la agregación de las bases imponibles individuales correspondientes a todas y cada una de las entidades integrantes del grupo fiscal, teniendo en cuenta determinadas especialidades y, por supuesto, los ajustes que deriven de las eliminaciones e incorporaciones por transacciones intragrupo fiscal, conforme a los criterios técnicos establecidos a efectos de la formulación de cuentas consolidadas. No se parte, por tanto, del resultado contable consolidado de las entidades fiscalmente consolidadas, para a continuación aplicar las correcciones que procedan conforme a las reglas específicamente previstas a efectos de la determinación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades. Estamos, en definitiva, ante una consolidación de resultados fiscales. La frontera entre el saldo de pérdidas y ganancias y la base imponible deberá ajustarse individualmente a nivel de cada una de las entidades integrantes del grupo fiscal. Únicamente la consideración de la base imponible consolidada respecto de la aplicación de determinados límites, obliga a especializarla a estos efectos la determinación de los resultados fiscales a nivel particular excluyendo en su cómputo la reserva de capitalización, las dotaciones por deterioro de créditos u otros activos derivadas de las posibles insolvencias, la compensación de bases imponibles negativas y la reserva de nivelación prevista a efectos del régimen especial de las entidades de reducida dimensión. Adicionalmente, el límite previsto para la deducibilidad de gastos financieros se referirá al resultado fiscal consolidado¹⁴.

Las deducciones y bonificaciones que pudieran resultar aplicables se incorporan sobre un cómputo fiscal consolidado, la cuota íntegra del grupo fiscal. Los requisitos

¹³ Siguiendo a GUTIERREZ VIGUERA, Manuel (2015): El nuevo Impuesto sobre Sociedades: aplicación práctica. Ed. CISS. Pág. 319, habrá de tomarse en consideración los siguientes aspectos:

- La repercusión de las acciones sin voto
- La autocartera de la sociedad
- Los votos a computar en los dominios indirectos
- La existencia de derechos de votos potenciales.

La incorporación de la mayoría de los derechos de voto como segundo criterio delimitador constituye una novedad de la regulación actual respecto de su precedente contenida en el artículo 69 del TRLIS aprobado por Real decreto legislativo 4/2004, de 5 de marzo. Posiblemente, su fundamento reside en impedir la integración de entidades en el perímetro de consolidación fiscal sobre las pudiera no existir una relación de control incluso en términos mercantiles.

¹⁴ Artículos 61.1 y 63 LIS.

establecidos para la acreditación de estos beneficios fiscales se refieren globalmente a este “especial” sujeto pasivo de la imposición societaria¹⁵.

Sin perjuicio de la aplicación de las normas anti-elusión previstas a efectos de la determinación de la base imponible individual, el régimen de consolidación fiscal contiene un conjunto de reglas específicas a tal efectos en adaptación a determinadas particularidades que conlleva este modelo de tributación conjunta. Se impide la aplicación de este régimen especial cuando la entidad no residente en territorio español directamente dominante de un grupo de sociedades dependientes residentes sea residente en un país o territorio calificado como paraíso fiscal¹⁶. Idéntica prohibición se hace extensiva en relación a establecimientos permanentes situados en territorio español cuya titularidad corresponda a entidades con aquella localización fiscal. Bastará, por tanto, la interposición de una entidad con “adecuada” residencia fiscal entre el grupo español de sociedades dependientes o su establecimiento permanente dominante y la sociedad matriz última ubicada en un territorio con dicha calificación fiscal para eludir lo que la norma al respecto pretende evitar.

Un segundo bloque de normas, igualmente preventivas, tienen que ver, particularmente, con la incorporación de nuevas entidades al perímetro de consolidación fiscal. La referencia de límites a efectos de la deducción de gastos, aplicación de beneficios fiscales y compensación de bases imponibles negativas a magnitudes consolidadas, ya sea en términos de base imponible o cuota íntegra, puede hacer “atractivo” la incorporación al grupo de entidades con la patología de una particular imposibilidad para la absorción futura de gastos y pérdidas pendientes de compensar. Unos y otros pueden constituir un activo en sede de una entidad o grupo con capacidad para aplicarlos. Para todos supuestos “especiales”¹⁷ la norma establece que los límites aplicables se referirán al resultado individual, teniendo en cuenta las eliminaciones e incorporaciones que correspondan a cada entidad. En definitiva, lo que suceda dentro del grupo fiscal se vincula al resultado consolidado, mientras que lo que haya ocurrido con anterioridad seguirá las pausas del esquema de tributación individual.

¹⁵ Artículo 70 LIS.

¹⁶ El R.D. 1080/1991, de 5 de julio, enumera los estados y territorios que tiene dicha consideración. No obstante, con arreglo a lo establecido en el artículo segundo Real Decreto 116/2003, de 31 de enero, por el que se modifican el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto 326/1999, de 26 de febrero, y el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio.

¹⁷ Ver supuestos previstos en el artículo 67 LIS.

II.2.- La corrección de la doble imposición económica en el marco de la consolidación fiscal.

El análisis de la eventual sobreimposición societaria en el supuesto de beneficios derivados de participaciones en entidades integrantes del grupo a efectos de la consolidación fiscal implica la consideración conjunta de dos preceptos de la normativa legal del Impuesto sobre Sociedades. En primer término, la exención prevista para los dividendos y rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades residentes y no residentes¹⁸. Dada la configuración estrictamente doméstica de este régimen especial nada añade la consolidación en el ámbito de la imposición societaria cuando en el resultado intragrupo, ya sea un dividendo o plusvalía, haya intervenido una sociedad no residente. Para estas rentas de fuente externa se seguirán los requerimientos establecidos a efectos de la determinación de la base imponible individual de cada entidad integrante del grupo. Por otra parte, se hace necesario tomar en consideración el régimen de eliminaciones, con arreglo a las pautas de formulación de cuentas consolidadas, *“siempre que afecten a las bases imponibles individuales y con las especificidades previstas en esta Ley”*¹⁹. La incorporación al análisis de esta especialidad, por otra parte meramente intrínseca, del proceso de consolidación obliga a contemplar tres escenarios para evaluar la aportación neta a la eliminación de la doble imposición económica de régimen de consolidación fiscal.

En el ámbito de las participaciones en beneficios nada parece añadir este régimen fiscal. La exención de dividendos de fuente interna requiere que el porcentaje de participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad sea, al menos, del 5 por ciento²⁰. Por debajo de este límite porcentual no resulta aplicable la regla de corrección, escenario de participación en el que resultará, igualmente, inviable la consolidación fiscal. Cuando opere la exención, la ulterior eliminación resultará innecesaria al no incorporarse dicha renta a la base imponible de la entidad matriz.

La renta derivada de una participación de control puede ponerse de manifiesto como consecuencia de un dividendo o derivado de una plusvalía en la transmisión de la participación. Para este segundo supuesto la norma prevé, igualmente, un régimen de exención bajo la concurrencia, nuevamente, de una participación igual o superior al 5

¹⁸ Artículo 21 LIS.

¹⁹ Artículo 64 LIS.

²⁰ Artículo 21.1 LIS.

por 100²¹. La incorporación de las reglas de consolidación tiene, en este caso, su ámbito específico de actuación. La aplicación del mencionado beneficio descansa en el nivel de participación, independientemente del porcentaje objeto de transmisión²². La transacción ya se produzca entre sociedad dominante y dependientes, o entre entidades dominadas podrá ser acreedora de la exención, en cuyo caso nada corresponde al ámbito de las eliminaciones. En caso contrario, la incorporación a la base imponible de la correspondiente plusvalía no alcanzará el resultado fiscal consolidado. Procederá, previamente, un ajuste negativo. Como cualquier otra renta derivada de una operación intragrupo será objeto de eliminación.

La transmisión de una participación societaria puede, por el contrario, derivar en una renta negativa. La base imponible individual no se verá afectada por dicha minusvalía cuando la participación de la que proceda haya sido beneficiaria del régimen de exención. Sin resultado fiscal intragrupo, nada habrá de ajustarse a través del mecanismo de las eliminaciones. La pérdida que deriva de una transmisión de una participación no acreedora de los beneficios de la eliminación de al doble imposición económica alcanzará el resultado fiscal resultando neutralizada en el marco del proceso de consolidación fiscal²³.

En el ámbito de la doble tributación económica interna las eliminaciones de los resultados derivados de transacciones entre empresas del grupo operan simétricamente, pero restringen su alcance a las rentas positivas y negativas derivadas de la transmisión intragrupo de participaciones ajenas a la aplicación del régimen de exención previsto a tal efecto por la normativa de la imposición societaria.

II.3.- Las operaciones vinculadas como transacción intragrupo fiscal

La normativa del Impuesto sobre Sociedades contiene un mandato claro respecto de las denominadas operaciones vinculadas. Se valorarán por su valor de mercado, entendido como aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones que respeten el principio de libre competencia²⁴. Es evidente que el alcance subjetivo de esta norma es mucho más amplio que el requerido para la consideración como transacción intragrupo a efectos de la aplicación del régimen de consolidación

²¹ Artículo 21.3 LIS.

²² MEMENTO FISCAL (2016).. Ed. Francis Lefebvre. Pág. 652.

²³ Artículo 21.6 LIS.

²⁴ Artículo 18.1 LIS.

fiscal. Donde no concurra esta cualificación este esquema especial de imposición societaria resultará absolutamente inocuo. Es cierto, además, que la aplicación en el ámbito fiscal de las reglas de eliminación de los resultados intragrupo ven coartada, adicionalmente, su alcance por la definición doméstica del régimen. Sobrevive como una particularidad especial del régimen la operación intragrupo fiscal, calificada en todo caso como transacción vinculada y, por tanto, sujeta, a un sistema particular de valoración en el marco de lo que constituye el régimen general de determinación de la base imponible del Impuesto sobre sociedades.

Una transacción entre entidades integrantes de un grupo fiscal constituye una operación vinculada. Con carácter previo a la eliminación del resultado derivado de tales operaciones, procede la determinación y agregación de las bases imponibles individuales. No hay en este ámbito relajación alguna de la norma de valoración de operaciones vinculadas en su contenido material. Su corrección, corresponde, en su caso, a los mecanismos técnicos del proceso de consolidación. Únicamente se otorgan en este ámbito economías formales²⁵. La documentación específica a tal efecto no resultará exigible respecto de las “operaciones realizadas entre entidades que se integren en un mismo grupo de consolidación fiscal (...)”²⁶.

La concesión del régimen especial consiste, básicamente, en el diferimiento del pago impositivo derivado de los resultados generados por transacción entre sociedades pertenecientes a un mismo grupo de consolidación fiscal²⁷. La incorporación ulterior del resultado originariamente eliminado dependerá de la naturaleza de la transacción:

- Tratándose de elementos patrimoniales integrantes del activo circulante o del inmovilizado no amortizables en el período impositivo en que se realicen con terceras entidades ajenas al grupo fiscal o se den de baja en el activo del balance.
- Tratándose de elementos patrimoniales amortizables integrantes del inmovilizado, en los periodos impositivos que restan de vida útil.

²⁵ Una valoración con arreglo a criterios de mercado resulta, particularmente, relevante en los supuestos de pérdida del régimen de consolidación fiscal, extinción del grupo fiscal o cuando alguna de las entidades que lo integren dejen de pertenecer al grupo fiscal conforme a las reglas contenidas en el artículo 74 LIS.

²⁶ Artículo 18.3 LIS.

²⁷ No debe desconocerse que este “beneficio” se convierte en una anticipación del pago impositivo en el caso de pérdidas derivadas de transacciones intragrupo.

- Tratándose de servicios en el período impositivo en que se realicen con terceras entidades ajenas al grupo fiscal, salvo que su importe deba incorporarse a un elemento patrimonial en cuyo caso estaremos a lo previsto en las reglas anteriores.

El alcance doméstico del régimen domina cualquier consideración sobre el mencionado diferimiento. No estamos ante una solución “particular” concebida para operaciones vinculadas “cualificadas”. Destaca, simplemente, la apreciación de una única renta, en términos de base imponible consolidada, referida al grupo fiscal. Su ámbito exclusivamente interno impide que dicha magnitud pueda considerarse como base para su asignación o reparto entre las jurisdicciones fiscales participantes por razón de la actividad desplegada por el conjunto de entidades integrantes del grupo.

III.- Dos proyectos comunitarios. La base imponible común comunitaria y el régimen especial de consolidación fiscal. ¿Propuestas complementarias o alternativas?

III.1.- El ausente proceso armonizador en la configuración doméstica del Impuesto sobre Sociedades.

Desde una perspectiva formal, un análisis comparado de la imposición de los beneficios generados en sede societaria de manifiesto una superposición de disposiciones de muy diferente alcance. Normas domésticas o internas, dotadas de particularidades y elementos diferenciales, desigualmente influidas o adaptadas a las nuevas tendencias fiscales, disposiciones supranacionales, particularmente relevantes en el ámbito de la Unión Europea, y un despliegue desigual y heterogéneo de un complejo entramado de Convenios bilaterales en materia de doble imposición.

Esta realidad destaca, en primer término, por la ausencia de un régimen común de imposición societaria. El Impuesto sobre Sociedades, como cualquier otra figura tributaria relevante, ocupa una posición relativa en un sistema tributario. Su configuración está influida y correlacionada con aspectos socioculturales, macroeconómicos, particularmente de carácter coyuntural, y de integración geopolítica.

En este marco, entre las variables agrupadas bajo la denominación de régimen general de la imposición societaria²⁸, pueden destacarse tres aspectos estructurales claramente representativos de esta divergencia impositiva.

El tipo nominal de gravamen es, posiblemente, el indicador más explícito del desigual nivel de presión impositiva que soportan los beneficios societarios generados por los grupos multinacionales en un marco global. La tributación en sede del Estado de la fuente resulta tan cierta como inevitable en el desenvolvimiento de las actividades en un plano internacional. En ausencia de una armonización o incluso orientación al respecto, su determinación descansa, exclusivamente, en la soberanía fiscal de cada Estado. No parece, por otra parte, que la evolución de los tipos nominales de la imposición societaria en los últimos años permita apreciar una cierta aproximación entre las alícuotas aplicadas por los diferentes países, todo ello sin la intervención y distorsión de

²⁸ Un análisis comparativo internacional de las variables determinantes de la imposición societaria puede encontrarse en DELOITTE (2015): Guide to holding company regimes in Asia Pacific, Europe, and Latin America. 2015

los incentivos fiscales en la definición del tipo efectivo de gravamen. Interesa destacar, en este ámbito que el diferencial de tipos va a subrayar la relevancia de los diferentes instrumentos de corrección o eliminación de la doble imposición económica y jurídica internacional.

La introducción, en segundo lugar, de especialidades en la determinación de la base imponible de la tributación societaria. Muchos de estas particularidades tienen que ver con la desigual incorporación de mecanismos antielusivos promovidos por organizaciones internacionales²⁹. Especialmente relevantes son los “novedosos” criterios limitadores de la deducción de gastos financieros a efectos de la determinación de la renta imponible de las entidades³⁰

La consolidación mercantil obligatoria de los grupos empresariales no encuentra su paralelismo en el ámbito fiscal, presente, como ya se ha destacado, únicamente en la normativa de 10 de los 28 Estados miembros de la Unión Europea. Su aplicación voluntaria, estrictamente interna y la necesaria concurrencia de un nivel de control particularmente exigente la alejan sustancialmente del alcance subjetivo de las cuentas consolidadas.

En un plano supranacional no puede ignorarse la potencialidad de la propuesta comunitaria de la denominada base imponible consolidada común (BICCIS)³¹. Sin

²⁹ El 5 de octubre de 2015, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) publicó un paquete final de los informes en relación con su plan de acción para hacer frente a la erosión de la base y el traslado de beneficios (Base Erosion and Profit Shifting – BEPS -), así como un plan de trabajo de seguimiento y un calendario de ejecución. El Plan de acción BEPS de la OCDE, que se inició en julio de 2013 y aprobado por G20, incluye 15 áreas clave para identificar y poner límite a la planificación y las prácticas fiscales agresivas. Así como modernizar el sistema fiscal internacional. La OCDE entregó informes provisionales con respecto a 7 de los 15 puntos de acción en septiembre de 2014. Esos informes 2014 se han consolidado con las 2015 entregas restantes para producir un conjunto final de recomendaciones para abordar el Plan BEPS.

³⁰ Los instrumentos correctores al respecto se han apoyado tradicionalmente en la conocida regla de subcapitalización, definida a partir de la construcción de un ratio deuda intragrupo –patrimonio neto, acompañada de la vigilancia de la normativa de precios transferencia respecto de la adecuación a mercado del tipo de interés acordado entre partes vinculadas. A estos criterios de “corte” tradicional y de alcance exclusivamente “intragrupos” se ha incorporado recientemente, una limitación general a la deducción de los gastos financieros en términos de porcentaje, comprendido entre el 10% y el 30%, del resultado de explotación, ajustado, en su caso, a efectos fiscales, sin perjuicio de la traslación a ejercicios posteriores, respetando idénticos límites, de los gastos por intereses no deducidos previamente. Esta iniciativa tiene su impulso definitivo con la Acción 4 “limitar la erosión de la base imponible vía deducción de intereses y otros pagos financieros” del Plan de Acción OCDE/G20 contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios. OECD/G/20 (2015): Base Erosion and Profit Shifting Project. Action 4 Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments.

³¹ En este ámbito, cabe destacar el *European Joint Transfer Pricing Forum* (EUJTPF), el cual fue constituido informalmente en 2001, para desarrollar determinados trabajos específicos en materia de precios de transferencia que fueron identificados por la Comisión UE en su estudio

embargo, su difícil adopción ha obligado a Unión Europea a un desenvolvimiento gradual. La primera fase se limita a los elementos de una renta fiscal común, esto es, al establecimiento de unas reglas de cálculo armonizadas a efectos de la determinación de la base imponible³². La implantación de un régimen común de consolidación fiscal integrará la segunda fase, entendido como un instrumento que *“mejorará el mercado único en beneficio de las empresas”, “contribuirá a la lucha contra la elusión fiscal”, “fomentará el crecimiento, el empleo y la inversión en la UE”,* y ayudará en la *“resolución de litigios de doble imposición”*. Dicho en términos estrictamente impositivos *“los principales obstáculos fiscales a los que se enfrentan las sociedades de la Unión podrán solucionarse en su mayor parte de forma más eficaz dentro de un grupo consolidado”*³³.

Estamos ante mecanismos complementarios. Carece de viabilidad un proyecto de consolidación fiscal supranacional sin la previa homogeneización de los criterios de determinación de las rentas fiscal individuales. El proyecto de base imponible común carece, sin embargo, de autonomía propia. No se pretende una armonización comunitaria del Impuesto sobre Sociedades a nivel de base imponible. Se trata de un mero instrumento para la futura implementación de un sistema de imposición societaria conjunto dirigido *“sociedades pertenecientes a grupos que rebasen un determinado tamaño”*³⁴. Cuestión diferente son los efectos del recorrido temporal de la implantación sucesiva de ambas propuestas. El establecimiento transitorio de un régimen específico de base imponible común sin consolidación fiscal dirigido a los “grandes” grupos empresariales puede derivar en la neutralización generalizada de los denominados regímenes especiales y, en ellos, particularmente, el régimen doméstico de tributación consolidada.

seminal *“Company Taxation in the Internal Market”* (COM(2001)582 final) como uno de los principales obstáculos fiscales al buen funcionamiento del mercado interior. El mandato del EUJTPF reside en asistir a la Comisión a elaborar estudios y fórmulas útiles para reducir los obstáculos fiscales que resultan de la aplicación de la normativa de precios de transferencia a escala europea.

³² Un análisis comparativo de las reglas de determinación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades en la Unión Europea puede verse PRICE WATERHOUSE COOPERS (2006). *The determination of Corporate Taxable Income in EU member states*. Kluwer Law.

³³ Exposición de motivos de Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del Impuesto sobre Sociedades (COM 2016/0337).

³⁴ Exposición de motivos de Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del Impuesto sobre Sociedades (COM 2016/0337).

III.2.- La corrección de al doble imposición en la Propuesta de base imponible común.

El proyecto de directiva de base imponible común de la imposición societaria consta de 72 artículos estructurados en 12 capítulos. Cuatro de estos preceptos, 8, 41,42 y 53, son, particularmente, relevantes, desde la perspectiva del análisis del régimen fiscal de la “comunicación” de resultados – participación en beneficios, plusvalías y minusvalías, y compensación de pérdidas – entre sociedades integrantes de un grupo fiscal. Una interpretación conjunta de las mencionadas disposiciones pone de manifiesto las siguientes consideraciones:

- La corrección de la doble imposición económica descansa en el método de exención, lo que implica una consolidación de la tributación soportada por los beneficios empresariales en el Estado de la fuente o de su realización. Este método de eliminación de la sobreimposición económica de los beneficios alcanza tanto a los beneficios distribuidos como al “*producto de enajenación de acciones*”. No pasa desapercibida que esta última mención. Encierra la duda de si afecta o no únicamente a las plusvalías. ¿Es posible integrar en la base imponible el resultado negativo derivado de una enajenación de participaciones?. La denominación como “*Ingresos exentos*” del artículo 8 del Proyecto parece indicar que nada en relación a esta regla de corrección parece oponerse a la integración de las pérdidas derivadas de la enajenación de acciones. La asimilación de entidades y establecimientos permanentes deriva, por otra parte, en la extensión del beneficio de la exención de las rentas obtenidas a través de estos instrumentos.

- Aparece, nuevamente, el requerimiento de participación relevante para ser acreedor de la corrección. Se exige “*que el contribuyente haya mantenido una participación mínima del 10% en el capital o del 10% de los derechos de votos de la sociedad durante los doce meses anteriores a la enajenación*”³⁵.

- El régimen de corrección incorpora, no obstante, una cláusula “*switch over*” que encierra un requerimiento en términos de tributación mínima. Sorprende, al menos inicialmente, la fórmula establecida a tal efecto. Se fundamenta en la discrepancia entre las tasas nominales vigentes en el Estado de residencia de la matriz y en Estado de

³⁵ Art. 8 c) y d) de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del Impuesto sobre Sociedades (COM 2016/0337). En el supuesto de distribución de beneficios está condición temporal se fija en términos de “*a lo largo de doce meses consecutivos*”.

residencia de la filial, de tal forma que no se aplicará la exención cuando la entidad participada *“esté sujeta en su país de residencia fiscal a un tipo legal del impuesto sobre sociedades inferior a la mitad del tipo impositivo legal que se le habría aplicado, en relación con tales rentas extranjeras”* en el estado de residencia fiscal de la sociedad dominante³⁶. La aplicación de la exención no dependerá de la sujeción de estas categorías de rentas a un nivel de imposición mínimo, si no que estará condicionado a un análisis particular de relación entre los tipos nominales de los Estados de origen y destino³⁷. Ello, seguramente, desincentivará, la localización de la sociedad *“holding”* en jurisdicciones fiscales de muy baja tributación. La improcedencia de la exención, por otra parte, no conllevará a una doble imposición: *“el contribuyente tributará por la renta extranjera y el impuesto pagado en el tercer país se deducirá de su deuda tributaria en el estado miembro en que sea residente a efectos fiscales”*³⁸.

- La compensación de pérdidas cierra el régimen de integración de rentas en el marco de un grupo fiscal. El modelo propuesto combina una regla general de compensación en ejercicios posteriores en sede de la entidad generadora de la pérdida con una posible integración contemporánea de resultados de diferente signo obtenidos por diferentes entidades integrantes del grupo. Se establece, en primer término, que *“las pérdidas en que haya incurrido en un ejercicio fiscal un contribuyente residente o un establecimiento permanente de un contribuyente no residente podrán trasladarse a ejercicios fiscales posteriores (...)”*³⁹. No se establece, por tanto, límite temporal y cuantitativo alguno a la aplicación de las base imponibles negativas procedentes de ejercicios anteriores. Complementariamente, se prevé que los beneficios que resulten una vez integradas las pérdidas generadas en períodos impositivos precedentes puedan reducirse, adicionalmente y en proporción a su participación, con las pérdidas sufridas, en el mismo ejercicio fiscal, por sus filiales o establecimientos permanentes en el exterior. Esta deducción habrá de reincorporarse a la base imponible cuando se generen beneficio en sede de estas entidades y, en cualquier caso, *“cuando, al final del quinto ejercicio fiscal posterior al momento en que las pérdidas pasaron a ser deducibles, no*

³⁶ Art. 53.1 de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del Impuesto sobre Sociedades (COM 2016/0337).

³⁷ El artículo 21 1 b) LIS articula este criterio fijando un umbral mínimo de tributación del 10% en el Estado de residencia de la filial.

³⁸ Art. 53.2 de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del Impuesto sobre Sociedades (COM 2016/0337)

³⁹ Art. 41 de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del Impuesto sobre Sociedades (COM 2016/0337)

se haya reincorporado ningún beneficio o los beneficios reincorporados no se correspondan con el importe total de las pérdidas deducibles”⁴⁰.

III.3.- El ajuste de precios en las operaciones entre empresas asociadas.

Un modelo de base imponible común, en el presente supuesto con un alcance subjetivo intencionadamente limitado, no pierde las características intrínsecas que configuran el conjunto de reglas de determinación de la base imponible individual de la imposición societaria. La prevención frente a la fijación de precios de las denominadas operaciones vinculadas no parece que vaya a encontrar aspectos novedosos más allá la coordinación normativa que, sin lugar a dudas, implica la armonización derivada de la Propuesta de Directiva. Nuevamente, por tanto, nos encontramos con la habilitación para que puedan aplicarse los ajustes correspondientes cuando se acuerden o se impongan condiciones en las relaciones entre empresas asociadas que sean diferentes de las que se habrían acordado en condiciones normales del mercado entre partes independientes⁴¹. En ausencia de consolidación no cabe esperar la intervención del mecanismo de eliminación y, en consecuencia, el diferimiento de la tributación societaria al momento ulterior en que el resultado ajustado se realice respecto de terceros. Omite la norma cualquier referencia explícita al ajuste bilateral conducente a evitar la sobreimposición derivada un ajuste unilateralmente aplicado para corregir la base imponible individual de una las entidades intervinientes en una operación vinculada. Guarda, igualmente, silencio la norma respecto de la articulación de un sistema de resolución de conflictos entre jurisdicciones fiscales con ocasión de ajustes de precios en las relaciones transfronterizas entre empresas asociadas. Se ha perdido, posiblemente, la ocasión para desarrollar un modelo de intervención contemporánea de ambos ajustes, primario y bilateral, en el marco de la actual configuración de los procedimientos amistoso y arbitral.

La aportación de la Propuesta en este ámbito queda limitada a un entendimiento único de empresa asociada, construida a partir de porcentajes de derechos de voto, de

⁴⁰ Artículo 42.4 de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del Impuesto sobre Sociedades (COM 2016/0337).

⁴¹ Art. 57 de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del Impuesto sobre Sociedades (COM 2016/0337)

participación en el capital, de influencia significativa en la gestión y de vínculos de parentesco⁴².

III.4.- La eliminación de la sobreimposición económica bajo los presupuestos de la base imponible consolidada común comunitaria.

Establece el proyecto comunitario, siguiendo pautas ortodoxas al respecto, que *las bases imponibles de todos los miembros del “grupo deberán sumarse para constituir la base imponible consolidada”* en la que *“no se tendrán en cuenta las pérdidas y beneficios derivados de operaciones intragrupo”*⁴³. La especialidad de la tributación conjunta consiste, por tanto, en la mera eliminación del resultado derivado de las transacciones intragrupo. Hasta llegar al ámbito técnico de esta corrección, por otra parte inherente al proceso de consolidación, todo compete a las reglas de determinación de los resultados fiscales individuales establecidas por la Propuesta de base imponible común. La aplicación sucesiva de ambas disposiciones requiere una delimitación entre el alcance de la analizada exención a efectos del cálculo de la base imponible de cada una de las entidades integrantes y la eliminación de los dividendos o plusvalías como operación intragrupo. Es evidente que allí donde llegue la exención, no procederá corrección alguna en el marco de la determinación del resultado fiscal consolidado. Dado el muy desigual nivel de participación requerido para la acreditación de la exención y la calificación como filial a efectos de la aplicación de este régimen especial de imposición societaria⁴⁴, la eliminación como “técnica” de corrección de la doble imposición económica internacional se convierte en una regla de ámbito residual, únicamente presente allí donde quepa apreciar una transacción intragrupo no acreedora de la exención, como consecuencia del incumplimiento de alguno de los requerimientos particularmente exigidos para la aplicación de la exención. Ha de advertirse, igualmente, que la consolidación puede incorporar una ventaja “competitiva” respecto de la aplicación de la cláusula “*switch over*”. Es cierto que en el ámbito objetivo de un grupo fiscal la localización adecuada de una entidad de cartera tenedora de una participación significativa podría ofrecer una potencial vía de elusión frente a dicha regla. Es por ello que la Propuesta comunitaria en materia de base imponible

⁴² Artículo 56.2 de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del Impuesto sobre Sociedades (COM 2016/0337).

⁴³ Artículos 7 y 9 de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del Impuesto sobre Sociedades (COM 2016/0336).

⁴⁴ Artículo 5.1 de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del Impuesto sobre Sociedades (COM 2016/0336).

consolidada común adapta el requerimiento de tributación mínima exigido para la aplicación en este ámbito del beneficio de la exención previendo que el tipo de gravamen societario a efectos de la aplicación de la cláusula de inversión será el tipo legal medio del impuesto sobre sociedades aplicable en todos los Estados miembros”⁴⁵. No obstante, los dividendos comunitarios con origen en una entidad integrante del grupo fiscal que queden excluidos de la corrección de la doble imposición económica en sede de la base imponible individual como consecuencia de la divergencia de tipos nominales en los Estados de residencia de la matriz y filial, pueden beneficiarse de su “eliminación” en el marco de la determinación del resultado fiscal consolidado.

III.5.- El efecto fiscal diferido del resultado intragrupo en el marco del régimen de consolidación fiscal comunitario.

Nos encontramos nuevamente ante dos ámbitos que se solapan parcialmente en su alcance subjetivo. No existe identidad entre operaciones vinculadas y transacciones intragrupo. En otros términos, podemos referirnos a entidades vinculadas no necesariamente integrantes de la misma unidad. En el marco de ambos proyectos de Directiva comunitaria las disposiciones que se ocupan de ambas tiene autonomía funcional desde diferentes perspectivas:

- El régimen de “valor de mercado” aplicable a las transacciones vinculadas pertenece al ámbito de determinación de la base imponible, aun cuando la entidad o entidades a las que afecten formen parte de un mismo grupo de consolidación fiscal. La intervención activa de esta norma no decae como consecuencia de las eliminaciones propias del proceso de integración de los resultados fiscales individuales. Resulta, particularmente, relevante cuando una sociedad deje de formar parte del grupo o cuando este simplemente se disuelva. La incorporación del beneficio o pérdida eliminada deberá producirse en sede de la base imponible individual de la entidad que, con arreglo a criterios de concurrencia, ha generado el correspondiente resultado.

- En el ámbito de las transacciones meramente vinculadas, el resultado siempre se manifiesta fiscalmente. Su valoración a precios de mercado constituye un instrumento de vigilancia de la atribución adecuada del resultado a cada base imponible afectada.

⁴⁵ Esta “adaptación” efectuada por el art. 72 de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del Impuesto sobre Sociedades (COM 2016/0336) parece referirse a una tasa medio resultante de considerar los tipos legal establecidos a efectos de la imposición societario por todos los Estados miembros de la Unión Europea, independientemente de las jurisdicciones fiscales comunitarias en la que estén domiciliadas las entidades integrante del grupo fiscal.

La subimposición previa y la sobreimposición sobrevenida dependerán de la actuación conjunta y coordinada del ajuste primario y bilateral. Cuando estas operaciones adquieren la cualidad de “intragrupos fiscales” el proceso técnico de la consolidación resuelve automáticamente la cuestión, sin efectuar asignación individual alguna del resultado positivo a negativo derivado de la transacción entre las empresas integrantes de la unidad fiscal. Simplemente, se difiere su tributación hasta el momento ulterior de realización de la operación con terceras entidades ajenas al grupo.

- Hasta aquí nada resulta novedoso. La propuesta comunitaria de base imponible consolidada común discurre por cauces particularmente ortodoxos, propios de un proceso técnico sobradamente ensayado a efectos de la formulación de estados contables consolidados. Sin embargo, la superposición de las reglas específicas de este régimen especial y un plano supranacional con entidades residentes en diferentes jurisdicciones fiscales incorpora elementos originales desde la perspectiva de la potencial resolución de las diferentes derivadas de las transacciones globales intragrupo, particularmente relevantes en el ámbito de las empresas multinacionales. Cabría esperar más del Proyecto de la Unión Europea en materia de la base imponible común. Entendido como una primera fase de la implantación de un régimen de tributación fiscal unitaria de los grupos empresariales, podría haber otorgado un mayor y novedoso alcance al régimen de operaciones vinculadas intragrupo fiscal. ¿Por qué no eliminar igualmente, el resultado?. ¿Por qué no diferir el gravamen de dicho resultado al momento ulterior de realización de la operación con una tercera entidad?. El diferimiento tiene su razón técnica en la eliminación inherente al proceso integración de cuentas individuales, en este caso fiscales. El fundamento económico reside, sin embargo, en la apreciación de una única renta, aquella que se refiere exclusivamente al grupo y que deriva exclusivamente de la realización de operaciones con personas y entidades independientes. En un ámbito supranacional armonizado esta consideración no debería verse afectada por la determinación del gravamen societario bajo reglas de determinación base imponible individual o consolidada. La afectación de las transacciones intragrupo a un test de comparabilidad, necesario en todo caso, desplegaría sus efectos una vez realizada la transacción definitivamente con terceros, sin perjuicio de la intervención de mecanismos que garantizaran su trazabilidad. La aportación relevante del proyecto comunitario reside en el método de asignación de la base imponible consolidada común entre todos los Estados legítimamente interesados

por razón de la residencia fiscal de las entidades intervinientes. La fórmula de reparto, prevista en el artículo 28 de la Propuesta, establece la aplicación de tres factores. Dos de oferta, los activos fijos materiales y el trabajo, integrado, a su vez, por dos factores con idéntica ponderación, el número de empleados y los gastos de personal deducibles a efectos de la determinación de la base imponible. El tercer factor, de demanda, está constituido por los ingresos por la venta de bienes y prestación de servicios a terceros. La fórmula prevista es la siguiente⁴⁶:

$$\text{Share A} = \left(\frac{1}{3} \frac{\text{Sales}^A}{\text{Sales}^{\text{Group}}} + \frac{1}{3} \left(\frac{1}{2} \frac{\text{Payroll}^A}{\text{Payroll}^{\text{Group}}} + \frac{1}{2} \frac{\text{No of employees}^A}{\text{No of employees}^{\text{Group}}} \right) + \frac{1}{3} \frac{\text{Assets}^A}{\text{Assets}^{\text{Group}}} \right) * \text{Con'd Tax Base}$$

Este mecanismo “objetivo” de atribución entre jurisdicciones de la renta fiscal integrada resta protagonismo a la potencialidad del ajuste de valoración de una operación vinculada intragrupo fiscal, más allá de la relevancia, ya destacada, en el supuesto de incorporación bajo disolución del grupo o separación del mismo de una de las entidades intervinientes. La incorporación resultante de la realización de la transacción con una tercera entidad llegará a la base imponible consolidada, desagregándose entre los Estados “participantes” atendiendo a los factores descritos.

⁴⁶ El artículo 297 de la Propuesta de Directiva para una base imponible consolidada común prevé una cláusula de salvaguardia.

IV.- La corrección de la doble imposición internacional. Instrumentos “tradicionales” vs la consolidación fiscal supranacional.

IV.1.- Tres referencias esenciales en la construcción de los instrumentos “tradicionales” de corrección de la doble imposición internacional.

Las relaciones económicas transfronterizas entre una entidad dominante y sus sociedades dependientes, cada una residente en una jurisdicción diferente y, por tanto, sujetas a distintas potestades tributarias, pueden derivar en un escenario indeseable de sobreimposición: “doble imposición jurídica”, en primer término, derivada de la superposición de los impuestos soportados por la sociedad matriz en el Estado de la fuente, en concepto equivalente a nuestro Impuesto sobre la Renta de No Residentes, y en su Estado de su residencia al integrarse el dividendo percibido en su base imponible del Impuesto sobre Sociedades, y la “doble imposición económica”, por el solapamiento de la imposición societaria sobre unos beneficios distribuidos, primero en sede de la filial que los genera y distribuye y, posteriormente, en sede de la entidad de control.

La Directiva relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes⁴⁷ pretende eliminar las barreras fiscales que se oponen a las relaciones económicas internacionales, particularmente en el ámbito de la Unión Europea, y que obstaculizan la creación de empresas de dimensión adecuada a las exigencias de un mercado integrado y de la creciente competencia internacional. No estamos, sin embargo ante un *"régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes"*, sino ante un *"régimen fiscal común aplicable a la distribución de beneficios entre sociedades de Estados diferentes sometidos al Impuesto sobre Sociedades"*⁴⁸.

⁴⁷ La Directiva 90/435/CEE, de 23 de julio de 1990, relativa al Régimen Fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 20 de agosto de 1990) se inscribe en el "paquete fiscal" aprobado en dicha fecha *por el Consejo* tendente a eliminar las restricciones fiscales a la agrupación y concentración de empresas. Las otras dos medidas contempladas eran la Directiva sobre el régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de Estados miembros diferentes, objeto de estudio en el apartado siguiente y el Convenio multilateral relativo a la supresión de la doble imposición en el caso de corrección de beneficios entre empresas asociadas. Esta disposición comunitaria ha sido sustancialmente modificada en diversas ocasiones, Por dicha razón se efectuó una refundición mediante la aprobación de la Directiva 2011/96/UE/del Consejo, de 30 de noviembre.

⁴⁸ "Dictamen del Comité Económico y Social sobre una Propuesta de Directiva del Consejo relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes". (DOCE de 1 de agosto de 1969).

La aplicación de los beneficios de la disposición comunitaria requiere del cumplimiento de determinadas condiciones:

- Que las entidades pagadora y receptora de los beneficios tengan la consideración de filial y matriz respectivamente. La cualidad de sociedad matriz se reconocerá por lo menos a toda sociedad de un Estado miembro que posea en el capital de una sociedad de otro Estado miembro una participación mínima de 10%; y se entenderá por sociedad filial la sociedad en cuyo capital exista dicha participación⁴⁹.

- Que las entidades, filial y matriz, revistan cualquiera de las formas jurídicas previstas para cada Estado miembro en el Anexo de la Directiva, que comprende, en términos generales, las sociedades de capitales y determinadas entidades que son sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades en sus respectivos países⁵⁰.

- Ambas sociedades, matriz y filial, han de estar sujetas y no exentas del Impuesto sobre Sociedades⁵¹. Si una de estas entidades está no sujeta o exenta la doble imposición económica deja de producirse, por lo que carece de sentido la aplicación del régimen previsto en la Directiva⁵².

- Ambas sociedades han de tener su domicilio fiscal en un Estado miembro de la Comunidad. Según el artículo 2 c) de la Directiva, se considerará que la sociedad tiene su domicilio fiscal en un Estado miembro siempre que cumpla dos condiciones acumulativas: que, de acuerdo con la legislación fiscal interna de dicho Estado, la sociedad tenga su domicilio fiscal en el mismo; y que a tenor de un convenio en materia de doble imposición, celebrado por el Estado que la considere domiciliada en su

⁴⁹ Artículo 3.1. de la Directiva 2011/96/UE/del Consejo, de 30 de noviembre.

⁵⁰ En el caso de España, comprende las sociedades anónimas, las sociedades comanditarias por acciones, las sociedades de responsabilidad limitada y las entidades de derecho público que operen en régimen de derecho privado. Otras entidades constituidas con arreglo al Derecho español sujetas al Impuesto sobre Sociedades español.

⁵¹ Artículo 2. a) iii) de la Directiva 2011/96/UE/del Consejo, de 30 de noviembre.

⁵² Señala GONZÁLEZ POVEDA, Victoriano (1993): "Régimen fiscal de las Sociedades Matrices y Filiales en la CEE". Noticias CEE. Número 96. Pág. 46 que *"la regla produce el efecto de que la exención establecida en el Estado en que reside una filial se pierde en beneficio del otro Estado que no la reconoce, en el caso de que los beneficios se transfieran a la matriz en forma de dividendos. Así, si un Estado declara exentas temporalmente a las sociedades constituidas en una determinada zona de su territorio para fomentar el desarrollo de la misma, esta exención no producirá el efecto deseado si los beneficios se repatrian a la matriz. Pues en esta sociedad tales beneficios se gravarán plenamente. Lo mismo sucederá con las exenciones o bonificaciones parciales, pues, aunque sea aplicable el régimen fiscal comunitario de sociedades matrices y filiales, el impuesto que se tomará en cuenta para eliminar la doble imposición económica será el impuesto efectivamente satisfecho y nunca el que se hubiera devengado de no existir la exención parcial o la bonificación"*.

territorio con un tercer Estado, no se considere que tiene su domicilio fiscal fuera de la Comunidad.

- Que no sean de aplicación, finalmente, las disposiciones que, al amparo de la facultad reconocida a los Estado miembros por el artículo 1.4 de la Directiva, se hayan articulado para *"evitar fraudes y abusos"*.

El régimen fiscal común previsto en la Directiva se articula a través de la intervención de dos instrumentos de corrección de la doble imposición:

- La primera medida, contemplada en el artículo 4 de la Directiva, está destinada a eliminar la doble imposición económica de los dividendos. Cuando una sociedad matriz o un establecimiento permanente de esta reciban, en calidad de socio de su sociedad filial, beneficios distribuidos por motivos distintos de la liquidación de la misma, el Estado de la sociedad matriz o bien se abstendrá de gravar dichos beneficios, o bien los gravará, autorizando al mismo tiempo a dicha sociedad a deducir de la cuantía de su impuesto la fracción del impuesto de la filial correspondiente a dichos beneficios. En consecuencia, la norma comunitaria deja a elección de cada Estado miembro la aplicación del método de exención o imputación para efectuar la corrección de la doble imposición, admitiendo, por tanto, la coexistencia de ambos sistemas en el marco de la Comunidad.

- La segunda medida contemplada en la Directiva, orientada a la eliminación de la doble imposición jurídica, consiste a la supresión del impuesto en la fuente sobre los dividendos pagados por la sociedad filial: *"los beneficios distribuidos por una sociedad filial a su sociedad matriz quedarán exentos de la retención en origen."*⁵³.

⁵³ Artículo 5. de la Directiva 2011/96/UE/del Consejo, de 30 de noviembre..

Señala SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a Ángeles (1995): La doble imposición internacional en la Unión Europea. La Ley. Madrid. Págs. 206 y 207., que *"la solución de la Directiva respecto a este supuesto de doble imposición jurídica es más positiva que las que puede venir dada a nivel estatal en las medidas unilaterales y convencionales, y ello esencialmente por dos razones:*

1ª Porque, desde el punto de vista formal, es más ventajosa la vía de una Directiva que la convencional. El convenio bilateral sólo solucionaría este supuesto de doble imposición en relación a los Estados parte, y la red de convenios bilaterales no es completa entre los Estados miembros. Frente a ello, la Directiva elimina este supuesto de doble imposición en relación a todos los Estados miembros.

2ª Porque, desde el punto de vista práctico, es mejor eliminar este supuesto de doble imposición suprimiendo su causa, en definitiva, impidiendo que llegue a presentarse, como hace la Directiva, que solucionándolo una vez que existe el problema, como harían las medidas unilaterales o las bilaterales. Es patente por lo tanto que a efectos de la doble imposición la Directiva implica un importante avance".

Paralelamente, es común encontrar en la normativa interna de los tributos representativos de la imposición directa, la cláusula de prevalencia *“de lo dispuesto en los tratados y convenios internacionales que hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno”*⁵⁴. Este ámbito tiene una particular incidencia, podríamos llegar a considerar incluso constitutiva, en la definición de los instrumentos de corrección de la doble tributación de los beneficios empresariales. La intervención de los mecanismos convenidos, aunque con técnicas comunes a los instrumentos diseñados domésticamente, presentan rasgos específicos. *“El origen de tal diferencia radica en la coordinación de poderes tributarios que los CDIs instrumentan al servicios de la eliminación del referido fenómeno”*⁵⁵. Siguiendo al Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE⁵⁶ es posible encontrar dos mecanismos de uso alternativo y complementario:

- El método de exención. *“Cuando un residente de un estado contratante obtenga rentas o posea elementos patrimoniales que, de acuerdo con los dispuesto en el presente Convenio, puedan someterse a imposición en el otro Estado contratante, el Estado mencionado en primer lugar dejará exentas tales rentas o elementos patrimoniales...”*⁵⁷.

- El método de imputación o de crédito fiscal. En este supuesto el Estado de residencia *“admitirá (...) la deducción en el impuesto sobre la renta de ese residente de un importe igual al impuesto sobre la renta pagado en ese otro Estado. (...) Dicha deducción no podrá, sin embargo, exceder de la parte del impuesto sobre la renta (...), calculado antes de la deducción, correspondiente (...) a las rentas (...) que pueden someterse a imposición en ese otro Estado”*⁵⁸.

Una lectura superficial pone de manifiesto la corrección técnica, articulada a través de dos diferentes criterios, sobre la misma renta en sede de la misma entidad. Estamos, por tanto, ante instrumentos previstos para una desarticulación de la doble imposición

⁵⁴ Art. 3 LIS.

⁵⁵ CALDERÓN CARRERO, Jose Manuel y Otros (2014): Todo. Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea. Ed. CISS. Pág. 661.

⁵⁶ OCDE (2010): Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio. Julio.

⁵⁷ Art 23.A.1 del Modelo Convenio. El propio precepto prevé la aplicación del sistema de imputación para las rentas sujetas a una tributación limitada en la fuente – dividendos e intereses, y la posible aplicación, con carácter general, de la exención con progresividad.

⁵⁸ Art 23.B.1 del Modelo Convenio.

jurídica internacional. El artículo 23 del Modelo Convenio OCDE guarda silencio respecto de la doble imposición económica⁵⁹.

Este marco supranacional, comunitario y convenido, ha tenido una determinante incidencia en la configuración de un “estatuto” interno español de la corrección de la doble imposición económica y jurídica internacional⁶⁰, mediante la superposición de sistemas de exención, imputación y la intervención incluso de un régimen fiscal especial.

La corrección de la doble imposición económica descansa en dos instrumentos. La aplicación del sistema de exención⁶¹, igualmente previsto para rentas de fuente interna, requiere del cumplimiento de determinados requisitos:

- Deben haber sido distribuidos por entidades en las que el porcentaje de participación, directo o indirecto, sea igual o superior al 5 por 100 o, no cumpliéndose dicho requisito de participación mínima, el valor de adquisición de la participación sea superior a 20 millones de euros.
- La participación correspondiente se deberá poseer de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, se deberá mantener posteriormente durante el tiempo necesario para completar dicho plazo.
- La entidad participada debe estar sujeta y no exenta a un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades español a un tipo nominal de, al menos, el 10% en el ejercicio en el que se hayan obtenido los beneficios que se

⁵⁹ Siguiendo a CALDERÓN CARRERO, Jose Manuel y Otros (2014). Op. Cit. Págs. 699 y 700. El Comité Fiscal de la OCDE se ha planteado la introducción de mecanismos de eliminación de la doble imposición intersocietaria internacional. Particularmente, se prevén los tres métodos clásicos:

- El método de exención.
- La deducción por doble imposición de dividendos.
- La asimilación de la participación en una sociedad residente.

⁶⁰ La corrección de la doble imposición jurídica internacional se apoya en la aplicación de un mecanismo de imputación, previsto en el art. 31 LIS. Un análisis comparativo de los “elementos esenciales” en el funcionamiento de las estructuras “holding” para determinadas jurisdicciones fiscales puede verse en LOYENS LOEFF (2015): Holding Regimes. Comparison of Selected Countries.

⁶¹ Art. 21 LIS.

Por otra parte, no debe desconocerse que la corrección de la doble imposición económica debe operar, igualmente en el marco de operaciones societarias como reducción de capital, separación de socios o liquidación social. Véase, como caso particular LÓPEZ LLOPIS; Estefanía (2013): Las operaciones de reducción de capital con devolución de aportaciones. Especial referencia al Régimen de consolidación fiscal del Impuesto sobre Sociedades. Revista de Contabilidad y Tributación. CEF. Números 365 y 366. Pags 5-56.

reparten con independencia de la aplicación de algún tipo de exención, bonificación, reducción o deducción fiscal sobre dichos beneficios⁶².

Adicionalmente, de forma alternativa o simultánea a la exención por dividendos esta corrección convive con una deducción en cuota por los impuestos efectivamente pagados en el extranjero⁶³ como consecuencia de la distribución de dividendos no acogidos a la exención si se cumplen los requisitos de integración de la renta en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, participación y titularidad temporal de la participación⁶⁴. Esta deducción, conjuntamente con la establecida a efectos de la corrección por doble imposición jurídica internacional, no podría exceder de la cuota íntegra que correspondería pagar en España por estas rentas si se hubiere obtenido en territorio español.

Paralelamente a este discurrir de sendas normas domésticas de corrección de la doble imposición económica internacional, la normativa reguladora de la imposición societaria articula, bajo la denominación específica de régimen especial de Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros, lo que podría denominarse como el modelo fiscal del el “holding” español, entendido como instrumento de inversión que utilizan los grupos empresariales multinacionales para flexibilizar sus flujos de renta y optimizar fiscalmente las operaciones de reinversión⁶⁵. El “estatuto” fiscal de estas entidades requiere la identificación de tres hechos imposables cuya realización es posible en relación con la actividad “holding” de este tipo de entidades:

- Tributación de las rentas obtenidas por la ETVE. Las participaciones en beneficios o la transmisión de participaciones de entidades no residentes en territorio español, pueden beneficiarse de la exención para evitar la doble imposición económica internacional en los términos previstos para el método de exención. La ETVE no está en éste ámbito obteniendo un privilegio fiscal privativo. Se le otorga lo que a cualquier otra entidad.

⁶² Establece el art. 21.1.b) LIS que “se considerará cumplido este requisito, cuando la entidad participada sea residente en un país con el que España tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional, que le sea de aplicación y que contenga cláusula de intercambio de información”. Advierte GARCÍA – ROZADO GONZÁLEZ, Begoña (2015): La reforma del Impuesto sobre Sociedades. Tirant Tributario. Pág. 29, que “no se aplicara la exención, respecto del importe de aquellos dividendos participaciones en beneficios cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora”. Esta media anti – híbridos tiene su fuente normativa en la habilitación prevista en el art. 4, apartado 1, letra a) de la Directiva 2011/96/UE, en la redacción dada por la Directiva 2014/86/UE.

⁶³ Art. 32 LIS.

⁶⁴ En los mismos términos que para la acreditación de la exención prevista en el art. 21 LIS.

⁶⁵ PALACIOS PÉREZ, José y Otros: Manual de fiscalidad internacional. Instituto de Estudios fiscales. 2001. Pág.339.

Simplemente, implica el necesario cumplimiento de los requisitos establecidos para la exención de rentas de fuente externa.

- Beneficios distribuidos por la ETVE a sus partícipes. La fiscalidad de los beneficios procedentes de estas entidades depende de la cualidad de sus accionistas. En el caso de sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de los no Residentes, se califica dicha renta como no obtenida en territorio español. Se trata, por tanto, de un auténtico supuesto de no sujeción, *“consecuencia lógica que resulta de confrontar el hecho imponible del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes, basado en la obtención de rentas en territorio español...con la característica de las rentas exentas de acuerdo con el régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros...”*⁶⁶.

Cuando, por el contrario, el perceptor de la renta es residente, sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes con establecimiento permanente, los beneficios percibidos darán derecho a la exención en los términos generales de aplicación de este método de corrección de la doble imposición.

El tratamiento fiscal de los dividendos en sede de la persona física es el mismo, provengan o no los dividendos de una ETVE. El beneficio distribuido se considerará renta del ahorro⁶⁷.

- Transmisión de la participación de la ETVE. La renta generada con ocasión de la transmisión de esta participación por una entidad o persona física no residente puede desglosarse en cuatro partes, considerando únicamente no obtenida en territorio español aquellas rentas a las que se refieren los dos primeros apartados⁶⁸:

a) Las correspondientes, en primer término, a reservas dotadas con cargo a los dividendos y plusvalías de fuente extranjera exentos en aplicación de este régimen especial.

⁶⁶ SANZ GADEA, Eduardo (2001): “El régimen fiscal de las entidades de tenencia de valores extranjeros en la Ley 6/2000”. Tribuna Fiscal. Números 130 y 131.. Pág. 86. El beneficio de la exención se vuelve inoperativo, sin posibilidad de prueba en contrario, cuando el perceptor resida en un territorio calificado de paraíso fiscal.

⁶⁷ Art. 108.1.b. LIS.

⁶⁸ Al igual que sucedía con los dividendos este beneficio no resulta de aplicación cuando el perceptor resida en un país o territorio calificado de paraíso fiscal.

b) El mayor valor sobre el contable de las participaciones sobre entidades no residentes cualificadas para disfrutar del régimen especial. Se trata, en definitiva, de beneficios generados por la sociedad extranjera participada no distribuidos en el momento de la transmisión de la participación.

c) Las plusvalías tácitas de la ETVE con origen distinto al mayor valor de las participaciones en entidades no residentes.

d) Las reservas generadas por la ETVE, derivadas de beneficios ajenos al régimen especial o de participaciones en entidades no residentes no cualificadas para disfrutar del régimen de exención.

Cuando el beneficiario de la renta es sujeto pasivo de la imposición societaria o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes con establecimiento permanente en territorio español, los beneficios percibidos darán derecho a la exención en sus términos generales de aplicación. La intervención de una persona física residente como transmitente no introduce especialidad alguna, siendo de aplicación las reglas generales de tributación.

IV.2.- Las bases de un modelo teórico de corrección de la doble imposición internacional de los beneficios empresariales bajo un esquema de consolidación fiscal.

IV.2.1.- El fundamento económico de la consolidación de los resultados de las empresas del grupo.

¿Por qué la formulación de unos estados financieros consolidados?. Hace años se afirmaba que se trataba de una normativa exclusivamente mercantil. Cuestiones tales como la protección de los socios externos de los grupos de sociedades, las garantías de acreedores, responsabilidad del grupo a efectos materiales y en un sentido más amplio el propio derecho material de los grupos, carecían de atención alguna por parte de los reguladores⁶⁹. Décadas más tarde puede decirse que esta realidad formal persiste⁷⁰. Las cuentas consolidadas siguen entendiéndose como un complemento de los

⁶⁹ ALVÁREZ MELCÓN, Sixto (1993): Consolidación de estados financieros. Mc Graw Hill. Madrid. Págs 1 y 2.

⁷⁰ Como señalan BORRÁS AMBLAR, Fernando y NAVARRO ALCÁZAR, Jose Vicente (2016): Impuesto sobre Sociedades (2). Ediciones CEF. Pág., 1034, “(...) si nos movemos en el plano jurídico, el grupo de sociedades no tienen el mismo grado de reconocimiento y sustantividad. No es un sujeto independiente, no tiene personalidad jurídica propia. Siguen subsistiendo, con su personalidad jurídica, las sociedades que lo

estados financieros individuales, con una información adicional de incuestionable valor, que “digiere” las transacciones intragrupo con la finalidad de transparentar realidades particulares potencialmente distorsionadas por la realización de operaciones entre partes “fuertemente” vinculadas, no definitivamente cerradas con terceras personas o entidades independientes.

El grupo no es un artificio. Las transacciones internas no son, por tanto, su fundamento, son su consecuencia inevitable. En un ámbito particularmente global es difícil visualizar un despliegue de un grupo empresarial sin la intervención o participación activa de las denominadas compañías “holding”, cabeceras del grupo de sociedades, entendidas como entidades especializadas en la gestión de participaciones de control. Estamos ante un control necesariamente flexible, adaptado a una estrategia de crecimiento y expansión, en un marco definido por la dispersión geográfica, la convivencia de muy desiguales niveles de madurez de las inversiones ya realizadas, la posible concurrencia de actividades no necesariamente relacionadas y la presencia puntual de intereses minoritarios o, incluso, participaciones de control conjunto.

Estamos ante una función de naturaleza esencialmente financiera. Las necesidades de financiación de muy diferente índole han de ser eficientemente atendidas, permitiendo el acceso, desde cualquier compañía integrante del Grupo, a los mercados financieros y garantizando, sin costes adicionales, el desplazamiento interjurisdiccional de los recursos financieros disponibles por el Grupo a nivel global. Ha de responder a los requerimientos de retribución del capital propio, a las exigencias de reestructuración, de acceso a los nuevos mercados y de expansión internacional, así como, igualmente, prever la eventual y posterior “salida” o desinversión.

Se produce de esta forma un choque de “trenes”. Una realidad jurídico formal que atiende, como instrumento esencial de la protección de los intereses de acreedores y socios minoritarios, a los estados contables individuales. La formulación consolidada solo les otorga información adicional, pero no les atribuye una garantía o protección añadida. Los mercados financieros, por el contrario, vehículo en el que se negocian entre otras, las participaciones en capital, centran su interés en la evolución del grupo. Nos referimos, en ambos casos, a un “interés” en una sociedad individual. Poco resulta

conforman, por lo cual quien actúa en el tráfico como sujeto de derechos y obligaciones es cada sociedad individual”.

relevante para el derecho mercantil cuando articula los mecanismos protectores, particularmente desde la perspectiva de integridad patrimonial. Analistas e inversores centran su atención en el resultado consolidado. A él se refieren las compañías para definir, por ejemplo, su política de dividendos en términos de “pay out”, provocando un difícil pero necesaria adaptación y ajuste entre la magnitud consolidada, base del criterio de reparto, y magnitud individual como resultado definitivamente a distribuir.

Entre ambas fronteras, jurídico - formal y económica- financiera reside como variable central del debate la renta, expresión del beneficio desde una perspectiva mercantil y de la base imponible como representante esencial de la capacidad de contribución fiscal. Prescindiendo en el análisis de la potencialidad distorsionadora de los resultados individuales “a merced” de las transacciones vinculadas y de la correspondiente réplica preventiva desde “celo” normativo, tan perniciosa la primera como invasiva la segunda, es difícil, desde una perspectiva eminentemente económica apreciar en el seno de un grupo empresarial una magnitud más representativa de su desarrollo operativo que el resultado consolidado. La vigilancia de los criterios de independencia en las transacciones intragrupo no puede desconocer que éstas, en muchas ocasiones, encuentran únicamente sentido en el “rol” parcial que cada entidad desempeña en un conjunto, sin que un análisis de comparabilidad pueda alcanzar, en numerosas ocasiones, paralelismo alguno con prácticas de mercado. Por encima de cualquier otra consideración, el resultado consolidado evidencia la renta del grupo empresarial, magnitud en la que debería inspirarse cualquier mecanismo para delimitar su alcance objetivo de aplicación. Cuando la intervención de un instrumento “crea” una renta que no es posible encontrar en el resultado consolidado, simplemente la inventa. En el ámbito fiscal, esto conduce directamente a una sobreimposición económica.

IV.2.2.- Causas inspiradoras de la fiscalidad consolidada.

Hemos destacado el carácter opcional y especial del modelo español de fiscalidad consolidada de los beneficios empresariales. La superposición de un marco supranacional añade únicamente una muy desigual penetración de este régimen de tributación en las regulaciones comparadas. Este conjunto de atributos alejan la configuración doméstica e internacional de la consolidación fiscal de los fundamentos constitutivos de la agregación, ajustada por homogeneizaciones y eliminaciones, de los estados financieros individuales. Mucho se ha discutido en la Hacienda Pública respecto del papel del Impuesto sobre Sociedades, particularmente desde la observación de una

capacidad económica independiente de la presentada por los tenedores últimos, siempre personas físicas, de las participaciones sociales. Dos filosofías económicas y fiscales contrarias ponen de manifiesto dos visiones extremas al respecto. Por un lado, los que conciben el gravamen societario como impuesto absolutamente autónomo, basado en la independencia de la sociedad respecto de los socios que lo integran⁷¹. Afirmar que una entidad es un mero conducto a través del que la renta generada en base societaria fluye a los socios equivale a ignorar la realidad de las sociedades actuales. Frente a ellos, la configuración integral de la imposición sobre la renta, en el que el gravamen societario únicamente puede aspirar, bajo esquemas de diferimiento o transparencia, a un limitado papel de “pago a cuenta”, ya sea por razones financieras, de garantía del crédito tributario o de asignación jurisdiccional de la potestad tributaria al estado de la fuente, de un tributación definitiva que únicamente podrá tener lugar en sede de las personas físicas⁷². Dicho en otros términos: *“Obviamente, todos los impuestos en última instancia recaen sobre alguien, es decir sobre personas naturales. Los beneficios de las sociedades son parte de la renta de los accionistas, y siguiendo el espíritu del enfoque de la afluencia del impuesto sobre la renta, deberían ser gravados como parte de su renta. No hay ninguna razón por la cual tenga que establecerse un exceso de tributación o un tratamiento preferente para las mismas”*⁷³.

No parece que el desdoblamiento de una actividad económica en diferentes entidades, jurídicamente independientes, pero integradas en una unidad de decisión pueda sugerir la observación de unas fuentes de renta adicionales más allá de las que se pueden apreciarse en términos consolidados⁷⁴. La discutible aplicación de un gravamen “adicional”, en términos de imposición societaria, sobre las ganancias generadas por las entidades jurídicas, más allá de la tributación ulterior que acontecerá en sede de la imposición personal sobre la renta de las personas físicas, cuando aquellos beneficios se

⁷¹ Esta concepción de la imposición societaria se denomina por la Hacienda Pública como “sistema clásico” o “doble imposición integral”, cuyo principal defensor ha sido Richard Goode (GOODE, Richard (1973): el impuesto sobre Sociedades. Instituto de Estudios Fiscales. Ministerio de Economía y Hacienda. Madrid).

⁷² El apoyo primario de esta concepción consiste en lo que McLure, E (1980): Must Corporate Income Be Taxed Twice?. The Brookings Institutions . Washington. Pág. 20 ha denominado “Conduit theory”, esto es, en considerar a la sociedad como un mero conducto, sin capacidad tributaria independiente, a través del cual el impuesto se genera y transmite desde la sociedad a sus socios.

⁷³ MUSGRAVE, Richard A. y MUSGRAVE, Peggy B. (1991): Hacienda Pública. Teórica y Aplicada. McGraw-Hill. Pág. 460.

⁷⁴ El debate sobre la personalización del gravamen comparte aspectos comunes en el ámbito persona física socio – sociedad y sociedad socio – sociedad matriz. Véase NIKOLOKAKIS, Angelo (2008): The common Law perspective on the international and EC aspects of groups of companies in International an EC Tax aspects of groups of companies. IBFD.

realicen en forma de dividendos o plusvalías, no parece habilitar una superposición indefinida de gravámenes sobre el mero flujo o recorrido de las rentas a lo largo de la estructura societaria. El reparto intragrupo de beneficios implica un mero traspaso de fondos entre las reservas de las entidades intervinientes, sin ello tenga implicación o provoque alteración alguna en el estado de patrimonio neto consolidado. Estamos ante una única renta, la que surge en sede de la entidad controlada en el desarrollo de su actividad económica. Esta renta es acreedora de una imposición, la que corresponde únicamente a la jurisdicción de su obtención y de residencia de la entidad titular de dicha actividad. La superposición impositiva con ocasión de la transferencia de recursos financieros desde las entidades filiales hacia la entidad matriz en forma de participaciones en beneficios nos acerca más a la categoría de gravamen sobre transacciones financieras, que a un impuesto que pretenda recaer sobre una nueva o diferente manifestación de una capacidad económica.

Este elemento característico de las relaciones entre entidades sujetas a un mismo poder de decisión, así como cualquier otra que se manifiesta en la enorme diversidad de las transacciones intragrupo, definidas a partir de la autonomía en la organización de los flujos internos, no parece ser el criterio inspirador de configuración en su versión actual de la tributación consolidada. El reconocimiento de una captura inadecuada de la capacidad económica, medida en términos de renta, a partir de los resultados individuales, distorsionados o alterados, por las relaciones estrechamente vinculadas, no constituye el fundamento de la construcción del régimen especial tal y como lo conocemos. Son, por el contrario, un conjunto de elementos los que condicionan una configuración limitada o de “segundo nivel” de este modelo agrupado de tributación que, sin lugar, coartan su potencialidad como solución a múltiples “encrucijadas fiscales” y, entre ellas, la sobre imposición económica de los beneficios económicos generados a través de la intervención de un conjunto de entidades organizadas bajo un único poder de decisión. Como elementos de la conceptualización desdibujada de este esquema de tributación podremos destacar los siguientes:

- Su carácter voluntario, que contrasta claramente con la obligatoriedad de la consolidación mercantil. En el ámbito fiscal se requiere del acuerdo previo de todas y cada una de las entidades que integren el grupo fiscal.

- El alcance meramente doméstico de la tributación consolidada, frente a un régimen mercantil que ignora fronteras.
- En la regulación mercantil el vínculo es el control efectivo. La normativa fiscal, esencialmente más restrictiva, el dominio se evalúa en función de un porcentaje de participación en el capital muy reforzado – 75% o 70% en algunos casos -, y se posea la mayoría de los derechos de voto.
- Las reglas de consolidación fiscal contiene importantes especialidades. La homogeneización temporal viene impuesta mediante criterios fiscales específicos, en tanto que la homogenización valorativa mercantil no se considera, ya que la base imponible consolidada no parte del resultado contable sino de la agregación de las bases imponibles individuales⁷⁵.

IV.2.3.- La configuración de un modelo de corrección de la doble imposición económica internacional bajo los parámetros de la consolidación fiscal.

La intervención del sistema corrección de la doble imposición se ha limitado a relaciones de control, definidas a partir de un porcentaje de participación o un nivel de inversión que se considera significativo o relevante. ¿Cuál es el fundamento de este discriminatorio tratamiento, particularmente radical, establecido sobre la base del grado de participación en la sociedad que distribuye los beneficios?. Es evidente, que este aspecto no incorpora matiz alguno a la doble imposición económica que opera sin diferencia con independencia de la temporalidad y relevancia de la participación⁷⁶. Posiblemente, se aprecia en el dividendo una categoría accesorio de renta no merecedora de una atenuación del doble gravamen, perspectiva que se transforma cuando se alcanza una participación considerada significativa dado que en este caso la distribución de beneficios está estrechamente asociada a las necesidades financieras del grupo o más, simplemente, aun desplazamiento “natural” de sus recursos. Una corrección deficiente conllevaría la incomunicación fáctica de los recursos propios de las entidades integrantes del mismo grupo. En cualquier caso, la existencia de un argumento adicional en favor de una eliminación plena de la doble imposición cuando

⁷⁵ BORRÁS AMBLAR, Fernando y NAVARRO ALCÁZAR, Jose Vicente: Op. Cit. Pág., 1042

⁷⁶ Señala SANZ GADEA, Eduardo: (2015) el resultado financiero en el IS. Dividendos y plusvalías de cartera. Requisitos (II). Ed. CEF. Pag. 203, “*el requisito de participación significativa está muy extendido, por más que su justificación técnica sea discutible.*

En este sentido, un reciente informe de una comisión nombrada al efecto por la autoridad fiscal noruega ha propuesto, en relación con el requisito de participación significativa, pura y simplemente, su eliminación”.

estamos en presencia de una participación de control, no resta un ápice de crítica a la insuficiente de la corrección establecida con carácter general⁷⁷.

El desplazamiento intragrupo de resultados y/o reservas constituyente meramente la parte más intrínseca de una función de naturaleza esencialmente financiera. Las necesidades de financiación de muy diferente índole han de ser eficientemente atendidas, permitiendo el acceso, desde cualquier compañía integrante del Grupo, a los mercados financieros y garantizando, sin costes adicionales, el desplazamiento interjurisdiccional de los recursos financieros disponibles a nivel global. Ha de responder a los requerimientos de retribución del capital propio, a las exigencias de reestructuración, de acceso a los nuevos mercados y de expansión internacional, así como, igualmente, prever la eventual y posterior “salida” o desinversión. La estructuración del grupo, en términos de definición relaciones directas e indirectas de control, resulta decisiva para un escenario de eficiencia impositiva definida en términos de movilidad perfecta, sin intrusismos fiscales, de los recursos financieros disponibles. El desempeño de esta actividad puede resultar afectada por la intervención de mecanismos de imposición de diferente alcance y naturaleza. La ausencia de corrección o una eliminación deficiente tendrá trascendencia en la estructuración de los flujos financieros intragrupo. No existe un escenario más inaceptable e ineficiente desde perspectiva impositiva que aquel que en el surge un gravamen sin la concurrencia de correspondiente renta. Se convierte en el mejor abono para una cadena ilimitada de ineficiencias. En lugar de una renta en forma de participación en beneficios, aflorará un recurso en forma de préstamos. En sustitución de un ingreso gratuito, aparecerá, erosionando la base imponible, un gasto en forma de coste financiero. El flujo financiero de las entidades participadas hacia las sociedades de control, será interceptado por una red de estructuras “subholding”, adecuadamente localizadas y dimensionadas económicamente. El trasvase de recursos en el marco de un grupo financiero, sin que pueda derivarse del mismo un ápice de apreciación de renta, no puede descansar en la intervención solapada de reglas domésticas, supranacionales adaptadas al derecho interno, y convenidas. La referencia a una única renta, cuantificada a efectos fiscales como base imponible consolidada, introduce los “inputs” adecuados

⁷⁷ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Ignacio y SIEIRO CONSTENLA, María Milagros (2002): La doble imposición económica interna. Su corrección en España. Impuestos.. Pág.11

para una actuación limitada de los mecanismos de corrección de la doble imposición extramuros del grupo económico. Todo ello con arreglo a los siguientes fundamentos:

- Nada compete a estos instrumentos correctores cuando estamos ante una “renta” individual que no es posible encontrar en el resultado consolidado. La sobreimposición únicamente puede pretender encontrarse y, por tanto, aspirar a corregirse, en el ámbito de relaciones societarias sin concurrencia de control efectivo.

- La imposición de salida, manifestación del gravamen potencialmente responsable de la doble tributación jurídica internacional, carece de particular sentido en el marco de las transferencias de beneficios entre empresas sujetas a una misma unidad de control. Pretender encontrar una renta de la entidad matriz en el estado de residencia de su entidad filial con ocasión de la distribución de resultados o reservas constituye una ficción. Efectivamente, la sociedad dominante obtiene en este estado una únicamente una renta. Aquella que se pone de manifiesto con ocasión de la actividad realizada por su sociedad dependiente, merecedora, sin lugar a dudas, de al correspondiente y única imposición.

- La intervención de los mecanismos clásicos correctores, imputación y exención, llevan a la definición de una tributación de los beneficios transferidos compartida, en cuanto potencialmente corregida, en el primer supuesto, y de tributación definitiva en origen en el segundo. La definición de la fiscalidad de los beneficios obtenida por los grupos empresariales dependería, entonces, de una suerte “descoordinada” de reglas de eliminación o atenuación, habilitadas en base a una combinación desarmonizada de reglas de diferente rango.

- Es difícilmente aceptable un gravamen cuyo hecho imponible en términos económicos consiste en el mero intercambio de reservas entre entidades pertenecientes a un mismo grupo. La legítima aspiración recaudatoria de las jurisdicciones fiscales implicada debe reservarse para el momento ulterior a la determinación del resultado consolidación mediante criterios de asignación o reparto atendiendo a la contribución económica, en términos funcionales de asunción de riesgos, de las diferentes unidades jurídicas integrantes del grupo.

V.- La vigilancia de las operaciones vinculadas. de la corrección de valores a la asignación de bases imponibles.

V.1.- Los precios transferencia en el marco de las operaciones intragrupo.

Dos son las cuestiones que sugiere la problemática de los denominados "precios transferencia"⁷⁸: La necesidad arbitrar, por un lado, instrumentos eficaces que permitan hacer frente al desplazamiento interjurisdiccional de beneficios, y evitar, desde una óptica opuesta, situaciones de doble imposición económica internacional en los supuestos de corrección incompleta o ajuste unilateral de los precios vinculados.

El principio básico de valoración de las transacciones intergrupo, aceptado comúnmente por las Administraciones fiscales y asentado en el reconocimiento de la soberanía fiscal de los Estados sobre los beneficios que se producen dentro del territorio, tiene su principal apoyo normativo en el Modelo Convenio de la OCDE⁷⁹. *“declaración que otorga carácter oficial al principio de plena competencia”*⁸⁰. De acuerdo con este criterio, se otorga la posibilidad a la Administración Tributaria de acudir a los precios que serían acordados en condiciones normales de mercado, como regla de valoración, cuando las transacciones económicas o financieras tienen lugar entre entidades vinculadas. Al efecto se articulan una doble tipología de métodos de valoración, según se basen en las operaciones o en los resultados. La aplicación de este criterio parte del supuesto de que las operaciones vinculadas encuentran su réplica en el mercado “independiente” y de que los precios fijados a tal efecto se determinan por las fuerzas normales de la libre competencia. La realidad, no obstante, es muy diferente. Existen a veces factores de diferente naturaleza, que modifican las reglas que se pueden considerar normales en una economía de mercado. Determinadas transacciones, además, que se realizan entre las empresas que forman de un grupo no tienen un mercado que reúna la condiciones mínimas de lo que se entiende por un mercado de libre competencia. Finalmente, muy frecuentemente, las mercancías o servicios transmitidos no son iguales, ni siquiera similares a los suministrados por empresas independientes. Este es el caso típico de la transferencia de tecnología⁸¹.

⁷⁸ Conocidas en nuestra legislación interna - artículo 18 LIS - como *"operaciones vinculadas"*.

⁷⁹ Art. 9 del OCDE (2014).

⁸⁰ OCDE (2014) Directrices en materia de precios transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias. Instituto de Estudios Fiscales. Julio . Pág. 44

⁸¹ GONZÁLEZ POVEDA, Victoriano (1993): "Precios de transferencia" (El nuevo informe integrado de la OCDE). Cuadernos de Formación. Inspección de tributos. Escuela de Hacienda Pública. Instituto de Estudios Fiscales. Número 26.

La aplicación de un ajuste “primario” en un marco transfronterizo deviene inmediatamente en una doble imposición económica del resultado de la transacción revisada. Las directrices internacionales contemplan dos instrumentos correctores. El procedimiento amistoso, como “medio tradicional de resolver las controversias relativas a la aplicación de los Convenios de doble imposición” y el ajuste correlativo, que puede desarrollarse como parte del procedimiento amistoso, que conduce a una corrección a la baja de la deuda tributaria de la empresa asociada en el otro Estado o que la primera Administración tributaria actuante acepte reducir (o eliminar) el ajuste primario, de manera que la reasignación de utilidades no produzca doble tributación. No obstante, como advierten la propias Directrices en materia de precios transferencia, *“los ajustes correlativos no son obligatorios, habida cuenta de la regla según la cual las Administraciones tributarias no están obligadas a alcanzar un acuerdo dentro del procedimiento amistoso. En virtud del párrafo 2 del artículo 9, una Administración tributaria solamente debería efectuar un ajuste correlativo en la medida en que considere el ajuste primario justificado, tanto en principio como en lo que se refiere a su cuantía. La naturaleza no obligatoria de los ajustes correlativos es necesaria a fin de que una Administración tributaria no se vea forzada a aceptar las consecuencias de un ajuste arbitrario o caprichoso realizado por otro Estado. También es importante además, para respetar la soberanía fiscal de cada país miembro de la OCDE”*⁸².

Otros efectos se adivinan en la utilización de los precios transferencia que tal vez no se corrigen - si es que deben corregirse - mediante el ajuste bilateral. Es el denominado ajuste secundario. *“Para que el reparto efectivo de utilidades sea conforme con el ajuste primario del precio de transferencia, algunos países que han propuesto un ajuste de precios de transferencia asumen, en virtud de su ley nacional, la existencia de una operación presunta (operación secundaria), en la cual el excedente de utilidad resultante del ajuste primario se trata como si hubiese sido transferido, de una u otra forma, y, en consecuencia, estuviese sujeto a imposición”*⁸³.

La actuación anticipada ante un potencial escenario de conflicto, derivado de un primer ajuste y su correlativo doble gravamen, ha derivado en el desarrollo de mecanismos

⁸² OCDE (2014): Directrices en materia de precios transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias. Instituto de Estudios Fiscales. Julio. Pág. 167 y ss.

⁸³ Directrices de la OCDE en materia de precios transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias. Instituto de Estudios Fiscales. Julio 2010. Pág. 180. Señala PRADA LARREA, José Luis: "Precios de transferencia y sentido de los ajustes en la fiscalidad interna e internacional". Carta Tributaria. Número 230. Pág. 4.

complementarios. El establecimiento unos intervalos de garantía, entendidos como intervalos de tolerancia en el que los precios vinculados puedan fluctuar y reflejar los cambios en las condiciones del mercado, no parece ser la práctica seguida por las Autoridades fiscales. La vía emprendida es la de acuerdos previos unilaterales, suscritos entre la Administración tributaria y el contribuyente, o bilaterales o multilaterales, acuerdo en el que concurren dos o más estados⁸⁴.

En el ámbito de la Unión Europea, con la finalidad esencial de garantizar "...la supresión de la doble imposición dentro de la Comunidad", considerada como un obstáculo para la libre circulación de capitales, se suscribió el "*Convenio relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas*"⁸⁵. Esta disposición parte de la oportunidad del ajuste con arreglo a la aplicación de tres principios:

- El Convenio reconoce la potestad de los Estados para rectificar los beneficios de las empresas asociadas en términos idénticos al Modelo de Convenio de la OCDE.
- La corrección del beneficio está condicionada a que exista vinculación⁸⁷. El primer supuesto se produce cuando una empresa de un Estado participa directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado, o que las mismas personas participan directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado.
- Partiendo de una situación de vinculación, será necesario probar siempre que los precios pactados difieren de los normales en el mercado, ya que la vinculación, por si

⁸⁴ Un acuerdo previo, en términos anglosajones un *Advance pricing arrangement* ("APA"), se define de acuerdo con el Glosario de términos Directrices de la OCDE en materia de precios transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias. Instituto de Estudios Fiscales. Julio 2010. Pág. 33 como "*un acuerdo de esta clase permite determinar, previamente a la realización de operaciones vinculadas, un conjunto de criterios apropiados (en particular, el método que se ha de utilizar, comparables y los ajustes que se han de efectuar, así como las hipótesis fundamentales respecto a la evolución futura) con el fin de determinar los precios de transferencia aplicables a esas operaciones durante un período dado. Un acuerdo previo sobre precios de transferencia puede ser unilateral cuando sólo interviene una Administración tributaria y un contribuyente o multilateral cuando intervienen dos o más Administraciones tributarias*".

⁸⁵ 90/436/CEE. Convenio relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas (Diario Oficial nº L 225 de 20/08/1990 p. 0010 – 0024).

⁸⁶ En este ámbito, cabe destacar la adopción de las sucesivas actas de adhesión de Bulgaria y Rumania, para luego Croacia, a través de las cuales los nuevos Estados miembros se adhirieron al Convenio y al Protocolo.

⁸⁷ El Convenio de la CEE, al igual que los Convenios bilaterales para evitar la doble imposición, prescinde de establecer condiciones concretas que delimiten la existencia o no de vinculación entre las dos empresas.

sola, no es una presunción legal de la existencia de precios diferentes a los libre competencia.

La aplicación de la corrección del beneficio obtenido por una empresa asociada va presidida por el principio de transparencia en las actuaciones. Tanto las empresas afectadas por el ajuste como los terceros Estados implicados deben conocer la intención del Estado que propone el ajuste. El Estado contratante que vaya a ajustar los beneficios de una empresa asociada deberá informar, con suficiente antelación, de su intención a esta empresa, de forma que ésta tenga la posibilidad de informar a la otra empresa y ésta, a su vez, pueda informar al otro Estado contratante. Si tras este intercambio de información, las dos empresas y el otro Estado aceptan la corrección propuesta por el primer Estado, el procedimiento se da por concluido, corrigiéndose la doble imposición económica con arreglo a los métodos previstos en el Convenio⁸⁸.

La empresa asociada a la que la Administración fiscal propone la corrección de sus beneficios puede no aceptar la corrección propuesta por entender que no se han respetado los principios básicos que condicionan el ajuste, bien porque no se den, a su juicio, los requisitos exigidos para considerar asociadas a las dos empresas, bien porque estime que los beneficios registrados, a pesar de estar asociadas, no son distintos a los que se hubieran obtenido de ser empresas independientes, puede dirigirse, dentro del plazo de tres años a partir de la notificación de la medida a la Autoridad competente del Estado del cual es residente y presentar su caso para que sea resuelto a través de un procedimiento amistoso⁸⁹, quedando aquella obligada a comunicarlo a las Autoridades competentes de los otros Estados.

El procedimiento concluye si la Autoridad competente ante la que se plantea la cuestión estima infundada la reclamación planteada por la empresa. En el supuesto de que esta Autoridad competente encuentre procedente, por el contrario, la reclamación y la vista de la información en su poder considera que el ajuste no cumple las condiciones del Convenio procederá, si de ella depende, a anularlo en consecuencia. En caso de que la Autoridad competente no puede dar por sí sola una solución satisfactoria *"se esforzará en resolver el caso mediante un acuerdo amistoso con la Autoridad competente de*

⁸⁸ Artículo 14 del Convenio 90/436/CEE.

⁸⁹ La empresa puede optar por resolver este conflicto utilizando los recursos ordinarios que le ofrece la ley nacional del Estado en que reside o en que está situado su establecimiento permanente, de forma independiente y compatible a la utilización del procedimiento que le ofrece el Convenio.

cualquier otro Estado contratante interesado con vistas a evitar la doble imposición, con arreglo a los principios enunciados en el artículo 4...⁹⁰.

En el supuesto de que un plazo de dos años el procedimiento amistoso no concluya con una solución que suprima la doble imposición, el Convenio impone la apertura de un procedimiento arbitral: las Autoridades competentes *"constituirán una comisión consultiva, a la que encargarán que emita un dictamen sobre la forma de suprimir la doble imposición"*, el cual deberá emitirse en el plazo de seis meses⁹¹. *"(...) las autoridades competentes partes en el procedimiento... adoptarán, de común acuerdo, (...), una decisión que garantice la supresión de la doble imposición en un plazo de seis meses contado partir de la fecha en que la comisión consultiva haya emitido su dictamen"*, pudiendo apartarse de las recomendaciones contenidas en el mencionado dictamen. A diferencia de lo que sucede en el procedimiento amistoso regulado en los convenios bilaterales de doble imposición, la falta de acuerdo de las Autoridades de los dos Estados no agota el procedimiento, dado que el Convenio comunitario impone una solución: *"si a este respecto no alcanzasen acuerdo alguno, estarán obligadas (las autoridades competentes) a atenerse al dictamen emitido"*⁹².

Principio libre competencia, documentación específica, acuerdo de valoración corrección primaria, bilateralidad y ajuste secundario, constituyen elementos estructurales de la construcción del régimen interno español de operaciones vinculadas, con el matiz relevante de que la corrección correlativa tiene, lógicamente dada la naturaleza de la regulación, un alcance meramente doméstico⁹³. Este marco no debe desdibujar la idea de que *"la regulación de las operaciones vinculadas tiene un marcado carácter anti-elusivo y un claro objetivo de prevención del fraude fiscal"*⁹⁴

⁹⁰ Artículo 6.2. del Convenio 90/436/CEE.

⁹¹ Artículo 11.1. del Convenio 90/436/CEE.

⁹² Artículo 12 del Convenio 90/436/CEE.

⁹³ La regulación española de las denominadas operaciones vinculadas está, básicamente, contenida en el art. 18 Lis y en los artículos 17 a 36 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades aprobado por Real Decreto 634/2015, de 10 de julio.

⁹⁴ LAGOS RODRÍGUEZ, M^a Gabriela y ALCARAZ RUIZ, Sonia (2015): El tratamiento fiscal de las operaciones vinculadas en el nuevo Impuesto sobre Sociedades. Crónica Tributaria. Núm. 156. Como señala MARTIN, José (2010): Las operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades. Ed. Bosch. Barcelona, en el marco de la Sentencia del Tribunal Supremo 184/2007, de 10 de enero, *"la finalidad primordial de los precios transferencia es trasladar los beneficios de una empresa a otra, lo que puede suponer si se trata de dos entidades sujetas a una misma soberanía fiscal, la elusión del pago del Impuesto sobre Sociedades dado que los beneficios se tenderán a situar en aquella sociedad o sociedades del grupo con una situación permanente o cuasi-permanente de pérdidas de manera que éstas absorban la totalidad o la mayor parte de aquéllos. Este traslado de beneficios mediante los precios transferencia se realiza,*

V.2.- El reparto de la base imponible consolidada como instrumento de asignación interjurisdiccional del resultado de las operaciones vinculadas.

La motivación subyacente en el conglomerado de normas relativas a las transacciones vinculadas es la protección de la base imponible nacional, ante una asignación “artificial” de sus resultados, buscando menores costes impositivos en base al arbitraje de tipo impositivos divergentes. Ante esta amenaza, el principio de plena competencia – “*arm’s length principle*”– se constituye como núcleo de la valoración de las operaciones vinculadas y del mecanismo de corrección para cuya aplicación se faculta expresamente en este ámbito a las Administraciones tributarias.

La intervención absoluta de este criterio ante el universo transfronterizo de las operaciones relacionadas, particularmente en el ámbito de los grupos empresariales, está rodeada de limitaciones o incapacidades cuyo alcance ha de evaluarse con la finalidad de concluir respecto de la fiabilidad de la asignación de los resultados de las transacciones afectadas desde la perspectiva de la contribución de las empresas asociadas, localizadas en diferentes jurisdicciones fiscales. Pueden señalarse, a este respecto, los siguientes aspectos críticos de la aplicación de este principio sobre las realidades empresariales supranacionales.

- No puede establecerse una identificación unívoca entre operación vinculada y transacción intragrupo. Esta última está dotada de un elemento que la cualifica especialmente. Su pertenencia como elemento intrínseco imprescindible para la efectividad del objeto social del grupo económico sometido a una unidad de decisión común. Las economías de escala, la interrelación de actividades diversas generadas por la integración de las empresas, particularmente en el ámbito de “*bienes altamente especializados en intangibles exclusivos y/o en la prestación de servicios especializados*”. Se trata, en definitiva, de transacciones únicamente entendibles en términos, absolutamente, fuera de la lógica de las reglas de mercado conforme a pautas de relaciones individuales.

- El análisis de comparabilidad descansa en dos ejes centrales, la asunción de riesgos y la asignación de funciones. La evaluación y conjunción de ambos es una tarea, particularmente, compleja. “*El análisis funcional es una tarea exigente tanto para el*

igualmente, entre sociedades sujetas a distintas soberanías fiscales con el fin de colocar los beneficios en el países de menor nivel impositivo”.

*contribuyente como para la Administración ya que requiere, además de contratos y estados económicos-financieros, una investigación, desde una perspectiva económica, de la participación de cada parte vinculada en la transacción analizada (funciones), lo que supone para cada uno en la transacción analizada riesgos) y los recursos que utiliza”*⁹⁵. Todo ello en un marco macroeconómico globalizado, digitalizado y de enorme volatilidad.

- La “vigilancia” del principio de libre competencia se materializa en la aplicación de un conjunto de métodos de valoración denominados “tradicionales” y “basados en la distribución del resultado de las operaciones”. La confluencia, sin jerarquía alguna, de diferentes criterios potencialmente aplicables, evidencia la dificultad de la efectividad del “valor de mercado” ante transacciones vinculadas⁹⁶. Incluso, se prevé la intervención de “otros métodos y técnicas de valoración generalmente aceptados que respeten el principio de libre competencia”, como opción subsidiaria, habilitación, no obstante, dotada, de un elevado grado de inseguridad jurídica⁹⁷. En cualquier caso, no deja de constituir una “puerta” hacia un *“método del reparto global según una fórmula preestablecida”*⁹⁸.

- La “estanquedad”⁹⁹ de la valoración resulta difícilmente compatible con el alcance de las transacciones transfronterizas. Es cierto que conceptualmente “valor en aduana” y “precio transferencia” pueden englobar aspectos no plenamente coincidentes, pero el ajuste de uno u otro, no debería efectuarse en un marco de plena “autonomía, particularmente, considerando. *“que los contribuyentes pueden tener motivaciones contrarias al fijar los valores a efectos aduaneros y fiscales”*. La guía internacional al respecto limita a esta incidencia a recomendar a que *“la cooperación entre administraciones tributarias y aduaneras (...) debería ayudar a reducir el número de*

⁹⁵ CARMONA FERNÁNDEZ, Néstor y Otros (2011): Régimen fiscal de las operaciones vinculadas: valoración y documentación. CISS. Pág. 131. Como señala ORTIZ GARCÍA, José (2015): Nueva regulación de las operaciones vinculadas a partir de 1-1-2015. CISS. la aplicación del principio de libre competencia se prevé en el marco del *“principio de proporcionalidad y suficiencia”* y *“teniendo en cuenta la complejidad y volumen de las operaciones”* (art. 18.2 y 3 LIS).

⁹⁶ En línea con las Directrices de la OCDE en el materia el artículo 18.4 LIS prevé la aplicación, sin prevalencia alguna, de cinco métodos de valoración: Método del precio comparable, método del coste incrementado, método del precio de reventa. Método de la distribución del resultado y método del margen operacional.

⁹⁷ Art. 18.4 LIS

⁹⁸ LAGOS RODRÍGUEZ, M^a Gabriela y ALCARAZ RUIZ, Sonia. Op. Cit. Pág. 125.

⁹⁹ Art. 18.14 LIS. BLASCO MERINO, Joaquín (2015): Operaciones vinculadas. Revista Contabilidad y Tributación. Número 383. Pág. 50.

casos en los que la valoración en aduana no es aceptable a efectos fiscales y viceversa”¹⁰⁰.

- Ya hemos destacado que el “*procedimiento amistoso no obliga a las autoridades competentes a un acuerdo y a resolver sus controversias en materia fiscal*”. A mayor abundamiento las propias Directrices de la OCDE relaciona ámbito de particular dificultad para un desarrollo satisfactorio de dicho mecanismo:

“a) Los plazos de prescripción previstos en el derecho interno pueden imposibilitar los ajustes correlativos, si dichos plazos no se derogan en el correspondiente Convenio Fiscal;

b) El procedimiento amistoso puede durar excesivamente;

c) La participación del contribuyente puede estar limitada;

d) Los contribuyentes pueden encontrar dificultades para conseguir documentos hechos públicos que les indiquen como pueden utilizar el procedimiento;

e) En ciertos casos no existe posibilidad alguna de suspender la recaudación de los descubiertos tributarios, o el devengo de los intereses, mientras está pendiente de resolución el procedimiento amistoso”¹⁰¹.

Este conjunto de limitaciones no resulta, sin embargo, para nada invalidante para la pervivencia e idoneidad del criterio de plena competencia. “*Funciona muy eficazmente en la gran mayoría de los casos*”. “*Ofrece un tratamiento fiscal equitativo para empresas multinacionales y empresas independientes*”. “*Ofrece la posición más próxima al funcionamiento del mercado libre*”. Estas y otras aseveraciones en idéntica dirección, reflejadas en las Directrices de la OCDE en la materia, llevan a concluir en un “*un consenso alcanzado entre países miembros y no miembros para la aplicación del principio de plan competencia, y acuerdan que debe rechazarse la alternativa teórica al principio de plan competencia representada por el reparto de beneficio global según fórmula preestablecida*”¹⁰².

¹⁰⁰ OCDE (2014): Directrices en materia de precios transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias. Instituto de Estudios Fiscales. Julio. Pág. 71 y 72.

¹⁰¹ OCDE (2014) Directrices en materia de precios transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias. Instituto de Estudios Fiscales. Julio. Pág. 171 y 172.

¹⁰² OCDE (2014) Directrices en materia de precios transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias. Instituto de Estudios Fiscales. Julio. Págs. 44 y ss.

Un análisis contradictorio sobre la superioridad del criterio de libre concurrencia ha de partir de la necesaria convivencia de los resultados individuales y consolidados, ya estén los uno y otros mediatizados por variables impositivas. La aplicación del “valor razonable” no es privativa de las magnitudes fiscales. Gobierna, igualmente, la valoración mercantil de las operaciones vinculadas¹⁰³. Su funcionalidad no ha de confundirse. La atribución en exclusiva de la personalidad jurídica a las entidades particulares, los intereses minoritarios o la protección de los terceros, entre ellos las administraciones tributarias, hacen imprescindible, una elaboración, con arreglo a pautas de independencia, de unos estados económico – financieros – individuales. La cuestión reside en determinar si la contribución de un grupo ha de inspirarse e otra magnitud. No se trata, en primer término de ámbito que deba protagonizar, sin más, unos métodos de valoración que busquen el precio independiente en el marco de un complejo proceso de comparabilidad. Se trata de elevar al centro del debate la identificación cuantitativa de la dimensión contributiva, en términos de capacidad económica, del grupo empresarial. Se apunta a la decisión única que lo dirige como fuerza motriz potencialmente distorsionadora de los resultados en sede de las entidades particulares. El resultado consolidado no puede, por el mecanicismo lógico del proceso de integración de la información financiero, atisbo alguno de las alteraciones provocadas por los precios acordados en transacciones vinculadas.

La base imponible consolidada es más que una agregación, tras homogeneizaciones y eliminaciones, de los resultados fiscales individual. Es el resultado, con mayúsculas, del grupo. Si nos referimos a este como motor de una dinámica normativa específica, protectora, particularmente, de la base imponible en cada jurisdicción, tal mención ha de efectuarse en coherencia con lo que aquella dimensión significa. El grupo se despliega jurídicamente a la par a como lo hace globalmente desde la perspectiva de su presencia internacional. Estamos ante un fraccionamiento formal de sus activos y pasivos, de sus ingresos y gastos y, en definitiva, de sus resultados. Referirse a ellos segregadamente implica desarrollar complejas normas, imponer costosas obligaciones formales¹⁰⁴, establecer complejos mecanismos de coordinación internacional, y generar múltiples

¹⁰³ Art. 38 bis del Código de Comercio y Norma de Registro y Valoración 21ª del Plan General de contabilidad aprobado por R.D. 1514/2007, de 16 de noviembre.

¹⁰⁴ OCDE (2014): Las Directrices en materia de precios transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias. Instituto de Estudios Fiscales. Julio 2010. Pág. 46. apunta expresamente a que “*el principio de plena competencia puede convertirse en una carga administrativa tanto para los contribuyentes como para las administraciones tributarias al tener que valorar un número significativo y diverso de operaciones transfronterizas*”.

conflictos entre Administración y contribuyentes y entre las propias administraciones tributarias. Pero, particularmente, significa alejarse del momento “procesal” en el que deben adoptarse, con asignación jurisdiccional de las bases imponibles, las decisiones sobre la contribución impositiva del grupo empresarial. Llegar desde magnitudes fiscales individuales, significa gravar “anticipadamente” resultados todavía inexistentes en términos agregados o diferir su tributación a un momento ulterior con la intervención del mecanismo administrativo de corrección de valoración, con los consiguientes riesgos de subimposición o, por el contrario, de sobreimposición.

VI.- Conclusiones

Los denominados precios transferencia y la corrección de la doble imposición jurídica y económica internacional de los beneficios empresariales constituyen, posiblemente, los dos ejes centrales de la fiscalidad de los grupos societarios entendidos como un conglomerado de empresas sometidas a un único poder de decisión y desplegadas internacionalmente para el desenvolvimiento de sus actividades económicas. En el centro de todas ellas, una sociedad matriz, a la que corresponde en última instancia, a través de mecanismos directos e indirectos, la gestión de las participaciones de control. Su función es esencialmente de naturaleza financiera. La eficiente movilidad interjurisdiccional de los recursos financieros disponibles por el grupo a nivel global constituye una demanda que desde una perspectiva fiscal debe entenderse en términos exclusivamente de neutralidad impositiva. Desde esta perspectiva no existe un escenario más inaceptable que aquel que crea un gravamen sin la concurrencia de la correspondiente renta.

Ambos ámbitos de la fiscalidad encierran dos debates inevitablemente relacionados. El primero de ellos, de carácter esencialmente conceptual, se refiere a la medición de la renta del grupo como magnitud relevante para la definición de la correspondiente imposición societaria. El segundo atiende, por su parte, al momento procesal en el que los beneficios realizados deben ser sometidos a gravamen. El grupo no es una invención. Es una realidad jurídico – formal que parece imponerse en la resolución de ambas cuestiones. Desde una posición meramente económica – financiera estamos ante un fraccionamiento jurisdiccional, meramente instrumental, de activos y pasivos, de ingresos y gastos, y de resultados, que convierte a las transacciones internas en una consecuencia inevitable de ese desdoblamiento formal inherente a su posicionamiento internacional.

En este análisis confluyen sendas confusiones. El tratamiento fiscal integrado de los beneficios generados en sede de un grupo económico no debería asignarse a los instrumentos “tradicionales” de corrección de la doble imposición. Ello conlleva la asunción de presupuestos particularmente cuestionables. La aplicación de un “beneficio” de exención a una renta inexistente en términos consolidados, la determinación, bajo el sistema de imputación, de un gravamen efectivo como consecuencia del solapamiento de una suerte de tipos impositivos desiguales, o la aparición de la imposición de salida, gravamen responsable de la doble tributación

jurídica internacional, basado en la ficción del beneficio atribuido a la entidad matriz en sede del estado de su filial con ocasión del reparto de sus beneficios. El nivel de influencia a efectos de la identificación de una situación de control no incorpora matiz alguno al fundamento de la eliminación de la doble imposición económica y jurídica internacional. Cuestión diferente es la idoneidad de aquellos mecanismos cuando nos enfrentamos ante una renta presidida por una unidad de decisión. El segundo equívoco parte de la asociación unívoca de operación vinculada y transacción intragrupo. Es incuestionable que cualquier relación económica entre entidades sometidas a un único poder de decisión constituye una transacción intragrupo. Cuestión diferente es si la lógica de las operaciones de mercado puede funcionar razonablemente en el marco de operaciones esencialmente concebidas en términos de grupo.

No parece que la desagregación jurídica formal de una actividad económica desempeñada desde una misma unidad de control, permita la observación de manifestaciones de renta adicionales a las que puedan apreciarse consolidadamente. El desplazamiento de resultados y/o reservas intragrupo no puede habilitar una superposición indefinida de gravamen cuyo acoplamiento dependa de una superposición de normas domésticas, convenidas y supranacionales. La sobreimposición con ocasión de la transferencia de recursos financieros nos aproxima más a la categoría de gravamen sobre transacciones financieras, que a un impuesto que pretenda recaer sobre una nueva o diferente manifestación de capacidad económica. Estamos ante el mejor abono para una cadena ilimitada de ineficiencias. La incomunicación fáctica de los recursos del grupo derivará en estructuración financiera “artificial”, donde los recursos gratuitos en forma de dividendos serán sustituidos por préstamos intragrupo, bajo la aparición de una cadena de sociedades “holding intermedias” oportunamente localizadas.

La transacción intragrupo, por su naturaleza, está dotada de elementos que la cualifican particularmente. La efectividad del objeto social del grupo económico se desenvuelve con una identidad exclusiva, claramente diferenciadora, determinada por una interrelación “autóctona” de sus actividades y de las entidades designadas para protagonizarlas. Y todo ello en un marco macroeconómico presidido por la globalización y digitalización, y donde los aspectos intangibles en el valor empresarial adquieren una mayor protagonismo y dimensión. Sobre esta realidad se ha construido un consenso global sobre la bondad del principio de plena competencia como núcleo de la valoración de las operaciones vinculadas intragrupo. No debe desconocerse que el

complejo conglomerado de normas relativas a esta patología tiene su principal fundamento en la protección de la base imponible nacional ante prácticas abusivas basadas en una sesgada asignación territorial de los resultados. Pretender alcanzar fiscalmente la renta del grupo desde magnitudes individuales implica “anticipar” el gravamen de los resultados todavía inexistentes en términos de grupo y descansar su efectividad en el correcto y coordinado funcionamiento de los ajustes administrativos operados por las diferentes autoridades fiscales implicadas.

El debate ha de centrarse en la identificación cuantitativa de la dimensión contributiva del grupo económico en términos de capacidad económica. Cuando la intervención de un instrumento fiscal, ya sea bajo la autoridad del principio de libre competencia o de la soberanía sobre las rentas de fuente nacional, opera sobre una renta que no es posible encontrar en un resultado integrado, simplemente podemos afirmar que la inventa. El reparto intragrupo de beneficios implica una mera transferencia de recursos entre reservas de las sociedades participantes, sin que ello provoque alteración alguna en el patrimonio neto consolidado. Se señala, adicionalmente, al poder de decisión único como fuerza motriz potencialmente distorsionadora de los resultados de las entidades dependientes. Frente a esta amenaza, el resultado consolidado no deja, por el funcionamiento lógico del proceso de integración de la información financiera, margen alguno a las distorsiones provocadas por los precios acordados en transacciones vinculadas.

El resultado financiero agregado, en términos fiscales la base imponible consolidada, constituye la manifestación más auténtica de la renta del grupo como manifestación de su capacidad económica. La potencialidad del régimen ya diseñado a tal efecto no puede ignorarse. Resulta difícil encontrar un instrumento con semejante capacidad para afrontar los retos de la fiscalidad de los grupos económicos desde las perspectivas de integralidad y neutralidad. Ello implica, no obstante, superar determinadas barreras que hasta la fecha han impedido un desarrollo “natural” del denominado régimen especial de consolidación fiscal.

La denominada “especialidad” del esquema de imposición consolidada constituye su principal enemigo. Debe abandonarse su percepción como modelo de tributación privilegiado acreedor de un gravamen diferido, su carácter opcional, así como su alcance meramente doméstico. Su determinación debe inspirarse en la reglas de formulación de

los estados financieros consolidados, prescindiendo de las particularidades derivadas de una consolidación fiscal a partir de bases imponibles individuales. La tributación consolidada debe erigirse como régimen general de los grupos empresariales.

La propuesta comunitaria de Base Imponible Consolidada Común, cuyo despliegue se plantea ahora en dos fases -renta fiscal armonizada y régimen común de tributación consolidada-, choca frontalmente con las Directrices de la OCDE en materia de precios transferencia que además de proclamar la superioridad del principio de plena competencia, rechazan la alternativa teórica representada por el criterio de reparto de beneficios global según una fórmula preestablecida. Sin una “autorización” técnica de estas influyentes orientaciones internacionales es difícil imaginar un despliegue efectivo de la consolidación fiscal. Ambos ámbitos ponen de manifiesto, por otra parte, la profunda interrelación de ambos ejes de la fiscalidad de los grupos económicos.

Finalmente, la legítima aspiración recaudatoria de las jurisdicciones fiscales beneficiadas por las actividades desenvueltas por los grupos empresariales ha de ser atendidas y, por tanto, igualmente protegidas. Ello es perfectamente compatible con un diferimiento del ejercicio efectivo de la potestad tributaria al momento ulterior de la realización de las rentas en términos de resultado consolidado. La aplicación de criterios de asignación o reparto atendido a la contribución económica, en términos funcionales y de asunción de riesgos, de las diferentes unidades jurídicas participantes constituye una variable cuya determinación y, por tanto, acuerdo, resulta inevitable para la resolución de la ecuación que representa la fiscalidad de los grupos empresariales.

VII.- Bibliografía

Obras doctrinales

ALVÁREZ MELCÓN, Sixto (1993): Consolidación de estados financieros. Mc Graw Hill. Madrid.

ARVERAS ALONSO, Carlos (2015): Régimen de consolidación fiscal. Guía del Impuesto sobre Sociedades. Adaptada a la Reforma Fiscal 2015. Ed. CISS.

BLASCO MERINO, Joaquín (2015): Operaciones vinculadas. Revista Contabilidad y Tributación. Número 383.

BORRÁS AMBLAR, Fernando y NAVARRO ALCÁZAR, José Vicente (2016): Impuesto sobre Sociedades (2). Ediciones CEF.

CALDERÓN CARRERO, Jose Manuel y Otros (2014): Todo. Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea. Ed. CISS.

CALDERÓN CARRERO, José Manuel (2011): Reflexiones al hilo de la STJUE X Holding BV sobre el régimen de consolidación en el Impuesto sobre sociedades, la “importación” de pérdidas extranjeras y el derecho de la Unión Europea. Crónica Tributaria. Número 138

CARMONA FERNÁNDEZ, Néstor y Otros (2011): Régimen fiscal de las operaciones vinculadas: valoración y documentación. CISS.

DELOITTE LEGAL (2016): Novedades en el Impuesto sobre Sociedades y otros impuestos. Tax Alert.

DELOITTE (2015): Guide to holding company regimes in Asia Pacific, Europe, and Latin America.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Ignacio y SIEIRO CONSTENLA, María Milagros (2002): La doble imposición económica interna. Su corrección en España. Impuestos.

GARCÍA-ROZADO GONZÁLEZ, Begoña (2015): La reforma del Impuesto sobre Sociedades. Tirant Tributario.

GOODE, Richard (1973): El impuesto sobre Sociedades. Instituto de Estudios Fiscales. Ministerio de Economía y Hacienda. Madrid.

HERRERA MOLINA, Pedro Manuel (2005): http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/fiscalidad internacional/comentarios/2005_13Dic_Herrera.pdf

GONZÁLEZ POVEDA, Victoriano (1993): "Precios de transferencia" (El nuevo informe integrado de la OCDE). Cuadernos de Formación. Inspección de tributos. Escuela de Hacienda Pública. Instituto de Estudios Fiscales. Número 26.

GONZÁLEZ POVEDA, Victoriano (1993): "Régimen fiscal de las Sociedades Matrices y Filiales en la CEE". Noticias CEE. Número 96

GUTIERREZ VIGUERA, Manuel (2015): El nuevo Impuesto sobre Sociedades: aplicación práctica. Ed. CISS.

LAGOS RODRÍGUEZ, M^a Gabriela y ALCARAZ RUIZ, Sonia (2015): El tratamiento fiscal de las operaciones vinculadas en el nuevo Impuesto sobre Sociedades. Crónica Tributaria. Núm. 156.

LAMPREAVE MÁRQUEZ, Patricia (2000): "Entidades de tenencia de valores extranjeros". Impuestos. Número 6.

LÓPEZ LLOPIS; Estefanía (2013): Las operaciones de reducción de capital con devolución de aportaciones. Especial referencia al Régimen de consolidación fiscal del Impuesto sobre Sociedades. Revista de Contabilidad y Tributación. CEF. Números 365 y 366-

LOYENS LOEFF (2015): Holding Regimes. Comparison of Selected Countries.

MARTIN, José (2010): Las operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades. Ed. Bosch. Barcelona.

MARTIN JIMÉNEZ, Adolfo y Otros (2016): Impuestos Directos y Libertades Fundamentales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Aranzadi. Págs 115 a 157

MEMENTO FISCAL (2016). Ed. Francis Lefebvre.

MCLURE, E (1980): Must Corporate Income Be Taxed Twice?. The Brookings Institutions. Washington.

MUSGRAVE, Richard A. y MUSGRAVE, Peggy B. (1991): Hacienda Pública. Teórica y Aplicada. McGraw-Hill. Pág. 460

NIKOLOKAKIS, Angelo (2008): The common Law perspective on the international and EC aspects of groups of companies in International an EC Tax aspects of groups of companies. IBFD.

ORTIZ GARCÍA, Jose (2015): Nueva regulación de las operaciones vinculadas a partir de 1-1-2015. CISS. 201

PALACIOS PÉREZ, José y Otros (2001): Manual de fiscalidad internacional. Instituto de Estudios fiscales.

PRADA LARREA, José Luis: "Precios de transferencia y sentido de los ajustes en la fiscalidad interna e internacional". Carta Tributaria. Número 230

PRICE WATERHOUSE COOPERS (2006): The determination of Corporate Taxable Income in EU member states. Kluwer Law.

SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a Ángeles (1995): La doble imposición internacional en la Unión Europea. La Ley. Madrid.

SANZ GADEA, Eduardo (2001): "El régimen fiscal de las entidades de tenencia de valores extranjeros en la Ley 6/2000". Tribuna Fiscal. Números 130 y 131

SANZ GADEA, Eduardo (2015): El resultado financiero en el IS. Dividendos y plusvalías de cartera. Requisitos (II). Ed. CEF.

Legislación

- Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE 28-XI-2014).
 - Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (BOE 11-VII- 2015)..
 - Real Decreto – ley 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social (BOE 3-12-2016)
 - Ley 37/1991, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (BOE 29-XII-1992)
 - Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (BOE 12-III-2004)
 - Real Decreto 1776/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (BOE 5-VIII-2004)
 - .- Real Decreto de 22 de agosto de 1885 del Código de Comercio
 - Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba Plan General de Contabilidad (BOE 20-XI-2007).
 - Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre (BOE 24-IX-2010)
 - Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2, apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de medidas fiscales urgentes, y 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991 (BOE 13-VII-1991).
 - OECD/G/20 (2015): Base Erosion and Profit Shifting Project.
 - OCDE (2010): Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio.
- Julio

- OCDE (2010) Directrices en materia de precios transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias. Instituto de Estudios Fiscales. Julio.
- .- Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del Impuesto sobre Sociedades (COM 2016/0337)
- Convenio 90/436/CEE, relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas (Diario Oficial nº L 225 de 20/08/1990 p. 0010 – 0024).
- Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del Impuesto sobre Sociedades (COM 2016/0336)
- Comunicado de prensa de al Comisión Europea: “La Comisión propone una importante reforma del impuesto sobre sociedades para la UE”. Estrasburgo, 25 de octubre de 2016.
- Directiva 2011/96/UE/del Consejo, de 30 de noviembre, relativa al Régimen Fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros (DOUE, 29-XII- 2011 (revisada por la Directiva 2014/86/UE, que básicamente modifica el art. 4, apartado 1, letra a), y la Directiva 2015/121/UE que modifica el art. 1, apartado 2).

Jurisprudencia

- SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala) de 13 de diciembre de 2005. Asunto C-446/03, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Reino Unido), mediante resolución de 16 de julio de 2003, recibida en el Tribunal de Justicia el 22 de octubre de 2003, en el procedimiento entre Marks & Spencer plc contra David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)..-

VIII.- Anexos

ANEXO I - REGIMEN DE CONSOLIDACIÓN FISCAL

PAISES

UNIÓN EUROPEA

ALEMANIA	SI APLICA
AUSTRIA	SI APLICA
BELGICA	NO APLICA
BULGARIA	NO APLICA
CROACIA	NO APLICA
CHIPRE	NO APLICA
DINAMARCA	SI APLICA
ESLOVAQUIA	NO APLICA
ESLOVENIA	NO APLICA
ESPAÑA	SI APLICA
ESTONIA	NO APLICA
FINLANDIA	NO APLICA
FRANCIA	SI APLICA
GRECIA	NO APLICA
HOLANDA	SI APLICA
HUNGRIA	NO APLICA
IRLANDA	NO APLICA
ITALIA	SI APLICA
LETONIA	NO APLICA
LITUANIA	NO APLICA
LUXEMBURGO	SI APLICA
MALTA	NO APLICA
POLONIA	SI APLICA
PORTUGAL	SI APLICA
REINO UNIDO	NO APLICA
REPUBLICA CHECA	NO APLICA
RUMANIA	NO APLICA
SUECIA	NO APLICA

OTROS PAISES O TERRITORIOS EUROPEOS

NORUEGA	SI APLICA
SUIZA	NO APLICA
TURQUIA	NO APLICA

NORTE AMÉRICA

CANADA	NO APLICA
EEUU	SI APLICA

OTROS ESTADOS AMERICANOS

ARGENTINA	NO APLICA
BRASIL	NO APLICA
CHILE	NO APLICA
COLOMBIA	NO APLICA

COSTA RICA	NO APLICA
REPUBLICA DOMINICANA	NO APLICA
GUATEMALA	NO APLICA
MEXICO	SI APLICA
PANAMÁ	NO APLICA
PERU	NO APLICA
URUGUAY	NO APLICA
VENEZUELA	NO APLICA
OCEANIA	
AUSTRALIA	SI APLICA
NUEVA ZELANDA	SI APLICA
ASIA	
CHINA	NO APLICA
COREA	SI APLICA
FILIPINAS	NO APLICA
HONG KONG	NO APLICA
INDONESIA	NO APLICA
JAPON	SI APLICA
MALASIA	NO APLICA
SINGAPUR	NO APLICA
TAILANDIA	NO APLICA
TAIWAN	SOLO PARA INSTITUCIONES FISCALES
VIETNAM	NO APLICA
OTROS ESTADOS	
SUDAFRICA	NO APLICA

ANEXO II: EVOLUCIÓN DE LOS TIPOS NOMINALES DE GRAVAMEN EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

País	2017	2016	2015	2014	2013	2012
ALBANIA	15,00%	15,00%	15,00%	15,00%	10,00%	10,00%
ALEMANIA	31,85%	31,85%	31,85%	31,85%	31,85%	31,85%
ARGENTINA	35,00%	35,00%	35,00%	35,00%	35,00%	35,00%
AUSTRALIA	30,00%	30,00%	30,00%	30,00%	30,00%	30,00%
AUSTRIA	25,00%	25,00%	25,00%	25,00%	25,00%	25,00%
BELGICA	33,99%	33,99%	33,99%	33,99%	33,00%	33,00%
BOSNIA	10,00%	10,00%	10,00%	10,00%	10,00%	10,00%
BRASIL	34,00%	34,00%	34,00%	34,00%	34,00%	34,00%
BULGARIA	10,00%	10,00%	10,00%	10,00%	10,00%	10,00%
CANADA	26,58%	26,53%	26,40%	26,40%	35,00%	35,00%
CHEQUIA	19,00%	19,00%	19,00%	19,00%	19,00%	19,00%
CHILE	25,50%	24,00%	22,50%	21,00%	20,00%	18,50%
CHINA	25,00%	25,00%	25,00%	25,00%	25,00%	25,00%
COREA	24,20%	24,20%	24,20%	24,20%	25,00%	25,00%
CROACIA	18,00%	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%
DINAMARCA	22,00%	22,00%	23,50%	24,50%	25,00%	25,00%
ESLOVAQUIA	21,00%	22,00%	22,00%	22,00%	23,00%	19,00%
ESPAÑA	25,00%	25,00%	28,00%	30,00%	30,00%	30,00%
FINLANDIA	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%	24,50%	24,50%
FRANCIA	33,33%	33,33%	37,95%	36,60%	36,60%	36,60%
GRECIA	29,00%	29,00%	29,00%	26,00%	26,00%	20,00%
HOLANDA	25,00%	25,00%	25,00%	25,00%	25,00%	25,00%
HONG KONG	16,50%	16,50%	16,50%	16,50%	16,50%	16,50%
HUNGRIA	9,00%	19,00%	19,00%	19,00%	19,00%	19,00%
INDIA	34,61%	34,61%	34,61%	30,00%	30,00%	30,00%
IRLANDIA	12,50%	12,50%	12,50%	12,50%	12,50%	12,50%
ITALIA	28,20%	31,40%	31,40%	31,50%	31,50%	31,50%
JAPÓN	30,86%	33,06%	35,64%	35,64%	38,01%	40,00%
KAZAJISTAN	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%
LUXEMBURGO	27,08%	30,38%	30,38%	30,38%	30,38%	30,38%
MACAO	12,00%	12,00%	12,00%	12,00%	12,00%	12,00%
MACEDONIA	10,00%	10,00%	10,00%	10,00%	10,00%	10,00%
MEXICO	30,00%	30,00%	30,00%	30,00%	30,00%	30,00%
MONTENEGRO	9,00%	9,00%	9,00%	9,00%	9,00%	9,00%
NORUEGA	24,00%	25,00%	27,00%	27,00%	28,00%	28,00%
NUEVA ZELANDA	28,00%	28,00%				
POLONIA	19,00%	19,00%	19,00%	19,00%	19,00%	19,00%
PORTUGAL	27,50%	27,50%	27,50%	28,00%	30,00%	29,00%
PUERTO RICO	39,00%	39,00%	39,00%	39,00%	39,00%	39,00%
RUMANIA	16,00%	16,00%	16,00%	16,00%	16,00%	16,00%
RUSIA	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%
SERBIA	15,00%	15,00%	15,00%	15,00%	15,00%	10,42%
SUDAFRICA	28,00%	28,00%	28,00%	28,00%	28,00%	28,00%
SUECIA	22,00%	22,00%	22,00%	22,00%	22,00%	26,30%
SUIZA	22,00%	22,00%	22,00%	22,00%	22,00%	22,00%
TAIWAN	17,00%	17,00%	17,00%	17,00%	17,00%	17,00%
TURQUIA	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%
UCRANIA	18,00%	18,00%	18,00%	18,00%	19,00%	21,00%
UK	19,00%	20,00%	20,00%	21,00%	23,00%	24,00%
URUGUAY	25,00%	25,00%	25,00%	25,00%	25,00%	25,00%
USA	42,06%	42,40%	42,40%	42,40%	42,40%	42,40%

Tipos actualizados a fecha 7 de abril de 2016